

Warszawa, dnia 11 maja 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
Tel.: +48 426895910
Faks: +48 426895409
E-mail: przetargi@kopernik.lodz.pl

Odwołujący: Baxter Polska Sp. z o.o.
ul. Kruczkowskiego 8
00-380 Warszawa
reprezentowana przez:
apl. radc. Bartłomieja Ziółkowskiego
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
email: b.ziolkowski@cztr.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa aparatów do CRRT – 10 szt., asystora kaszlu – 1 szt. oraz aparatów do pomiaru parametrów krytycznych – 2 szt. dla WWCOiT im. M. Kopernika w Łodzi.” Numer referencyjny: EZ.28.41.2020, w zakresie Pakietu nr 1, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 085-200821
Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:	czynności Zamawiającego z dnia 30 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:	30 kwietnia 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazaną wyżej czynność w Postępowaniu

Działając w imieniu i na rzecz Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-380), przy ul. Kruczkowskiego 8, dalej: „**Baxter**” lub „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”, zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku 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; dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- A. 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, oraz niczym nieuzasadnionych i wskazujących na jednego wykonawcę parametrów oceny ofert – kryteriów jakościowych, 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;

- B. 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.

W związku z naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi **o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:**

- 1. dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu (usunięcie) lub ich doprecyzowanie zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;**
- 2. w razie uwzględnienia wniosków sformułowanych w punktach powyżej, wnoszę również o dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;**
- 3. przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;**
- 4. 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 30 kwietnia 2020 r., tj. w dniu opublikowania na stronie Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i ust. 2 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 mający realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na skutek działania Zamawiającego, polegającego na nadaniu w ramach Pakietu 1, Załącznikowi nr 2 do SIWZ– ZESTAWIENIU PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ, treści niezgodnej z ustawą, może ponieść szkodę, z uwagi na ukształtowanie SIWZ przez Zamawiającego w sposób ograniczający konkurencję i uprzywilejowujący jednego z potencjalnych wykonawców, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

UZASADNIENIE

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w formularzu parametrów ocenianych zamieścił szereg kryteriów ograniczających konkurencję, statuujących nadmierne wymagania, które łącznie wskazują na to, że Zamawiający ograniczył konkurencję w Postępowaniu do jednego podmiotu, mogącego spełnić opisane kryteria, którym najprawdopodobniej jest Fresenius Medical Care Polska S.A. (dalej: „Fresenius”), na co wskazywać mogą opisane w piśmie okoliczności.

W ocenie Odwołującego opisane w odwołaniu kryteria powinny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje Odwołujący, co umożliwi Odwołującemu (ale również innym wykonawcom) złożenie konkurencyjnej oferty, spowoduje zachowanie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji w Postępowaniu i pozwoli Zamawiającemu na wybranie oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Ad A. Opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretne rozwiązanie.

Dla zachowania przejrzystości odwołania, Odwołujący podzielił uzasadnienie merytoryczne tego zarzutu na pkt 1 – 6, wskazując szczegółowo zaskarżone postanowienia SIWZ, wraz z merytorycznym uzasadnieniem ich niezgodności z ustawą, oraz wskazuje jaką formę powinno się im nadać w celu zachowania zgodności z przepisami ustawy PZP.

1. Parametr 9. Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wymianę filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety.

Zamawiający w ramach parametru nr 9 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że oczekuje, by dostarczony przedmiot zamówienia spełniał następujący wymóg:

9.	Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wymianę filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety
----	---

Wymóg ten może prowadzić do wyboru rozwiązań, które w ocenie Odwołującego, mogą zmniejszyć bezpieczeństwo pacjenta i personelu. Odwołujący wskazuje, że możliwość zmiany filtra w czasie zabiegu CRRT może stwarzać ryzyko dla bezpieczeństwa pacjenta poprzez

potencjalną utratę krwi pacjenta, kontaminację i/lub zapowietrzenie układu pozaustrojowego.

Najczęstszą przyczyną wymiany filtra jest wykrzepianie krwi w obwodzie pozaustrojowym – w takim przypadku wymiana samego filtra może prowadzić do przedostania się skrzepów z innych elementów układu pozaustrojowego do krążenia pacjenta, co z kolei może skutkować poważnymi konsekwencjami dla dobrostanu pacjenta. Ponadto wymiana samego filtra w trakcie zabiegu CRRT stwarza ryzyko niepotrzebnej ekspozycji personelu na krew pacjenta.

W przypadku poprawnie prowadzonej antykoagulacji cytrynianowej nie ma konieczności wcześniejszej wymiany filtra – w literaturze medycznej można znaleźć publikacje wskazujące, że średni czas życia filtra w przypadku antykoagulacji cytrynianowej osiąga co najmniej 70 godzin terapii¹. Producenci urządzeń do CRRT z reguły zalecają wymianę całego układu pozaustrojowego (tj. kasety i filtra) po 72 godzinach prowadzenia zabiegu CRRT. Możliwość wymiany samego filtra może z przyczyn oszczędnościowych prowadzić do użytkowania kasety ponad czas zalecany przez producenta. Niestety takie postępowanie wiąże się z obniżeniem bezpieczeństwa terapii, gdyż używanie kasety dłużej, niż zostało to przewidziane przez producenta może prowadzić do nadmiernego zużycia i pęknięcia drenów uciskanych przez pompy rolkowe aparatu do CRRT, co może prowadzić do narażenia życia i zdrowia pacjentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, w rozwiązaniach innych producentów, stosowanych w aparatach do CRRT, w tym w rozwiązaniu oferowanym przez Baxter, nie ma możliwości wymiany filtra w zestawie. Jeśli możliwość wymiany samego filtra ma znaczenie dla Zamawiającego w związku z oszczędzaniem wydatków związanych ze zmianą kasety, to pragniemy zwrócić uwagę, że istnieją na rynku inne rozwiązania w tym przykładowo, w przypadku rozwiązania oferowanego przez firmę Baxter istnieje możliwość zmiany rodzaju zabiegu CRRT (CVVHDF, CVVHD, CVVH) bez konieczności wymiany układu pozaustrojowego. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia ma obowiązek dopuścić powszechnie stosowane rozwiązania, stosowane przez większość producentów, jeżeli rozwiązania takie są bezpieczne i stosowane w praktyce. Dopuszczenie rozwiązania opisanego przez Baxter, w równym, jeśli nie większym stopniu zaspokoiło by potrzeby Zamawiającego, jednocześnie nie wprowadzając niepotrzebnego ryzyka. Rozwiązanie oferowane przez Baxter, pozwala na indywidualizację terapii i uzyskanie oszczędności związanych z koniecznością wymiany kasetowego systemu drenów, na której może zależeć Zamawiającemu, pozostając bez wpływu na bezpieczeństwo pacjenta.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 9 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy, poprzez:

¹ Monchi, M i wsp. Citrate vs. heparin for anticoagulation in continuous venovenous hemofiltration: a prospective randomized study. Intensive Care Med 30, 260–265 (2004).

- a) usunięcie wymogu wymiany filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety;

ewentualnie;

- b) dopuszczenie w ramach spełniania ww. wymogu zaoferowania zmiany rodzaju zabiegu CRRT (CVVHDF, CVVHD, CVVH) bez konieczności wymiany układu pozaustrojowego.

2. Parametr 10: Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego.

Zamawiający w ramach parametru nr 10 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że oczekuje, by dostarczony przedmiot zamówienia spełniał następujący wymóg:

10.	Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego
-----	---

Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy, oraz zgodnie z przeprowadzonymi w tym zakresie badaniami naukowymi, podawanie wapnia zjonizowanego przez dren zintegrowany z układem krążenia pozaustrojowego powoduje zwiększenie stężenia wapnia we krwi krążącej poza ciałem pacjenta.² Wskazany efekt, może skutkować wykrzepianiem krwi w drenie powrotnym i cewniku naczyniowym. Aby zapobiec temu powikłaniu, producenci stosują różne rozwiązania, w przypadku rozwiązania oferowanego przez firmę Baxter, istnieje możliwość podłączenia drenu wapnia do osobnego dostępu naczyniowego, przez co dren wapnia nie jest zintegrowany z układem krążenia pozaustrojowego i użytkownik systemu może podjąć indywidualną decyzję, w którym miejscu podłączony będzie dren.

Odwołujący zauważa również, że parametr 10 przeczy intencjom wskazywanym w parametrze 11 (nieprzerwana podaż antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu, substytutu, filtratu). Jak się wydaje, w przypadku parametru 11, Zamawiającemu zależy na utrzymaniu skuteczności ciągłej antykoagulacji, podczas gdy w przypadku parametru 10 podanie wapnia do układu krążenia pozaustrojowego prowadzi właśnie do zmniejszenia skuteczności antykoagulacji.³

Odwołujący podkreśla, że na rynku istnieją rozwiązania, które w pełniejszy sposób pozwalają zaspokoić potrzeby Zamawiającego. Jednocześnie SIWZ w aktualnym brzmieniu jest nieprawidłowa i uniemożliwia Odwołującemu złożenie skutecznej oferty, a zacytowane

² Davenport 2009: "Calcium is usually administered into the systemic circulation via a separate line rather than the venous return line due to the theoretical potential of increased clotting of the access return line".

³ Davenport A, Tolwani A. Citrate anticoagulation for continuous renal replacement therapy (CRRT) in patients with acute kidney injury admitted to the intensive care unit. *NDT Plus*. 2009;2(6):439-447.

postanowienia SIWZ świadczą o wewnętrznej sprzeczności wymagań określonych przez Zamawiającego.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 10 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy poprzez:

- a) usunięcie wymogu zaoferowania zintegrowanego drenu wapnia z układem krążenia pozaustrojowego;

ewentualnie;

- b) dopuszczenie w ramach spełniania ww. wymogu podłączenia drenu wapnia do osobnego dostępu naczyniowego.

3. Parametr 11: Nieprzerwana podaż antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu, substytutu, filtratu.

Zamawiający w ramach parametru nr 11 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że oczekuje, by dostarczony przedmiot zamówienia spełniał następujący wymóg:

11.	Nieprzerwana podaż antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu, substytutu, filtratu
-----	--

Odwołujący wskazuje, że prawidłowy sposób wykonania terapii CRRT z antykoagulacją cytrynianową uwzględnia utratę kompleksów cytrynianu wapnia na filtrze. Utrzymanie podaży cytrynianu w przypadku zatrzymania przepływu dializatu lub filtratu podczas zmiany worków może prowadzić do nadmiernej kumulacji cytrynianu. W związku z tym uzasadnione jest zatrzymanie podaży antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu lub filtratu, aby nie dochodziło do wspomnianej kumulacji. Ponadto w literaturze podaje się, że możliwe jest prowadzenie zabiegu CRRT z wyłączoną antykoagulacją przez ponad 24 godziny⁴. Tymczasem przerwanie antykoagulacji na czas zmiany worków trwa z reguły kilka-kilkanaście minut. Tak krótka przerwa w podaży antykoagulantu pozostaje zatem bez wpływu na skuteczność antykoagulacji. W związku z powyższym Odwołujący wskazuje, że wymóg nieprzerwanej podaży antykoagulantu jest nieuzasadniony i służy jedynie ograniczeniu konkurencji, bowiem według najlepszej wiedzy Odwołującego, rozwiązanie polegające na nieprzerwanej podaży antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu, w rzeczywistości oferuje tylko jeden potencjalny wykonawca na rynku tj. firma Fresenius, może być spełniony tylko przez jednego producenta.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 11 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego

⁴ Morabito S i wsp. Continuous renal replacement therapies: anticoagulation in the critically ill at high risk of bleeding. J Nephrol. 2003 Jul-Aug;16(4):566-71.

i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy, poprzez usunięcie tego wymogu.

4. Parametr 23. Dwa detektory powietrza.

Zamawiający w ramach parametru nr 23 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że przewiduje, iż za zaoferowanie w ramach Pakietu nr 1 aparatów do CRRT, posiadających dwa detektory powietrza, przyzna potencjalnemu wykonawcy 10 pkt:

23.	Dwa detektory powietrza	TAK - 10 pkt NIE - 0 pkt
-----	-------------------------	-----------------------------

Należy wskazać, że wymóg ten, czytany wraz z pozostałymi wymogami SIWZ, wskazuje jednoznacznie na firmę Fresenius, jako na jedyne wykonawcę, który może złożyć skuteczną ofertę wobec tak skonstruowanych wymogów SIWZ, co świadczy o zaistnieniu na gruncie niniejszego postępowania tzw. dyskryminacji pośredniej. Ponadto, nie ma on żadnego praktycznego znaczenia dla Zamawiającego i jako taki jest nieuzasadniony, w szczególności aparat do CRRT, posiadający jeden detektor powietrza, jest aparatem w pełni funkcjonalnym i spełniającym wszystkie pozostałe wymogi stawiane przez Zamawiającego i potrzeby wynikające z SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że szczegółowe uzasadnienie merytoryczne, z uwagi na związek komentowanego wymogu z wymogiem wskazanym w ramach parametru 31 oraz parametru 32, znajduje się w pkt 6 poniżej.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 23 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy, poprzez usunięcie tego wymogu.

5. Parametr 31. Zintegrowany system do podgrzewania roztworów substytutu i dializatu.

Zamawiający w ramach parametru nr 31 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że przewiduje, iż za zaoferowanie w ramach Pakietu nr 1 aparatów do CRRT, posiadających zintegrowany system do podgrzewania roztworów substytutu i dializatu, przyzna potencjalnemu wykonawcy 10 pkt:

31.	Zintegrowany system do podgrzewania roztworów substytutu i dializatu	TAK - 10 pkt NIE - 0 pkt
-----	--	-----------------------------

Należy wskazać, że wymóg ten, czytany wraz z pozostałymi wymogami SIWZ, wskazuje jednoznacznie na firmę Fresenius, jako na jedynego wykonawcę, który może złożyć skuteczną ofertę wobec tak skonstruowanych wymogów SIWZ, co świadczy o zaistnieniu na gruncie niniejszego postępowania tzw. dyskryminacji pośredniej. Ponadto, nie ma on żadnego praktycznego znaczenia dla Zamawiającego i jako taki jest nieuzasadniony, w szczególności aparat do CRRT, nie posiadający zintegrowanego systemu do podgrzewania roztworów substytutu i dializatu, jest aparatem w pełni funkcjonalnym i spełniającym wszystkie pozostałe wymogi stawiane przez Zamawiającego i potrzeby wynikające z SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że szczegółowe uzasadnienie merytoryczne, z uwagi na związek komentowanego wymogu z wymogiem wskazanym w ramach parametru 23 oraz parametru 32, znajduje się w pkt 6 poniżej.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 31 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy, poprzez usunięcie tego wymogu.

6. Parametr 32. Niezależne odpowietrzanie drenów substytutu, dializatu czy filtratu.

Zamawiający w ramach parametru nr 32 w Załączniku nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1 wskazał, że oczekuje, by dostarczony przedmiot zamówienia spełniał następujący wymóg:

32.	Niezależne odpowietrzanie drenów substytutu, dializatu czy filtratu
-----	---

Odwołujący wskazuje, że płyny stosowane w zabiegach CRRT (dializat i substytut) zawierają bufor wodorowęglanowy, który pozostaje w równowadze z rozpuszczonym w tych płynach dwutlenkiem węgla. Ogrzewanie roztworów zawierających wodorowęglany (parametr 31) prowadzi do uwalniania dwutlenku węgla, gdyż jego rozpuszczalność w wodzie maleje wraz ze wzrostem temperatury. Narzuca to konieczność odpowietrzania drenów (parametr 32), czyli usuwania dwutlenku węgla gromadzącego się w wyniku ogrzewania płynów. Z tego samego powodu w przypadku grzania roztworów konieczne jest stosowanie aż dwóch detektorów powietrza (parametr 23), których zadaniem jest wykrywanie pęcherzyków gromadzącego się dwutlenku węgla. Detektory poprzez generowanie alarmu i zatrzymywanie terapii zapobiegają niebezpiecznym zatorom powietrznym w organizmie pacjenta.

Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy niektórzy producenci stosujący grzanie roztworów w swoich systemach CRRT (np. Fresenius) zalecają okresowe monitorowanie ogrzewanych płynów w czasie CRRT pod kątem wytrącania cząstek stałych, co po pierwsze bezpośrednio wskazuje na ryzyko precypitacji w ogrzewanych roztworach, a po drugie zwiększa zaangażowanie personelu w obsługę CRRT poprzez narzucenie konieczności

częstego sprawdzania drenów podczas terapii - poniżej cytat z Charakterystyki Produktu Leczniczego Multibic firmy Fresenius:

Ogrzewanie roztworu do temperatury bliskiej temperaturze ciała należy ściśle kontrolować, sprawdzając, czy roztwór gotowy do użycia jest przezroczysty i nie zawiera cząstek. Podczas stosowania gotowego do użycia roztworu, w rzadkich przypadkach obserwowano w drenach biały osad węglanu wapnia, szczególnie w pobliżu modułu pompy i jednostki grzewczej, ogrzewającej roztwór gotowy do użycia. Osad może wytrącić się zwłaszcza wtedy, gdy temperatura roztworu gotowego do użycia w miejscu wlotu do modułu pompy jest wyższa niż 30°C. Dlatego podczas ciągłej terapii nerkozastępczej roztwór gotowy do użycia należy co 30 min. dokładnie oglądać, w celu upewnienia się, że jest on w drenach przezroczysty i wolny od osadu. Osad może się również pojawić ze znacznym opóźnieniem po rozpoczęciu zabiegu. Jeśli zauważy się osad, należy natychmiast wymienić roztwór gotowy do użycia i dreny zestawu do ciągłej terapii nerkozastępczej oraz uważnie monitorować pacjenta.

Zdaniem Odwołującego preferowanie systemu ogrzewania roztworów względem systemu ogrzewania krwi nie ma uzasadnienia klinicznego. Dane z obiektywnej literatury medycznej^{5,6} wskazują, że inne rozwiązanie, zapewniające w równym, jeśli nie w większym stopniu oczekiwaną przez Zamawiającego i wyrażoną w wymogach funkcjonalność tj. systemy CRRT z ogrzewaniem krwi oferowane przez innych potencjalnych wykonawców (np. oferowane przez firmę Baxter systemy Prismaflex i PrisMax) sprawdzają się w praktyce klinicznej na całym świecie. Literatura medyczna nie wskazuje jednoznacznych przewag klinicznych systemu ogrzewania roztworów względem systemu ogrzewania krwi.

W przypadku ogrzewania krwi nie ma potrzeby niezależnego odpowietrzania drenów substytutu, dializatu i filtratu, gdyż płyny te nie są podgrzewane, a więc nie dochodzi do uwalniania z nich dwutlenku węgla. W systemie CRRT ogrzewającym krew dla zapewnienia bezpieczeństwa terapii wystarcza tylko jeden detektor powietrza. W systemach CRRT ogrzewających krew nie dochodzi do uwalniania gazowego dwutlenku węgla oraz powstawania osadów, gdyż krew posiada naturalne mechanizmy wiążące dwutlenek węgla oraz zapobiegające precypitacji cząstek stałych w zakresie temperatur panujących w żywym organizmie.

W związku z powyższą argumentacją niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający oczekuje systemów ogrzewających roztwory i przyznaje dodatkowe punkty za parametry techniczne, których celem jest eliminowanie problemów powstających właśnie w wyniku ogrzewania

⁵ Broman M. i wsp. The Novel PrisMax Continuous Renal Replacement Therapy System in a Multinational, Multicentre Pilot Setting. *Blood Purif.* 2018;46(3):220-227.

⁶ Bell M. i wsp. Comparison of the Accuracy of the Novel PrisMax Continuous Renal Replacement Therapy System to the Classic Prismaflex System. *Blood Purif.* 2019;47(1-3):166-170.

roztworów. Jedynym wyjaśnieniem jest preferowanie konkretnego systemu CRRT, a właściwie konkretnego producenta, gdyż parametry 23, 31 i 32 może łącznie spełnić tylko jeden producent. Podgrzewanie krwi oferowane m. in. przez firmę Baxter pozwala wyeliminować wspomniane wyżej problemy i wydaje się, że właśnie takie rozwiązanie powinno być dodatkowo punktowane w przetargu, a nie rozwiązanie, które te problemy generuje.

Wniosek: biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę wymogu wskazanego w pkt 32 Załącznika nr 2 do SIWZ, dla Pakietu nr 1, jako niczym nieuzasadnionego i ograniczającego konkurencję do jednego potencjalnego wykonawcy, poprzez usunięcie tego wymogu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podkreśla, że poprzez przygotowanie SIWZ (w formie, w jakiej dokonał tego Zamawiający w szczególności poprzez sformułowanie w/w kryteriów punktowanych, Zamawiający wskazał na jednego, konkretnego wykonawcę tj. Fresenius Medical Care Polska S.A., czym naruszył przepisy ustawy PZP, nakazujące Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz ustalenie wszystkich warunków, parametrów i kryteriów w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Parametry oceniane zostały sformułowane w przedmiotowym postępowaniu w sposób, który stanowi 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 - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje oraz zastrzega możliwość przedstawienia dalszej argumentacji na poparcie ww. twierdzeń w zależności od stanowiska Zamawiającego.

Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że poprzez tak sformułowane wymagania, Zamawiający wydaje się wskazywać na jednego producenta tj. na Fresenius Medical Care Polska S.A., czym narusza przepisy ustawy PZP, nakazujące Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia 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 kryteriów punktowanych 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 najszerszy 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.***

Takie działanie zgodnie z regułami wykładni wskazanych przepisów, dobrymi obyczajami, regułami uczciwej konkurencji, a nawet zdrowym rozsądkiem i interesem Zamawiającego jest niedopuszczalne, co potwierdza również stanowisko doktryny:

Do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 p.z.p. nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Innymi słowy pod pojęciami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego itp., aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów oferujących jak najszerszy wachlarz usług i produktów przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia nie może więc eliminować z postępowania usług czy produktów adekwatnych co do przeznaczenia i jakości względem wymagań zamawiającego. W szczególności niedopuszczalne jest takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które skutkuje faktycznym wyeliminowaniem z zamówienia produktu lub usługi czy też odrzuceniem oferty wykonawcy w celu ułatwienia wyboru innej oferty rynkowej. Ochrona środków publicznych, z których finansuje się zamówienie nie jest wartością nadrzędną, która eliminowałaby inne

zasady prawem chronione. Swoboda kontraktowania jest fundamentalną zasadą porządku prawnego, która ze względu na ochronę środków publicznych może być ograniczona, czemu służy art. 144 ust. 1 p.z.p., jednak treść tego przepisu musi być tak interpretowana, aby przepis zapobiegał nadużyciom, ale jednocześnie nie wykluczał możliwości korzystania ze środków publicznych⁷.

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 opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie 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.**⁸*

Zarzut ten jest podstawą do uwzględnienia odwołania, a postanowienia te powinny zostać usunięte lub zmienione zgodnie z wnioskami.

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.*

⁷ Damian Wąsik – Zakłócenie przetargu publicznego na zakup asortymentu medycznego (art. 305 k.k.), Prokuratura i Prawo 2, 2020.

⁸ Wiktorowska Ewa. Art. 29. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest jak wskazano wyżej określenie na tyle specyficznych kryteriów dodatkowo punktowanych, 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.

Zdaniem Odwołującego kryteria punktowane określone przez Zamawiającego są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Odwołującego, utrudniają bowiem one Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. 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.

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący 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 kryteriów w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu kryteriów punktowanych 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.

Odwołujący podziela 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.

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania SIWZ w każdy sposób, który da zaspokojenie potrzeb Zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. 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 Fresenius, 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 B. Faktyczny brak dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jedno rozwiązanie oferowane przez firmę Fresenius, 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).**⁹*

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

⁹ Art. 29 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 10/A. Matusiak

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 szczególnie 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,
- 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. Stwierdzenie 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, zawęża 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:

- 7. 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 Baxter oraz innym potencjalnym wykonawcom dostęp do niniejszego zamówienia i eliminujący ewentualne wady Postępowania.

Wobec przedstawionych okoliczności Odwołujący podnosi, że działania Zamawiającego polegające na sprzecznym z przepisami ustawy PZP ustaleniu treści SIWZ naruszają również art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869, ze zm.), zgodnie z którym:

Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

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

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o zmianę SIWZ oraz Załącznika nr 2 do SIWZ – ZESTAWIENIA PARAMETRÓW TECHNICZNYCH, WARUNKÓW GWARANCJI ORAZ SZKOLEŃ zgodnie z treścią wniosków zamieszczonych w treści odwołania, a w konsekwencji SIWZ, w sposób określony we wnioskach z pkt 1 – 7 niniejszego pisma.

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:

- a) Załącznik nr 1 – odpis z KRS Odwołującego;
- b) Załącznik nr 2 – pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego;
- c) Załącznik nr 3 – dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
- d) Załącznik nr 4 – potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15.000 zł;
- e) Załącznik nr 5 – potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu (do Prezesa KIO).