

Warszawa, dnia 17 kwietnia 2020 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum
Onkologii i Traumatologii
im. M. Kopernika w Łodzi**
ul. Pabianicka 62
93-513 Łódź
E-mail: przetargi@kopernik.lodz.pl
Tel.: +48 426895910
Faks: +48 426895409

Odwołujący: **GETINGE Polska Sp. z o.o.**
ul. Osmańska 14
02-823 Warszawa
reprezentowany przez:
Bartłomieja Ziółkowskiego
Namysłowska 3/34
03-454 Warszawa
Tel.: 534111152
E-mail: bbartlomiejziolkowski@gmail.com

ODWOŁANIE

dotyczy: postępowania prowadzonego przez Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi pn. „Dostawa monitorów hemodynamicznych dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi” – numer referencyjny: EZ.28.22.2020 (dalej: „Postępowanie”)

ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 069-163605
dotyczy:	czynności Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2020 r. polegającej na przygotowaniu i opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami, której postanowienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
termin:	7 kwietnia 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane wyżej czynności w Postępowaniu

Działając w imieniu i na rzecz Getinge Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (02-823) przy ul. Osmańskiej 14, (dalej: „**GETINGE**” lub „**Odwolujący**”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu), zgodnie z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.; dalej: „**ustawa PZP**”), niniejszym:

I. wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- i. ukształtowaniu treści SIWZ, opublikowanej w Postępowaniu, w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 2 do SIWZ – ZESTAWIENIU PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ, szeregu postanowień i wymogów ograniczających konkurencję, wyszczególnionych w dalszej części niniejszego pisma, które umożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia tylko jednemu z wykonawców, ograniczając tym samym krąg wykonawców mogących skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia;

co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP;

- ii. ukształtowaniu treści SIWZ, opublikowanej w Postępowaniu, w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień jedynie pozornie dopuszczających zaoferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, które w żaden sposób nie odnoszą się do konkretnych parametrów, co faktycznie uniemożliwia potencjalnym wykonawcom złożenie prawidłowej oferty, uniemożliwiając identyfikację parametrów, na podstawie których weryfikowana będzie równoważność oferty i co w konsekwencji może prowadzić do nieporównywalności ofert złożonych w Postępowaniu i skutkować

koniecznością unieważnienia Postępowania ze względu na jego obarczenie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

II. W związku ze wskazanymi w pkt I powyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi o:

- i. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ, w szczególności Załącznika nr 2 do SIWZ, w zakresie wskazanym w Odwołaniu w pkt A – R, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu lub ich doprecyzowanie zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
- ii. przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;
- iii. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 7 kwietnia 2020 r., tj. w dniu opublikowania na stronie Zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że jako podmiot komercyjny, działający w branży medycznej i mający realne szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na skutek wadliwie skonstruowanej SIWZ, w szczególności w zakresie Załącznika nr 2 do SIWZ – ZESTAWIENIA PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ, może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji na nieuzyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

W dniu 7 kwietnia 2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej SIWZ wraz z załącznikami, w szczególności z Załącznikiem nr 2 do SIWZ – ZESTAWIENIEM PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ, będących w istocie opisem przedmiotu zamówienia.

GETINGE wskazuje, że w Załączniku nr 2 do SIWZ, znajduje się szereg postanowień ograniczających konkurencję, statuujących nadmierne wymagania oraz wskazujących na to, że Zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia konkretnemu niejako wybranemu przed ogłoszeniem postępowania wykonawcy, tj. Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. (dalej: „Edwards”), która jest producentem oraz dystrybutorem sprzętu medycznego.

W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ, w szczególności Załącznika nr 2 do SIWZ, powinny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje Odwołujący, co umożliwi Odwołującemu złożenie oferty, spowoduje zachowanie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Ad I. i. Opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretne rozwiązanie.

Niniejszym, w pkt A – Q, wskazuje zaskarżone postanowienia, wraz z merytorycznym uzasadnieniem ich niezgodności z ustawą oraz formą, którą powinno się im nadać w celu utrzymania uczciwej konkurencji.

A. W pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

7.	Moduł do oceny hemodynamicznej układu krążenia metodą termodylucji: – za pomocą cewnika Swan-Ganza, – za pomocą cewnika Swan-Ganza CCO	TAK
----	--	------------

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zacytowany wymóg jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Ocena hemodynamiczna układu krążenia metodą termodylucji za pomocą cewnika Swan-Ganz i za pomocą cewnika Swan Ganz CCO, ze względu na wysoką inwazyjność, tj. zakładanie cewnika do prawej części serca jest technologią obciążoną bardzo wysokim ryzykiem śmiertelnych powikłań i nie jest w ogóle stosowana na oddziałach intensywnej terapii zarówno w Polsce jak i na świecie. Technologia ta jest dedykowana na oddziały kardiologii, a Zamawiający nie stara się o zakup sprzętu na oddział o tym profilu.

GETINGE podkreśla również, że wymóg ten może być spełniony tylko przez firmę Edwards, która jako jedyna posiada w swoich urządzeniach ww. moduł, co uniemożliwia dostęp do uzyskania zamówienia innym potencjalnym wykonawcom.

Dowód: ulotka produktowa aparatu HemoSphere (z oferty Edwards)

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu opisanego w pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ zaoferowania urządzenia zewnętrznego pozwalającego na pomiar hemodynamicznej oceny układu krążenia metodą termodylucji: za pomocą cewnika Swan-Ganza.

B. W pkt 8 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

8.	Ciągły pomiar saturacji żylniej: SCVO2 i SVO2 pomiar saturacji żylniej przy pomocy wkłucia centralnego trójświatłowego z modułem optycznym i możliwością kalibracji in-vivo i in-vitro, lub cewnika Swan-Ganza z modułem optycznym	TAK
----	--	-----

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zacytowany wymóg jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Ciągły pomiar saturacji żylniej SVO2 jest realizowany przy pomocy jednego ze światel cewnika Swan-Ganz, który to ze względu na wysoką inwazyjność, tj. zakładanie cewnika do prawej części serca jest technologią obciążoną bardzo wysokim ryzykiem śmiertelnych powikłań i nie jest w ogóle stosowana na oddziałach intensywnej terapii zarówno w Polsce jak i na świecie. Technologia ta jest dedykowana na oddziały kardiochirurgii, a Zamawiający nie stara się o zakup sprzętu na oddział o tym profilu.

GETINGE podkreśla również, że wymóg ten może być spełniony tylko przez firmę Edwards, która jako jedyna posiada w swoich urządzeniach ww. moduł, co uniemożliwia dostęp do uzyskania zamówienia innym potencjalnym wykonawcom.

Dowód: ulotka produktowa aparatu HemoSphere (z oferty Edwards)

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu opisanego w pkt 8 Załącznika nr 2 do SIWZ zaoferowania urządzenia zewnętrznego pozwalającego na pomiar saturacji żylniej: SCVO2 i SVO2 pomiar saturacji żylniej przy pomocy wkłucia centralnego trójświatłowego z modułem optycznym i możliwością kalibracji in-vivo i in-vitro, lub cewnika Swan-Ganza z modułem optycznym.

C. W pkt 9 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

9.	Możliwość rozbudowy monitora o moduł do pomiaru saturacji tkankowej NIRS	TAK/NIE Tak – 5 pkt Nie – 0 pkt
----	--	---------------------------------------

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zacytowany wymóg jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Rozwiązanie oczekiwane przez Zamawiającego nie ma rzeczywistego wpływu na działanie urządzenia. Technologia używana w komentowanym rozwiązaniu była wynaleziona w latach 70, jest przestarzała i nie jest już praktykowana. Możliwość zastosowania tej technologii, w zakresie rozbudowy o moduł do pomiaru saturacji tkankowej NIRS, spośród podmiotów działających na rynku, **oferuje w dalszym ciągu jedynie firma Edwards.**

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o odstąpienie od wymogu opisanego w pkt 9 Załącznika nr 2 do SIWZ.

D. W pkt 10 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

10.	<p>Wymagane parametry monitorowane lub wyliczane:</p> <ul style="list-style-type: none"> – rzut serca (CO); – rzut serca indeksowany (CI) – rzut serca przerywany (iCO) – objętość wyrzutowa (SV); – indeks objętości wyrzutowej (SVI) – systemowy (obwodowy) opór naczyniowy (SVR); – indeks systemowego oporu naczyniowego (SVRI) – zmienność objętości wyrzutowej (SVV); – objętość późnorozkurczowa prawej komory (EDV) – saturacja krwi żyłnej (ScvO2 i Svo2); – centralne ciśnienie żyłne (MAP) – HPI- wskaźnik ryzyka wystąpienia epizodu niedociśnienia. – ciśnienie średnie tętnicze (MAP) – częstość akcji serca (HR), – frakcja wyrzutowa prawej komory (RVEF) 	TAK
-----	--	-----

Postanowienie to zawiera szereg parametrów, których wymóg należy uznać za nadmierny i ograniczający konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

GETINGE wskazuje, że następujące parametry: objętość późnorozkurczowa prawej komory (EDV), frakcja wyrzutowa prawej komory (RVEF), są realizowane wyłącznie przez moduł do oceny hemodynamicznej układu krążenia metodą termodylucji: za pomocą cewnika Swan Ganz, za pomocą cewnika Swan-Ganza CCO **oferowanego przez firmę Edwards.**

Odwołujący wskazuje, że zewnętrzne urządzenie do oceny hemodynamicznej układu krążenia metodą termodylucji za pomocą cewnika Swan-Ganz oferowane np. przez GETINGE będzie mierzyć parametry tożsame do wstępnie wymaganych tj.: CO/CI – rzut serca, PVR/PVRI – płucny opór naczyniowy, LCW/LCWI – czynność lewego serca, RCW/RCWI – czynność prawego serca, RVSW/RVSWI – czynność wyrzutowa prawej komory, co w tym samym jeśli nie w większym stopniu zaspokoi potrzeby Zamawiającego.

GETINGE podkreśla również, że parametr HPI – wskaźnik ryzyka wystąpienia epizodu niedociśnienia, wskazuje jednoznacznie na urządzenie firmy Edwards, bowiem jedynie to urządzenie spośród monitorów hemodynamicznych dostępnych na rynku ma funkcję pomiaru komentowanego parametru.

Dodatkowo należy podkreślić, iż parametr ten jest wartością wyliczaną przez monitor, jest to parametr mierzony od niedawna, opiera się on na analizie inwazyjnie zmierzonego ciśnienia tętniczego i powinien z góry przewidzieć spadek ciśnienia. To, jak wcześniej prognoza dot. wskazanego parametru może być postawiona, nie jest jasno określone. Firma Edwards nie precyzuje tego zagadnienia w żadnych oficjalnych dokumentach, nie udziela żadnych oświadczeń, a w prezentacjach marketingowych, jedynie wspomina o czasie około 3 minut. Zamawiający nie ma więc pewności na ile parametr ten jest przydatny oraz jak skutecznie można go zmierzyć. Dotychczasowe publikacje są bardzo ograniczone i zostały przeprowadzone tylko u pacjentów po zabiegach operacyjnych, bez analizy w środowisku intensywnej terapii u pacjentów krytycznie

chorych. Odwołujący wskazuje również, że dużym ograniczeniem HPI jest ogólne opóźnienie reakcji ciśnienia krwi, ponieważ jest ono kompensowane przez mechanizmy samoregulacji.

Należy więc podkreślić, że ze względu na małą wiarygodność i znaczne opóźnienie parametr HPI jest całkowicie bezużyteczne na oddziałach intensywnej terapii.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o:

- 1) **w zakresie wymaganego parametru – rzutu serca przerywanego:** o dopuszczenie w ramach spełnienia tego wymogu, zaoferowania urządzenia zewnętrznego dostarczającego pomiar tego parametru tj. Rzut serca przerywany CO/CI
- 2) **w zakresie parametru – objętość późnorozkurczowa prawej komory (EDV):** o odstąpienie od wymogu dostarczenia tego pomiaru;
- 3) **w zakresie parametru HPI - wskaźnik ryzyka wystąpienia epizodu niedociśnienia:** o odstąpienie od wymogu dostarczenia tego parametru;
- 4) **w zakresie parametru frakcja wyrzutowa prawej komory (RVEF):** o odstąpienie od wymogu dostarczenia tego pomiaru;

E. W pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

11.	Ekran typu „kokpit”: <ul style="list-style-type: none">– definiowany i wizualizowany kolorem przez Użytkownika zakres celów terapii i alarmów;– dynamiczny wskaźnik stanu mierzonej wielkości w postaci strzałki;– procentowy wskaźnik zmian mierzonego parametru w założonym przedziale czasowym;– możliwość wizualizacji 1, 2, 3 lub 4 wartości jednocześnie	TAK/NIE TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt
-----	--	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego: Ekran typu: „kokpit” **jest nazwą własną rozwiązania oferowanego jedynie w produktach firmy Edwards.**

GETINGE podkreśla, że zastosowanie rozwiązania oferowanego przez Edwards, nie ma żadnego szczególnego znaczenia dla zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, w związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Dowód: ulotka produktowa aparatu HemoSphere

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o zmianę wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez:

- a) dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania Ekranu SpiderVision posiadającego następujące cechy:
- definiowany i wizualizowany przez Użytkownika zakres celów terapii i alarmów;
 - dynamiczny wskaźnik stanu mierzonej wielkości w postaci zmieniającej kolor linii;
 - wartości cyfrowe mierzonych parametrów;
możliwość wizualizacji od 3 do 7 wartości jednocześnie.

F. W pkt 12 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

12.	Ekran interwencyjny: – możliwość wizualizacji trzech wartości w postaci trendu graficznego, wartości cyfrowych, procentowej zmiany od chwili podjęcia interwencji oraz stanu mierzonego parametru określonego kolorem.	TAK/NIE TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt
-----	--	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, **bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego nie ma rzeczywistego wpływu na działanie urządzenia.**

W związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o zmianę wymogu z pkt 12 Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez: dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania tożsamego **ekranu trendy graficzne:**

- możliwość wyświetlania dwóch krzywych trendu w jednym oknie trendu.
- zakres czasowy trendu 15 min/30 min/1 godz./3 godz./6 godz./12 godz./24 godz./2 dni/3 dni/6dni/12 dni.
- możliwość dowolnej konfiguracji parametrów wyświetlanych.

G. W pkt 13 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

13.	Ekran fizjologiczny animowany: – możliwość jednoczasowej wizualizacji cyfrowej i w postaci animacji indeksu tętna (HR), indeksu systemowego oporu obwodowego (SVRI) oraz zmienności objętości wyrzutowej (SVV); – możliwość jednoczasowego wyświetlania wartości saturacji żylniej (ScvO2, SvO2); – dodatkowe oznaczenie statusu wyświetlanych parametrów przy pomocy kolorowych wskaźników (zielony, żółty, czerwony) – powiązanych z zakresami alarmów	TAK
-----	---	------------

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do

uzyskania zamówienia, bowiem **rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

W związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o zmianę wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez:

- a) dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania Ekranu fizjologicznego posiadającego następujące cechy:
 - pozwalający określić oczekiwany obszar pomiarowy pomiędzy dwoma wybranymi parametrami;
 - możliwość przeglądu ogólnego parametrów, ich zależności jak również możliwych opcji leczenia;
 - możliwość jednocześnie wizualizacji w sposób ciągły 2 wartości wybranych parametrów dodatkowe oznaczenie statusu wyświetlanych parametrów przy pomocy kolorowych wskaźników (zielony, żółty, czerwony);
- b) dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, możliwości wyświetlania parametrów ScvO2 i SVO2 na urządzeniu zewnętrznym.

H. W pkt 14 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

14.	Ekran zależność fizjologiczna- ekran drzewa decyzyjnego: <ul style="list-style-type: none">– wyświetlanie powiązanych ze sobą parametrów hemodynamicznych związanych z obciążeniem wstępnym, obciążeniem następczym, kurczliwością oraz saturacją żylną;– parametry wyświetlane w postaci cyfrowej– dodatkowe oznaczenie statusu wyświetlanych parametrów przy pomocy kolorowych wskaźników (zielony, żółty, czerwony)– powiązanych z zakresami alarmów	TAK/NIE TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt
-----	---	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

W związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 14 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania:

- a) równoważnego Ekranu drzewa decyzyjnego;
 - pozwalającego na prowadzenie leczenia ukierunkowanego na cel, umożliwiającego użytkownikowi zarządzanie parametrami kluczowymi w optymalnym zakresie;
 - pozwalającego na ustawianie wybranych protokołów postępowania;
- b) dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, możliwości wyświetlania parametrów ScvO2 i SVO2 na urządzeniu zewnętrznym.

I. W pkt 16 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

16.	Ekran trendów tabelarycznych: <ul style="list-style-type: none"> – możliwość wyświetlania 1, 2, 3 lub 4 trendów tabelarycznych (wartości cyfrowe) monitorowanych parametrów; – jednoczesowe wyświetlane w postaci cyfrowej bieżącej wartości; – dodatkowe oznaczenie statusu wyświetlanych parametrów przy pomocy kolorowych wskaźników (zielony, żółty, czerwony) – powiązanych z zakresami alarmów 	TAK/NIE TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt
-----	---	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

W związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 16 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania **równoważnego ekranu przeglądu parametrów z systemem sygnalizacji świetlnej o następujących cechach:**

- przedstawienie bieżących wartości wszystkich mierzonych parametrów,
- orientacja ikon żółtych i czerwonych wskazuje, czy wartość parametru jest powyżej czy poniżej zakresu normalnego.

J. W pkt 17 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

17.	Ekran GDT <ul style="list-style-type: none"> – pozwala na prowadzenie leczenia ukierunkowanego na cel (GDT), umożliwiające użytkownikowi zarządzanie parametrami kluczowymi w optymalnym zakresie. – pozwala na ustawianie wybranych protokołów postępowania – ekran Pobieranie danych umożliwia użytkownikowi eksportowanie raportów GDT na dysk USB 	TAK
-----	---	------------

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden**

wykonawca na rynku tj. firma Edwards.

W związku z tym, iż na rynku istnieje wielu producentów sprzętu medycznego, każdy z nich posiada inny sposób wizualizacji parametrów. Sposób prezentowania tych parametrów nie wpływa na merytoryczną zawartość przekazywanych przez urządzenie informacji związanych z prezentowanymi parametrami.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 17 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania równoważnego **ekranu pomocy o następujących cechach:**

- **informacja o podłączeniu** – opisane kable i podłączenia cewnika między pacjentem i monitorem oraz jego modułami, dla każdej technologii pomiaru wyświetlony widok połączeń;
- **informacja o parametrach** – szczegółowe informacje tekstowe dotyczące wszystkich mierzonych parametrów z uwzględnieniem grup parametrów: wydajność, obciążenie wstępne, obciążenie następne, kurczliwość, funkcja organów;
- **model fizjologiczny** – przegląd ogólny parametrów, ich zależności i relacji, jak również możliwych opcji leczenia;
- **model decyzyjny** – zawiera informacje o różnych algorytmach leczenia ukierunkowanego na cel, które opisano dla praktyki klinicznej i opublikowano w literaturze medycznej.

K. W pkt 19 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

19.	Ekran dotykowy o przekątnej min 10 cali i rozdzielczości min 1024x768	PODAĆ
		12 cali – 5 pkt 10 cali – 0 pkt

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego nie ma rzeczywistego wpływu na działanie urządzenia.

Odwołujący wskazuje, że oferowane przez GETINGE urządzenia posiadają wiele opcji wizualizacji mierzonych parametrów, i w łatwy sposób zapewniają możliwość wyboru optymalnej grafiki wyświetlanych parametrów, dostępnych do wglądu również z odległości, a więc w co najmniej równym stopniu zaspokoją potrzeby Zamawiającego.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 19 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania ekranu minimum 8 cali i rozdzielczości 800x480.

L. W pkt 20 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

20.	Wejścia/wyjścia transmisyjne: RS232, USB 2.0, USB3.0, RJ-45, HDMI, analogowe 2 szt, EKG	TAK
-----	---	-----

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 20 Załącznika nr 2 do SIWZ, zaoferowania monitora z wejściami/wyjściami USB oraz możliwością skonwertowania do wyjścia RS232

M. W pkt 21 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

21.	Dodatkowe zasilanie akumulatorowe o pojemności min 3100 mAh z możliwością wymiany bez interwencji serwisu	TAK/NIE TAK – 10 pkt NIE – 0 pkt
-----	---	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

Dodatkowo trzeba podkreślić, iż zasilanie akumulatorowe w monitorach do pomiaru rzutu serca jest wymogiem zbytecznym, gdyż urządzenie to nie podtrzymuje funkcji życiowych pacjenta i jego ciągła praca nie jest bezwzględnie wymagana.

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o usunięcie wymogu z pkt 21 Załącznika nr 2 do SIWZ.

N. W pkt 22 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

22.	Możliwość transferu danych przez port USB w postaci pliku Excel (do dalszej obróbki) lub JPG	TAK/NIE TAK – 10 pkt NIE – 0 pkt
-----	--	--

Wymaganie to należy uznać za nadmierne i ograniczające konkurencję, w szczególności dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego to **oferuje tylko jeden wykonawca na rynku tj. firma Edwards.**

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu z pkt 22 Załącznika nr 2 do SIWZ, monitora posiadający transfer danych poprzez dwa porty USB w postaci formatu: „.csv” (odczytywane i edytowane w programie arkusza kalkulacyjnego). i „.pdf”.

O. W pkt 26 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

26.	Moduł do pomiaru ciągłego saturacji żylniej: SCVO2 i SVO2, pomiar saturacji żylniej przy pomocy wkłucia centralnego trójświatłowego z modułem optycznym i możliwością kalibracji in-vivo i in-vitro, lub cewnika Swan-Ganza z modułem optycznym – 1 sztuka na wszystkie urządzenia.	TAK
-----	---	-----

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zacytowany wymóg jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Dodatkowo należy podkreślić, iż ciągły pomiar saturacji żylniej SVO2 jest realizowany przy pomocy jednego ze światel cewnika Swan-Ganz, który to ze względu na wysoką inwazyjność, spowodowaną zakładaniem cewnika do prawej części serca jest technologią obciążoną bardzo wysokim ryzykiem śmiertelnych powikłań i nie jest w ogóle stosowana na oddziałach intensywnej terapii zarówno w Polsce jak i na świecie. Technologia ta jest dedykowana na oddziały kardiochirurgii a Zamawiający nie stara się o zakup sprzętu na oddział o tym profilu.

GETINGE podkreśla również, że wymóg ten może być spełniony tylko przez firmę Edwards, która jako jedyna posiada w swoich urządzeniach ww. moduł, co uniemożliwia dostęp do uzyskania zamówienia innym potencjalnym wykonawcom.

Dowód: ulotka produktowa aparatu HemoSphere (z oferty Edwards)

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu opisanego w pkt 8 Załącznika nr 2 do SIWZ zaoferowania urządzenia zewnętrznego pozwalającego na pomiar saturacji żylniej: SCVO2 i SVO2 pomiar saturacji żylniej przy pomocy wkłucia centralnego trójświatłowego z modułem optycznym i możliwością kalibracji in-vivo i in-vitro, lub cewnika Swan-Ganza z modułem optycznym.

P. W pkt 27 Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał następujący wymóg:

27.	Moduł cewnika Swan-Ganz- 1 sztuka na wszystkie urządzenia.	TAK
-----	--	-----

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zacytowany wymóg jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Dodatkowo trzeba podkreślić, iż ocena hemodynamiczna układu krążenia metodą termodylucji za pomocą cewnika Swan-Ganz i za pomocą cewnika Swan Ganz CCO ze względu na wysoką inwazyjność, zakładaniem cewnika do prawej części serca jest technologią obciążoną bardzo wysokim ryzykiem śmiertelnych powikłań i nie jest w ogóle stosowana na oddziałach intensywnej terapii zarówno w Polsce jak i na świecie. Technologia ta jest dedykowana na oddziały kardiochirurgii a Zamawiający nie stara się o zakup sprzętu na oddział o tym profilu.

GETINGE podkreśla również, że wymóg ten może być spełniony tylko przez firmę Edwards, która jako jedyna posiada w swoich urządzeniach ww. moduł, co uniemożliwia dostęp do uzyskania zamówienia innym potencjalnym wykonawcom.

Dowód: ulotka produktowa aparatu HemoSphere (z oferty Edwards)

Wniosek: w celu zapewnienia uczciwej konkurencji, wnoszę o dopuszczenie w ramach spełnienia wymogu opisanego w pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ zaoferowania urządzenia zewnętrznego pozwalającego na pomiar hemodynamicznej oceny układu krążenia metodą termodylucji, za pomocą cewnika Swan-Ganza.

Mając na uwadze przytoczone wyżej nieprawidłowości, należy podkreślić, że poprzez tak sformułowane postanowienia SIWZ oraz załączników, w szczególności szeroko cytowanego Załącznika nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał na jednego, konkretnego producenta, tj. firmę Edwards, czym naruszył przepisy ustawy PZP, nakazujące Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Postanowienia SIWZ sformułowane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców. Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców wskazanych w przepisach art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Biorąc pod uwagę powyższe, opisane w treści niniejszego pisma działania Zamawiającego, polegające na sformułowaniu niekonkurencyjnych postanowień SIWZ, z całą pewnością obciążają Zamawiającego, w szczególności w zakresie w jakim nie pozwalają złożyć skutecznej i konkurencyjnej oferty większej liczbie oferentów. Przedstawione okoliczności mają również oczywisty wpływ na nieuzyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na podnoszone zawężenie konkurencji.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględnym zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie.

Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmierzającego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Tymczasem Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentacji Postępowania postanowienia, które naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 i 29 ustawy PZP. Takie działanie zgodnie z regułami wykładni wskazanych przepisów, dobrymi obyczajami, regułami uczciwej konkurencji, a nawet zdrowym rozsądkiem i interesem Zamawiającego jest niedopuszczalne. Jak wskazuje Krajowej Izby Odwoławczej w uchwale z dnia 15 lutego 2019, sygn. akt. KIO/KD 11/19:

Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerzy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W art. 29 ust. 2 ustawy PZP ustawodawca wprost ustanowił zakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję. Jak wskazuje doktryna:

*Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 29 ust. 2 z uwagi na niezgodne z Prawem zamówień publicznych opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. **Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.**¹*

Na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie Zamówienia, Zamawiający niezgodnie z ustawą wprowadził do Załącznika nr 2 do SIWZ – ZESTAWIENIA PARAMETRÓW

¹ Wiktorowska Ewa. Art. 29. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019.

TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ, postanowienia opisujące rozwiązania które **może dostarczyć tylko firma Edwards**.

Dodatkowo, Zamawiający ustanowił również szereg postanowień ograniczających krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, wskazanych w zarzutach niniejszego pisma.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie, VI ACa 965/11, z 24.01.2012 r.:

*Dyspozycją art. 29 ust. 2 p.z.p. objęte jest zaistnienie **co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji**, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu **niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję**. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji*

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji, jest jak wskazano wyżej określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wymogi ustanowione w treści postanowień Załącznika nr 2 do SIWZ, który w rzeczywistości stanowi opis przedmiotu zamówienia, są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań wskazanych w niniejszym piśmie. W naszej ocenie utrudniają bowiem innym potencjalnym wykonawcom udział w Postępowaniu.

Tymczasem Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Opisane w niniejszym piśmie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. GETINGE wskazuje, że Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Należy podzielić w tym względzie pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

Nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

W tym zakresie należy podzielić pogląd wyrażony w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

1. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać

2. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

3. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17:

Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskiwałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień SIWZ w każdy sposób, który da zaspokojenie potrzeb Zamawiającego, jednak potrzeby Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców (vide: wyrok KIO z dnia 22 listopada 2017 r., KIO 2211/17).

Tymczasem na gruncie Postępowania nie ulega wątpliwości, że przytoczone w treści pisma postanowienia SIWZ i załączników do SIWZ, czytane jako całość, jednoznacznie wskazują na konkretnego producenta tj. firmę Edwards, co wypełnia definicję dyskryminacji pośredniej i jest w sposób rażący niezgodnie z ustawą PZP, w szczególności z art. 29 ust. 3, na co wskazuje utrwalone orzecznictwo KIO, prezentowane w:

- 1) uchwale z dnia 25 marca 2016 r. sygn. akt KIO/KD 19/16:

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a które powodują bezzasadne niedopuszczenie znacznej części produktów dostępnych na rynku.

- 2) oraz w wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1502/08:

Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Ad I. ii. Faktyczny brak dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jedno rozwiązanie oferowane przez firmę Edwards, co zostało wyżej wykazane, jednocześnie Zamawiający w Postępowaniu nie dopuścił rozwiązań równoważnych. Co prawda w samej treści SIWZ znajduje się ogólny zapis dopuszczający rozwiązania równoważne, jednak jest to działanie pozorne Zamawiającego, gdyż Zamawiający nie wskazał istotnych elementów, parametrów równoważności, które będzie oceniał w celu stwierdzenia, czy zaoferowane rozwiązania są rzeczywiście równoważne. W szczególności, w żaden sposób nie odniósł się do ustawowego obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych w Załączniku nr 2 do SIWZ, który zawiera faktyczny opis przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający nieprawidłowo zaimplementował na gruncie Postępowania, obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3 ustawy PZP, polegający na dopuszczeniu zaoferowania rozwiązań równoważnych:

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to

doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

W doktrynie jak i w orzecznictwie wskazuje się, że w celu realizacji obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, należy zamieścić w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważne”, oraz szczegółowo opisać parametry w oparciu o które dokonywać będzie się weryfikacji wspomnianej równoważności:

*Oznaczenia równoważności nie może zastąpić użycie jakichkolwiek innych zwrotów, gdyż wynika to wprost z przepisu art. 29 ust. 3 PrZamPubl. Zamawiający ma obowiązek użycia konkretnego zwrotu "lub równoważny", a nie jego zamiennika. Zapis ten musi zostać zatem wprost przeniesiony do opisu przedmiotu zamówienia (por. wyr. WSA we Wrocławiu z 12.2.2015 r., III SA/Wr 884/14, Legalis). Istotą produktu równoważnego jest to, że nie będzie on identyczny z produktem referencyjnym. **Dopuszczając rozwiązania równoważne, zamawiający godzi się na pewne odstępstwa od tej "identyczności", jak np. osiągnięcie tego samego celu za pomocą innych środków technicznych. Zamawiający dopuszczając produkt równoważny obowiązany jest do opisanie istotnych dla niego cech, parametrów i rozwiązań technicznych wymaganych, a jednocześnie niedopuszczalnych. Nie jest bowiem wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania "lub równoważne" bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców (por. wyr. KIO z 2.10.2014 r., KIO 1931/14, Legalis).**²*

Tymczasem Zamawiający w ramach SIWZ wprowadził jedynie ogólne postanowienie, informujące, że rozwiązania równoważnie co do zasady są dopuszczane na gruncie Postępowania:

16. Zamawiający informuje, że w przypadku gdyby określił w SIWZ przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, norm, aprobat, specyfikacji technicznych lub systemów odniesienia, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, to należy traktować takie określenie jako przykładowe.

W każdym takim przypadku Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań równoważnych o parametrach nie gorszych niż posiadane przez wskazane materiały, urządzenia, oprogramowanie, itp. z zachowaniem tych samych lub lepszych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych. Ponadto zamienne materiały, urządzenia lub oprogramowanie itp. przyjęte do wyceny:

- winny spełniać funkcje, jakiej mają służyć,*

² Art. 29 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 10/A. Matusiak

- winny być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami, aby zespół urządzeń dawał zamierzony efekt (zaprojektowany),
- nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu dostaw.;

oraz wskazujące na obowiązek udowodnienia przez potencjalnego wykonawcę, że oferowane przez niego rozwiązanie w istocie jest równoważne:

17. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w SIWZ; w związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w dokumentacji przetargowej.

Zacytowane wyżej postanowienia, to jedyne odniesienia w SIWZ oraz Załącznikach do SIWZ, dotyczące zagadnienia rozwiązań równoważnych. Takie brzmienie SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia jest niezgodne z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, prezentowanym między innymi w wyrokach:

1) z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2428/12:

Nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia „lub równoważne” albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się stwierdzenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w siwz na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania wskazujące na jego oczekiwania co do oferowanego produktu, zniechęca do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Zdefiniowanie równoważności służyć ma realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadzie równego dostępu wykonawców do zamówienia oraz uczciwej konkurencji odczytywanej w świetle art. 29 ust. 1 ustawy nakazującego zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie zatem dookreślenie pojęcia równoważności na

gruncie konkretnej sprawy będzie służyło relacji wytycznych wyartykułowanych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy;

2) z dnia 17 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 955/11:

Należało zważyć, iż gdyby równoważność produktu miała się sprowadzać do oferowania wyrobu o identycznych parametrach, oznaczałoby to że należy zaoferować wyrób tożsamy ze wskazanym z nazwy w specyfikacji technicznej oraz w przedmiarze. Takie wymaganie jest niedopuszczalne i w myśl przepisu art. 29 ust. 2 ZamPublU prowadzi do utrudniania uczciwej konkurencji. Wystarczy bowiem sam dobór takich cech technicznych, które łącznie może spełnić jeden wyrób oferowany na rynku, aby mówić o utrudnianiu uczciwej konkurencji. Sposób oceny spełnienia równoważności przez zaoferowany wyrób nie został w SIWZ szczegółowo podany, zatem ocena ta nie mogła być odnoszona wprost do porównania identyczności cech technicznych z wyrobem podanym jako wzorcowy. Dla wykazania równoważności powinny być wskazane najważniejsze cechy i właściwości wyrobu, walory funkcjonalne - desygnat, do którego produkt równoważny miał być odnoszony;

3) oraz z dnia 24 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 256/14:

Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ. Stwierdzanie przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert, że pewne funkcjonalności lub parametry są dla niego istotne jest spóźnione;

Postanowienia SIWZ i załączników opublikowane przez Zamawiającego, w zacytowanym wyżej kształcie, nie tylko są niezgodne z literalną treścią przepisów ustawy PZP, w szczególności z art. 29 ust. 3, ale w praktyce uniemożliwiają złożenie prawidłowej oferty przez szerokie grono potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby zaproponować rozwiązania równoważne, być może znacznie lepsze od rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego, w ramach dokumentacji opublikowanej w Postępowaniu.

Omawiane postanowienia SIWZ umożliwiają Zamawiającemu dowolną ocenę zaoferowanych przez wykonawców rozwiązań równoważnych i arbitralne odrzucenie ofert zawierających takie rozwiązania, jednocześnie uniemożliwiając wykonawcom skuteczne kwestionowanie takich decyzji Zamawiającego. W SIWZ nie sprecyzowano bowiem, w zakresie których parametrów równoważność będzie weryfikowana. Taka regulacja, zawęży konkurencję oraz może być interpretowana jako niemożliwa do usunięcia wada postępowania, uniemożliwiająca porównanie

ofert złożonych w postępowaniu w ramach których zastosowano rozwiązania równoważne, co w dalszej kolejności uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i co stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Na taką kwalifikację przedstawionych okoliczności jednoznacznie wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1068/19:

Reasumując, skład orzekając stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że postępowanie w zakresie części 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania nie ulega wątpliwości, że jeśli dwa różne podmioty zaproponują bądź dwa różne rozwiązania równoważne, w różnych zakresach bądź jeden z podmiotów zaoferuje rozwiązania równoważne natomiast drugi rozwiązania wynikające wprost z SIWZ, Zamawiający nie będzie mógł tych rozwiązań porównać, bowiem nie ma możliwości odniesienia się do konkretnych, wskazanych wcześniej i zdefiniowanych parametrów jako, że Zamawiających paramentów nie wskazał.

WNIOSEK O ZMIANĘ SIWZ:

G. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o doprecyzowanie SIWZ poprzez wskazanie przez Zamawiającego konkretnych elementów i parametrów, w odniesieniu do których dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych i w zakresie których będzie weryfikował „równoważności” oferty, co umożliwi rzeczywiste złożenie oferty z rozwiązaniem równoważnym i prawidłową ocenę tej oferty.

Mając na uwadze podniesione argumenty w treści niniejszego odwołania, Odwołujący ponownie podkreśla, że brak zmian w treści SIWZ, w szczególności w zakresie Załącznika nr 2 do SIWZ oraz niedoprecyzowanie zakresu równoważności zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w niniejszym piśmie, skutkować będzie brakiem możliwości złożenia oferty przez potencjalnych wykonawców, w tym przez Odwołującego.

Postanowienia SIWZ w obecnym brzmieniu mogą również skutkować koniecznością unieważnienia postępowania w związku z nieporównywalnością ofert złożonych przez wykonawców, związaną z wadliwą treścią postanowień SIWZ dot. ofert równoważnych. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący GETINGE oraz innym potencjalnym wykonawcom dostęp do niniejszego zamówienia i eliminujący ewentualne wady Postępowania.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:

Bartłomiej Ziółkowski

Załączniki:

Załącznik nr 1 – ulotka produktowa aparatu HemoSphere;

Załącznik nr 2 – odpis z KRS Odwołującego;

Załącznik nr 3 – pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;

Załącznik nr 4 – potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15.000 zł;

Załącznik nr 5 – potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu (dot. wyłącznie Prezesa KIO).