

Warszawa, dnia 10 lutego 2021 r.

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

Zamawiający: **Szpital Pomorskie Sp. z o.o.**
ul. Powstania Styczniowego 1
81-519 Gdynia
Tel.: (058) 726-04-67
Faks: (058) 726-03-38
e-mail: zp@szpitalpomorskie.eu;
akorolczuk@szpitalpomorskie.eu

Odwołujący: **Getinge Polska Sp. z o.o.**
ul. Osmańska 14
02-823 Warszawa
Numer KRS: 0000166516

reprezentowany przez
adwokat
Joannę Hołowińską
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
Faks: 48 22 826 08 87

ODWOŁANIE

Dotyczy:	postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia), w trybie przetargu nieograniczonego na: Zakup stołów operacyjnych, łóżek transportowych oraz łóżek anestezjologicznych na Blok Operacyjny w lokalizacji Szpitala Św. Wincentego a'Paulo w Gdyni w ramach programu: „Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych”, znak sprawy: D25M/251/N/37-69rj/20, w zakresie Zadania 1, zwanego dalej: „Postępowaniem”.
Ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 245-606677 w dniu 16 grudnia 2020 r.
Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:	czynność Zamawiającego z dnia 5 lutego 2021 r. polegająca na faktycznej modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w taki sposób, że obecnie postanowienia SIWZ w tym zakresie ukształtowane zostały w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Termin:	5 lutego 2021 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazaną wyżej czynność dokonaną przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Getinge Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 14, 02-823 Warszawa, dalej: „**Getinge**” lub „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”, zgodnie z art. 513 pkt 1) w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020; dalej jako: „**Przepisy wprowadzające Pzp**”), jednocześnie mając na względzie, fakt że Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zm., dalej: „**ustawa Pzp**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”), zgodnie z art. 180 ust. 1 i 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1) tej ustawy Pzp,

wnoszę odwołanie

wobec niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na zmodyfikowaniu SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w sposób prowadzący do ukształtowania w Postępowaniu treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” (dalej jako: „**Załącznik nr 4 do SIWZ**” lub „**OPZ**”) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

sformułowanie kryteriów oceny ofert ujawnionych w pkt 10 Załącznika nr 4 do SIWZ w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do faktycznego braku możliwości uzyskania zamówienia przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby Zamawiającego

- *co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.*

W związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący

wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1) modyfikacji SIWZ w zakresie załącznika nr 4 „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w zakresie kryteriów oceny ofert ujawnionych w pkt 10 w sposób określony w treści odwołania;

- 2) dokonania 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 niniejszego odwołania;
- 3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) Odwołania wniesionego przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2020 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego oraz postanowieniem KIO z dnia 8 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3430/10)
 - w celu wykazania, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający uprzednio opisał przedmiot zamówienia w sposób dyskryminujący wykonawców innych niż Klaromed Sp. z o.o.;
- 2) Odwołania wniesionego przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 27 stycznia 2021 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego
 - w celu wykazania, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający uprzednio dokonał modyfikacji SIWZ mającej na celu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący wykonawców innych niż Klaromed Sp. z o.o.;
- 3) Katalogu produktu Schaerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski
 - w celu wykazania, że modyfikacja SIWZ dokonana dnia 5 lutego 2021 r. miała na celu ograniczenie konkurencyjności w niniejszym Postępowaniu poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że w przypadku złożenia oferty przez Klaromed Sp. z o.o. inni oferenci nie będą w stanie pozyskać niniejszego zamówienia.

Nadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania:

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 5 lutego 2021 r., tj. w dniu opublikowania na Platformie Zakupowej Zamawiającego pliku pdf pod nazwą „Modyfikacja-informacja z dn. 05.02.21_37-69”, w którym Zamawiający ukształtował

nowe, dotychczas niestosowane, kryteria oceny ofert. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp został dochowany.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek ukształtowania w sposób dyskryminacyjny kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu, Wykonawca może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Getinge wykazuje, że w następstwie ww. czynności Zamawiającego może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji – nieuzyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

W dniu 16 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej SIWZ dla postępowania na zakup stołów operacyjnych, łóżek transportowych oraz łóżek anestezjologicznych na Blok Operacyjny w lokalizacji Szpitala Św. Wincentego a'Paulo w Gdyni w ramach programu: „Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych”.

W kontekście niniejszego odwołania należy wskazać, że treść SIWZ była uprzednio dwukrotnie kwestionowana przez Odwołującego, gdyż w zasadzie od początku prowadzenia niniejszego Postępowania Zamawiający wprowadzał do specyfikacji zapisy, które umożliwiały złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy bądź też w sposób znaczący faworyzowała produkt dystrybuowany przez Klaromed Sp. z o.o. Odwołania te zostały w całości uznane przez Zamawiającego.

Odwołanie 1 od treści SIWZ wniesione przez Getinge w dniu 23 grudnia 2020 r.

Integralną część SIWZ stanowiły załączniki, w tym załącznik nr 4, tj. „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych”. W ocenie Getinge SIWZ w ówczesnym brzmieniu w sposób istotny naruszała podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też w dniu 23 grudnia 2020 r. Wykonawca wniósł odwołanie od treści SIWZ (dalej jako „**Odwołanie 1**”), w którym zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy poprzez zastosowanie w opisie wymagań parametrów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu (stołów operacyjnych) dystrybuowanych przez Klaromed Sp. z o.o. Jednocześnie, różnice pomiędzy sprzętem Klaromed a sprzętem innych producentów (w tym sprzętem, którego producentem jest Odwołujący) były na tyle nieistotne z punktu widzenia przeznaczenia stołu operacyjnego, że nie sposób wytłumaczyć takiego opisu przedmiotu zamówienia usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego.
- 2) Skonstruowanie pakietów stanowiących części niniejszego zamówienia w taki sposób, że w zakresie zadania 1, jedynym wykonawcą będącym w stanie złożyć ofertę uwzględniającą wszystkie postanowienia SIWZ będzie Klaromed Sp. z o.o. W pakiecie tym bowiem znajdują się stoły operacyjne opisane w sposób określony w pkt 1 powyżej oraz łóżka transportowe. Odwołujący wskazywał, że istnieje wielu producentów łóżek, którzy mogliby złożyć ofertę w niniejszym Postępowaniu, zgodnie z opisanymi przez Zamawiającego wymaganiami (tym bardziej, że przedmiotem Zadania 2 również są łóżka). Jednakże, ze względu na zaproponowaną przez Zamawiającego konstrukcję pakietów, nie będą mogli złożyć ważnej oferty, a jedynym wykonawcą, który sprostą w ten sposób określonym wymaganiom będzie Klaromed Sp. z o.o.
- 3) Ukształtowanie kryteriów oceny ofert w taki sposób, że dodatkowe punkty za parametry techniczne oferowanych stołów operacyjnych był w stanie uzyskać jedynie Klaromed Sp. z o.o. Wobec powyższego, zmiana zapisów SIWZ winna dotyczyć nie tylko samych wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych sprzętu, ale również kryteriów oceny ofert, gdyż brak zmiany w zakresie kryteriów również skutkowałby wyborem Klaromed Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej ze względu na fakt, iż jako jedyny dystrybutor na rynku oferuje sprzęt o parametrach technicznych, za które Zamawiający przyzna dodatkowe punkty.

W odwołaniu z dnia 23 grudnia 2020 r. Getinge domagało się dokonania przez Zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą następujących czynności, które w ocenie Spółki doprowadziłyby SIWZ w niniejszym Postępowaniu do stanu, w którym będzie ona zgodna z zasadami prowadzenia postępowania wyrażonymi w Prawie zamówień publicznych, z szczególności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:

1. Zmiany parametrów określonych w załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” w sposób określony w treści niniejszego odwołania, umożliwiające złożenie ofert więcej niż jednemu wykonawcy.

2. Dokonanie modyfikacji podziału zamówienia na części w sposób prowadzący do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, w następujący sposób:
 - 1) Zadanie nr 1
stoły operacyjne ortopedyczne – 4 szt.,
 - 2) Zadanie nr 2
łóżko transportowe z przesuwany blatem – 2 szt.,
łóżko elektryczne z opcją transportową – 4 szt.
łóżko szpitalne wybudzeniowe dla dzieci sterowane elektrycznie z materacem – 1 szt.
3. Zmiany kryteriów oceny ofert w sposób, który umożliwi ocenę ofert i rozwiązań proponowanych przez wykonawców przez pryzmat niedyskryminacyjnych, obiektywnych kryteriów poprzez wyłączenie z „pozycji punktowanych” paramentów określonych w pkt. II.2 i II.32 Załącznika nr 4 do SIWZ, charakterystycznych tylko dla produktu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o.

W dniu 5 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie, zgodnie z którym postępowanie odwoławcze zostało umorzone na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

- Dowód:
- Odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2020 r.;
 - Pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z dnia 4 stycznia 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
 - Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r. (sygn. akt: KIO 3430/20) – umorzenie postępowania odwoławczego.

W wyniku uwzględnienia odwołania w dniu 5 stycznia 2021 r. Zamawiający opublikował modyfikację SIWZ, o której dokonanie wnosił Odwołujący w odwołaniu, a która przywróciła konkurencyjność niniejszego Postępowania i umożliwiła złożenie oferty szerszemu kręgowi wykonawców niż tylko Klaromed Sp. z o.o.

Modyfikacje SIWZ dokonane przez Zamawiającego po uznaniu Odwołania 1

Znamiennym w kontekście niniejszego (trzeciego) odwołania od treści SIWZ składanego przez Getinge jest fakt, iż Zamawiający po uznaniu odwołania po raz kolejny zmodyfikował SIWZ poprzez zmianę kwestionowanych przez Getinge warunków udziału w postępowaniu na kryteria oceny ofert w zakresie punktu 1, 2 oraz 29 OPZ. Zakwestionowane wówczas przez Getinge parametry stanowiące warunki udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego zmienione w taki sposób, że dopuszczono rozwiązania inne niż pierwotnie wskazane przez Zamawiającego, jednakże parametry charakterystyczne dla stołu ofertowanego przez Klaromed Sp. z o.o. stały się kryteriami oceny ofert – za każdy z takich parametrów zostanie wykonawcy przyznane 10 punktów. Getinge nie wnosilo odwołania od tej czynności Zamawiającego, wobec czego niniejszy fakt przytacza wyłącznie w kontekście kwestionowanej obecnie czynności przyznania punktów za parametry charakterystyczne dla stołu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o.

Odwołanie 2 od treści SIWZ wniesione przez Getinge w dniu 27 stycznia 2021 r.

W dniu 22 stycznia 2021 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, które de facto spowodowały modyfikację SIWZ w zakresie punktu 3, 8 oraz 14 OPZ, która w ocenie Getinge powtórnie spowodowała naruszenie zasady uczciwej konkurencji i faktycznie umożliwiła złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy. Dlatego też, w dniu 27 stycznia 2021 zdecydował się ponownie wnieść odwołanie od treści SIWZ (dalej jako: „**Odwołanie 2**”).

W odwołaniu tym zarzucił Zamawiającemu sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, w zakresie pkt 3, 8 oraz 14, w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór w OPZ parametrów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości złożenia oferty przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby Zamawiającego.

W odwołaniu Getinge domagało się modyfikacji zaskarżonej treści Załącznika nr 4 w taki sposób, aby ofertę w niniejszym Postępowaniu mógł złożyć szerszy krąg wykonawców, niż wyłącznie traktowany przez Zamawiającego w sposób preferencyjny Klaromed Sp. z o.o.

W dniu 29 stycznia 2021 r. na Platformie Zakupowej Zamawiającego pojawiła się informacja, że uznaje on w całości odwołanie wniesione przez Getinge i w związku z powyższym modyfikuje odpowiedzi na pytania wykonawców, a w konsekwencji – faktycznie cofa wprowadzone do SIWZ modyfikacje. W wyniku takiej decyzji Zamawiającego Postępowaniu przywrócono konkurencyjność i umożliwiono złożenie oferty większej liczbie wykonawców.

W dniu 10 lutego 2021 r. Zamawiający skierował do Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym wniósł o umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem całości zarzutów Odwołującego.

Na dzień sporządzania niniejszego odwołania nie odbyło się jeszcze posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, na którym Izba umorzyłaby postępowanie wobec uznania w całości żądań Odwołującego.

- Dowód:
- Odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 27 stycznia 2021 r.;
 - Pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z dnia 29 stycznia 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
 - Pismo Zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania).

Modyfikacje SIWZ z dnia 5 lutego 2021 r. – w zakresie kryteriów oceny ofert

W dniu 5 lutego 2021 r. Zamawiający ponownie dokonał modyfikacji SIWZ – w zakresie parametru nr 10 Załącznika nr 4 – poprzez nadanie punktacji dopuszczonym rozwiązaniom oraz modyfikacji pkt 11. W zamieszczonym na Platformie Zakupowej piśmie Zamawiający uzasadnił powody swojej decyzji wskazując na kwestię przezierności jako jednego z kluczowych aspektów z punktu widzenia funkcjonalności stołu oraz bezpieczeństwa pacjenta.

Za stół spełniający parametr *wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę powyżej 1590 mm* Zamawiający przyznał aż 20 punktów.

W niniejszym stanie faktycznym podkreślić należy, że parametr ten jest jednym z charakterystycznych cech stołu produkcji Schaerer Axis, których jedynym dystrybutorem w Polsce jest Klaromed Sp. z o.o. oraz, że parametr ten jest tylko pośrednio związany z kwestią przezierności, na którą Zamawiający wskazuje w piśmie z dnia 5 lutego 2021 r. Nadto wskazać należy, że zmiany tej dokonano na kilka dni przed terminem składania ofert i kilka dni po uznaniu przez Zamawiającego odwołania, w którym Getinge zarzucało Zamawiającemu ukształtowanie zapisów SIWZ w taki sposób, aby jedynym podmiotem mogącym złożyć ważną ofertę był Klaromed Sp. z o.o.

I. PRZEZIERNOŚĆ JAKO PARAMETR JAKOŚCIOWY – ZASTOSOWANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO KRYTERIUM OCENY OFERT

Modyfikacja SIWZ, polegająca na wprowadzeniu punktacji w zakresie parametru określonego w pkt 10 Załącznika nr 4, ponownie doprowadziła do sytuacji, w której realne szanse na udzielenie zamówienia w niniejszym Postępowaniu ma wyłącznie jedna firma, tj. jedyny w Polsce dystrybutor stołu Axis 400/500/600/700 800.

Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany polegały na przyznaniu następującej punktacji za parametry określone w pkt 10 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę minimum 1500 mm - blat stołu w układzie kolumna – podstawa w kształcie leżącej litery U lub podstawa w kształcie litery H.

Punktacja :

≥ 1590 mm – 20 pkt

≥ 1550 mm – 10 pkt

≥ 1500 mm – 0 pkt

Dodatkowo Zamawiający wprowadził modyfikację pkt 11 w następującym zakresie:

Dostępność ramienia „C” aparatu RTG do prześwietlania całego ciała pacjenta bez konieczności zmiany jego położenia na stole minimum na długości 1500 mm.

W tym miejscu Odwołujący chciałby odnieść się bezpośrednio do argumentacji Zamawiającego, którą ten zamieścił w modyfikacji SIWZ z dnia 5 lutego 2021 r. i która miała wskazywać na zasadność przyznania aż 20 punktów jakościowych za parametr przezierności. W ocenie Getinge, Zamawiający używa argumentu przezierności punktując de facto wyłącznie wychylenie blatu poza kolumnę stołu, nie zaś przezierność. Parametr przezierności został bowiem zwarty w pkt 11 Załącznika nr 4 do SIWZ, za który Zamawiający nie przyznaje punktów.

Zamawiający podał mianowicie, że zależy mu na takiej konstrukcji stołu, która ma przezierność o długości do 1590 mm oraz szczegółowo wyjaśnił z jakich to powodów jest to tak istotne.

Należy jednak zauważyć, że Zamawiający przyznał tak naprawdę aż 20 punktów jakościowych za parametry punktu 10, tj. za samo wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę ≥ 1590 mm, nie zaś, jak wskazał w cytowanym niżej uzasadnieniu, za przezierność o długości do 1590 mm.

Szpital Pomorskie Sp. z o. o. (dalej Zamawiający), niniejszym informuje, iż dokonał modyfikacji oceny parametru w pkt 10 zadania 1 poprzez nadanie punktacji dopuszczonym rozwiązaniom konstrukcyjnym oraz modyfikacji w pkt. 11.

Zamawiającemu jako doświadczonemu użytkownikowi zależy na takiej konstrukcji stołu, aby jego przezierność o długości do 1590 mm zapewniała dogodne warunki badania, pozwalające objąć niemal całą sylwetkę pacjenta. Taka funkcjonalność stołu operacyjnego wiąże się ze zmniejszeniem ilości wykonywanych zdjęć oraz redukcji dawki promieniowania dla każdego pacjenta i personelu medycznego. Takie rozwiązanie pozwoli na zniwelowanie przesuwania i ustawiania pacjenta pod kątem wykonania zdjęcia ramieniem C oraz nie będzie generowało niepotrzebnego stresu podczas operacji. W związku z powyższym ww. parametr ma istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia funkcjonalności i bezpieczeństwa pacjenta.

Getinge w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i również uważa, że przezierność stołu, czyli możliwość współpracy stołu z ramieniem C, jest parametrem niezwykle istotnym. Odwołujący rozumie również, że Zamawiającemu zależy na takiej konstrukcji stołu, aby jego przezierność o długości do 1590 mm zapewniała dogodne warunki badania, pozwalające objąć niemal całą sylwetkę pacjenta, gdyż taka funkcjonalność stołu pozwala zmniejszyć ilość wykonywanych zdjęć Rtg oraz zredukować dawki promieniowania dla każdego pacjenta i personelu medycznego.

Odwołujący, jako doświadczony konstruktor i renomowany producent stołów operacyjnych, pragnie jednak zwrócić szczególną uwagę Zamawiającego na fakt, iż **wychylenie blatu o którym jest mowa w punkcie 10 nie jest pojęciem równoznacznym z przeziernością blatu na podanej przez Zamawiającego długości**, zwłaszcza w stołach w których nie ma funkcji przesuwu wzdłużnego, czyli między innymi w stołach Axis 400/500/600/700/800.

Ponadto należy podkreślić, że stoły te pomimo iż posiadają wskazane i punktowane przez Zamawiającego wychylenie blatu oraz wymaganą asymetrycznie umieszczoną kolumnę stołu, to finalnie posiadają znacznie mniejszą długość obszaru przeziernego. W stołach tych długość obszaru przeziernego ze względu jest zawsze mniejsza niż całkowita długość wychylenia blatu poza kolumnę stołu.

Dowód: — Katalog Shraerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski – str. 3, 4, 6.

Należy nadmienić, że zupełnie inaczej wygląda parametr przezierności w stołach, które posiadają :

- asymetrycznie umieszczoną kolumnę stołu (wymaga Zamawiający)

- wychylenie blatu poza kolumnę 1500 mm (minimum, które wymaga Zamawiający) oraz
- funkcję przesuwu wzdłużnego (dopuszczoną w wyniku 1 odwołania).

Takie rozwiązanie konstrukcyjne pozwala właśnie na uzyskanie przezierności o długości nawet większej niż 1590 mm, czyli większej niż pierwotne wychylenie blatu stołu. We wszystkich stołach z asymetrycznie umieszczoną kolumną i przesuwem wzdłużnym długość obszaru przeziernego będzie zawsze większa niż w stołach, które nie posiadają funkcji przesuwu wzdłużnego.

Dodatkowo, z całą stanowczością Odwołujący podkreśla, że funkcja przesuwu wzdłużnego, realizowana poprzez naciśnięcie jednego przycisku na pilocie sterującym stołem, ułatwia pracę operatorom. Zwiększa bowiem długość obszaru przeziernego dla ramienia C bez konieczności jakiegokolwiek zmiany ułożenia pacjenta na blacie stołu czy też przesuwania pacjenta na blacie stołu.

Taka właśnie konstrukcja stołu gwarantuje użytkownikowi przezierność na długości powyżej 1590 mm oraz zapewnia dogodne warunki badania, pozwalające objąć niemal całą sylwetkę pacjenta.

Nadto, funkcjonalność taka pozwala zmniejszyć ilość niepotrzebnie wykonywanych zdjęć, a tym samym zredukować dawki promieniowania dla każdego pacjenta i personelu medycznego.

Takie właśnie rozwiązanie konstrukcyjne, które zapewnia przezierność na długości 1590 mm, którą można jeszcze zwiększyć niweluje przesuwanie i ustawianie pacjenta pod kątem wykonania zdjęć ramieniem C. Oczywiście bez generowania jakiegokolwiek dodatkowego stresu ponieważ naciśnięcie przycisku funkcji przesuwu wzdłużnego odbywa się dokładnie tak samo jak naciśnięcie każdego innego przycisku na pilocie do sterowania stołem.

Należy zatem zwrócić uwagę na faktyczną sprzeczność pomiędzy sporządzonym przez Zamawiającego uzasadnieniem dla modyfikacji SIWZ, a punktowanym przez niego parametrem.

Pomimo, że powyżej wykazano iż produkt produkcji Getinge posiada parametry w zakresie przezierności lepsze niż 1590 mm, to nie otrzyma on dodatkowych punktów, gdyż Zamawiający zdecydował się punktować nie przezierność (o czym mowa w argumentacji), a wychylenie blatu poza kolumnę stołu. W ocenie Odwołującego jest to kolejny już zabieg Zamawiającego mający na celu maksymalne zawężenie potencjalnego kręgu dostawców mających szansę na pozyskanie niniejszego zamówienia poprzez punktowanie kolejnych cech charakterystycznych tylko w stołach marki Schaerer Axis 400/500/600/700/800. Bowiem tylko te stoły posiadają wychylenie blatu o podanej przez Zamawiającego długości.

Odwołujący jednoznacznie wykazał, że w rzeczywistości nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający przyznał aż 20 punktów jakościowych za wychylenie blatu równe lub większe 1590 mm. Przezierność bowiem, na którą wskazuje Zamawiający w swojej argumentacji uzyskuje się poprzez różne rozwiązania konstrukcyjne i niezrozumiałym jest

dlaczego Zamawiający premiuje nie parametr, który jak twierdzi jest dla niego niezwykle istotny, a samo wychylenie blatu poza kolumnę stołu, które jedynie pośrednio wpływa na końcową długość obszaru przeziernego blatu. Jednocześnie sam Zamawiający wskazał, że nie istnieją obiektywne powody, które uzasadniałyby przypisywanie punktów jakościowych za tę funkcjonalność, gdyż jak sam uzasadnił zależy mu na takiej konstrukcji stołu i takiej funkcjonalności gdzie przezierność o długości równej lub wyższej niż 1590 mm zapewnia optymalne warunki pracy.

Zatem, w świetle przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji, uzasadnionym byłoby co najwyżej punktowanie parametru przezierności o długości równej lub wyższej niż 1590 mm wskazanej przez Zamawiającego

W ocenie Odwołującego Zamawiający celowo wybrał ten parametr stołu jako jedno z kryteriów oceny ofert i przyznał za niego aż 20 punktów jakościowych. Wychylenie blatu poza kolumnę stołu o podanej długości jest bowiem jedną z cech charakterystycznych stołu Axis 400/500/600/700/800 i łącznie z punktowanymi pozostałymi cechami charakterystycznymi tego stołu również punktowanymi przez Zamawiającego (tj. określonymi w pkt 1, 2 oraz 29 Załącznika nr 4 do SIWZ) umożliwi Klaromed Sp. z o.o. pozyskanie niniejszego zamówienia, w zasadzie niezależnie od zaproponowanej ceny. Gdyby Zamawiający rzeczywiście chciał punktować parametr przezierności, to winien przyznawać punkty jakościowe w parametrze przezierności opisanym w pkt 11 Załącznika nr 4. Jednakże, przyznanie punktów jakościowych za spełnienie zapisów punktu nr 11, którego to treść wprost odnosi się właśnie do przezierności i koreluje z potrzebami podanymi przez Zamawiającego w jego uzasadnieniu, byłoby po prostu niekorzystne dla stołów Axis 400/500/600/700/800 i za ten parametr stoły te nie otrzymałyby punktów .

Z powyższego uzasadnienia wynika, że Zamawiający punktuje tak naprawdę kolejną cechę charakterystyczną tylko dla stołów Axis 400 /500/600/700/800, mimo iż nie jest to uzasadnione jego realnymi i usprawiedliwionymi potrzebami.

Podsumowując, wskazane powyżej fakty świadczą jednoznacznie, że Zamawiający ponownie, wręcz uparczywie, dąży do takiego sformułowania zapisów OPZ i/lub do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, która umożliwi udzielenie niniejszego zamówienia wyłącznie firmie Klaromed Sp. z o.o., będącej jedynym w Polsce dystrybutorem stołów Axis 400/500/600/700/800.

WNIOSEK ODWOŁUJĄCEGO:

Odwołujący wnosi o:

Usunięcie kwestionowanego kryterium oceny ofert, wprowadzonego przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 5 lutego 2021 r. w zakresie pkt. 10 OPZ, polegającego na przyznaniu punktów za wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę o następującej treści:

„ $\geq 1590\text{ mm} - 20\text{ pkt}$ ”

$\geq 1550\text{ mm} - 10\text{ pkt}$

$\geq 1500\text{ mm} - 0\text{ pkt}$ ”

II. POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT W NINIEJSZYM POSTĘPOWANIU

Po modyfikacji SIWZ z dnia 5 lutego 2021 r. w Postępowaniu określono następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena brutto – 80%
- 2) Parametry oceniane – 20%.

W pkt XVII.3 SIWZ Zamawiający wskazał w jaki sposób oceniana będzie złożona oferta w zakresie kryterium ceny:

Liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium cena, obliczona zostanie na podstawie następującego wzoru:

$$PK = [CN / CR] \times 80$$

PK - ilość punktów dla kryterium

CN - najniższa oferowana cena

CR - cena brutto oferty rozpatrywanej

Wykonawca może uzyskać maksymalnie 80 pkt w kryterium cena.

Natomiast w zakresie parametrów ocenianych Zamawiający wyznaczył następujące parametry podlegające ocenie punktowej:

- 1) W zakresie pkt II. 1 Załącznika nr 4 do SIWZ:

- a) Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia lub przemieszczania blatu – **cecha charakterystyczne stołu Axis – 10 pkt;**
 - b) Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia z możliwością wykorzystania funkcji przesuwu wzdłużnego blatu – **rozwiązanie dopuszczone po uwzględnieniu odwołania 1 – 0 pkt.**
- 2) W zakresie pkt II. 2 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- a) Podstawa stołu w kształcie litry „T” lub „Y” zwężeniem skierowanym w stronę segmentu nóg – **cecha charakterystyczne stołu Axis – 10 pkt;**
 - b) Podstawa w kształcie litery H (węższa w części centralnej, szersza na końcach) – **rozwiązanie dopuszczone po uwzględnieniu odwołania 1 – 0 pkt.**
- 3) W zakresie pkt II. 7 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- Układ jezdny stołu wyposażony w mechanizm blokujący do jazdy kierunkowej uruchamiany za pomocą dźwigni nożnej lub pilota – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**
- 4) W zakresie pkt II. 9 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- Blokada podstawy sterowana elektrohydraulicznie za pomocą dźwigni nożnej lub pilota – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**
- 5) W zakresie pkt II. 10 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- Wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę minimum 1500 mm - blat stołu w układzie kolumna – podstawa w kształcie leżącej litery U lub podstawa w kształcie litery H:
- ≥ 1590 mm – 20 pkt – **cecha charakterystyczne stołu Axis;**
 - ≥ 1550 mm – 10 pkt;
 - ≥ 1500 mm – 0 pkt;
- 6) W zakresie pkt II. 17 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- Zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem układu sterującego blatu poprzez blokadę funkcji pilota i dodatkowego układu sterowania w momencie aktywacji układu jezdny stołu – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**
- 7) W zakresie pkt II. 19 Załącznika nr 4 do SIWZ:
- Zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem dodatkowego (awaryjnego) układu sterującego blatu poprzez konieczność naciśnięcia jednocześnie dwóch

przycisków dodatkowego panelu sterującego, celem aktywacji wybranej funkcji – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

8) W zakresie pkt II. 21 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Informacja na pilocie o orientacji ułożenia pacjenta (normalna lub odwrócona) z automatyczną interpretacją komend ruchów pochyleń wzdłużnych blatu dokonywanych z pilota – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

9) W zakresie pkt II. 22 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Możliwość zablokowania zmian ustawień blatu stołu operacyjnego przyciskiem na pilocie – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

10) W zakresie pkt II. 26 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Mechanizmy mocujące sekcje pod głowę i nogi proste w obsłudze i ergonomiczne (nie dopuszcza się mechanizmów w postaci śrub lub pokręteł blokujących) – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

11) W zakresie pkt II. 29 Załącznika nr 4 do SIWZ:

- a) Materace mocowane do stołu za pomocą gniazd w materacach i czopów osadzonych na ramie/elementach nośnych blatu lub odwrotnie – **cecha charakterystyczne stołu Axis – 10 pkt;**
- b) materace mocowane na rzepy – **rozwiązanie dopuszczone po uwzględnieniu odwołania 1 – 0 pkt;**

12) W zakresie pkt II. 30 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Możliwość czyszczenia wszystkich powierzchni stołu ogólnodostępnymi środkami odkażającymi – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

13) W zakresie pkt II. 31 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Wszystkie segmenty stołu wyposażone w szyny boczne do montażu akcesoriów – **TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;**

14) W zakresie pkt II. 32 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Możliwość doposażenia w przyszłości stołu o następujące elementy, nie występujące na obecnym etapie wyposażenia stołu :

- dedykowaną karbonową ramę do operacji kręgosłupa – rama bez dodatkowego podparcia, o nośności min 200 kg, mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów albo dedykowaną karbonową ramę do operacji kręgosłupa z podparciem o nośności min. 250 kg mocowaną do stołu za pomocą adapterów
- dedykowaną karbonową płytę o długości min. 1150 mm mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów

TAK – 10 pkt/NIE – 0 pkt;

15) W zakresie pkt II. 33 Załącznika nr 4 do SIWZ:

Stolik do chirurgii ręki, mocowany do szyny bocznej, bez dodatkowej podpory podłogowej lub z podporą, przezierny dla ramienia C, z prowadnicami do kasety RTG lub bez prowadnic na kasety RTG z dedykowanym materacem minimum 60 mm. Wymiary stolika do chirurgii ręki minimum długość 690 mm, szerokość 330 mm, grubość 50 mm:

a) Z podporą – **10 pkt;**

b) Bez podpory – **0 pkt;**

Z powyższej, ustalonej przez Zamawiającego punktacji wynika, że stół który w niniejszym Postępowaniu zaoferowałaby firma Klaromed uzyskałby 160 punktów jakościowych (uwzględniając parametry neutralne oraz te, które są właściwe wyłącznie dla stołu Axis). Każdy inny oferent w niniejszym Postępowaniu miałby szansę uzyskać **co najwyżej 110 punktów**. W pkt XVII.4 SIWZ Zamawiający zamieścił wzór wg którego oceniane będą parametry jakościowe:

$$PK = [PN / PR] \times 20$$

PK - ilość punktów dla kryterium

PN – liczba punktów oferty rozpatrywanej

PR – liczba punktów maksymalna do uzyskania

Wykonawca może uzyskać maksymalnie 20 pkt w kryterium parametry oceniane.

Zgodnie z niniejszym wzorem Klaromed otrzymałby 20 pkt jakościowych, zaś każdy inny oferent mógłby uzyskać **maksymalnie 13,75** punktów.

Na podstawie informacji o średniej cenie rynkowej stołów Axis 400/500/600/700/800 oraz z przeprowadzonej przez Odwołującego symulacji wszystkich kryteriów oceny ofert wynika, że aby jakkolwiek inny oferent mógł zachować szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia musiałby obniżyć znacznie ceny oferowanych przez siebie produktów.

W przypadku Odwołującego ta obniżka musiałaby sięgać ponad 32%, czyli Getinge musiałoby obniżyć wartość swojej oferty praktycznie o wartość jednego stołu operacyjnego z wyposażeniem.

Odwołujący podkreśla, że biorąc pod uwagę wszystkie składniki wpływające na cenę oferty, czyli między innymi takie składniki jak: koszty transportu, koszty magazynowania, koszty instalacji i szkolenia personelu, koszty gwarancji tak znaczna obniżka ceny w zasadzie nie jest możliwa.

Okolicznością powszechnie znaną jest fakt że, ceny stołów Axis 400/500/600/700/800, które są w postępowaniach publicznych oferowane przez Klaromed Sp. z o.o., **są nieadekwatnie wysokie w stosunku do ich ograniczonych funkcjonalności**. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony próbuje wpłynąć na wynik niniejszego Postępowania ustanawiając dyskryminacyjne kryteria oceny ofert. Działanie to ma na celu udzielenie zamówienia jedynie jednemu, preferowanemu przez Zamawiającego, wykonawcy, tj. firmie Klaromed Sp. z o.o.

W niniejszym Postępowaniu znamionnym jest, że Zamawiający w zasadzie od początku w taki sposób modyfikuje warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert, aby udzielić zamówienia temu wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że wprowadzane modyfikacje SIWZ kolejno zmieniają parametry wymagane bądź też kryteria oceny ofert w sposób nielogiczny. Począwszy od podziału zamówienia na pakiety w taki sposób, aby w jednym pakiecie znalazły się wszystkie produkty, których dystrybutorem jest Klaromed Sp. z o.o. (o czym mowa w Odwołaniu 1, które zostało w całości uwzględnione), aż po wprowadzenie na kilka dni przed terminem składania ofert dodatkowego parametru jakościowego, za który Zamawiający zamierza przyznać aż 20 punktów jakościowych (podczas gdy dotychczas każdy parametr punktowany był 10 punktami).

Nadmienić należy, że wydaje się wręcz nieprawdopodobne, aby Zamawiający przez 3 miesiące trwania Postępowania nie zorientował się, że nie przyznał punktów jakościowych za, zgodnie z przedstawioną argumentacją, kluczowy wg niego parametr jakim jest przezierność. Dodatkowo zaś – jak już wskazano w pkt I powyżej – nie ocenia samej przezierności blatu, na którą tak naprawdę składa się zarówno długość obszaru przeziernego jak i szerokość obszaru przeziernego, a jedynie rozwiązanie technologiczne, które posiadają stoły Axis. Powyżej podkreślano, że długość obszaru przeziernego blatu można uzyskać za pomocą różnych funkcjonalności, a Zamawiający w swojej argumentacji nie wskazał dlaczego uważa, że samo wychylenie blatu poza kolumnę stołu, które jest przestarzałym rozwiązaniem technologicznym, uważa za parametr, któremu należy przyznać punkty. Nadmienić należy, że w ten sposób Zamawiający faktycznie dyskryminuje rozwiązania nowocześniejsze, osiągające większą wartość parametru przezierności przy użyciu funkcji przesuwu wzdłużnego na długości blatu oraz posiadające również szerszy obszar przezierny blatu, co w kontekście spełnienia wszystkich potrzeb, na które Zamawiający wskazał w swoim uzasadnieniu jest niezwykle istotne.

W ocenie Odwołującego wszystkie te działania są spójne i mają na celu udzielenie zamówienia wybranemu już uprzednio wykonawcy.

III. DISKRYMINACYJNE USTALENIE KRYTERIÓW OCENY OFERT PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

Jak już opisano powyżej, Zamawiający wszelkimi możliwymi środkami, dąży do takiego ukształtowania treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów

oceny ofert aby wyeliminować jak największą liczbę potencjalnych oferentów. W związku ze składanymi przez Getinge odwołaniami Zamawiający nie stosuje już warunków udziału w postępowaniu, które dyskryminowałyby szerszy krąg oferentów. Natomiast w taki sposób manipuluje kryteriami oceny ofert, aby faktycznie uniemożliwić im pozyskanie zamówienia. Ustanawia coraz to nowe punktowane parametry charakterystyczne wyłącznie dla stołów Axis, przedstawia niespójne wyjaśnienia takiego działania, a nadto – każdorazowo podwyższa ilość punktów, które otrzyma Klaromed Sp. z o.o. za udział w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego takie działania Zamawiającego są nieetyczne oraz są ewidentnym przykładem prowadzenia Postępowania w sposób dyskryminacyjny, z naruszeniem określonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie modyfikacji SIWZ z dnia 5 lutego 2021 r. działania te przejawiają się w szczególności w ustanawianiu dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert w zakresie punktu 10.

Taki sposób kształtowania kryteriów oceny ofert jest sprzeczny nie tylko z polskim Prawem zamówień publicznych, ale narusza również w sposób bezpośredni prawo wspólnotowe wyrażone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako: „dyrektywa klasyczna”).

W motywie 90 niniejszej dyrektywy w sposób wyraźny wskazano w jaki sposób zamawiający publiczni winni kształtować kryteria oceny ofert oraz jakimi zasadami powinni się w tym aspekcie kierować.

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.”

Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreśla się istotność braku dyskryminacji poszczególnych wykonawców przy ustalaniu przez instytucję zamawiającą kryteriów, jakimi ta będzie się kierować przy ocenie ofert jakie zostaną złożone w postępowaniu. W wyroku TSUE z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, wskazano, że:

„Artykuł 36 dyrektywy 92/50 odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi oraz art. 34 dyrektywy 93/38 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji należy interpretować w ten sposób, że prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie temu, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom kryterium oceny, rozdzielając pomiędzy nie określoną

przez instytucję zamawiającą w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu liczbę punktów dla tego kryterium, pod warunkiem że decyzja taka:

- nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;
- nie zawiera informacji, które – jeżeli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;
- nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób jawny lekceważy niniejsze zasady kształtując kryteria oceny ofert w sposób świadomy i przemyślany tak, że tylko jeden z potencjalnych oferentów posiada w swoim asortymencie sprzęt, któremu Zamawiający przyznałby znaczną część punktów w ramach ustalonych przez siebie kryteriów oceny ofert. Odwołujący w pełni popiera w niniejszym aspekcie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 października 2016 r., KIO 1738/16 jednoznacznie wskazała na dowolność Zamawiającego w ustalaniu kryteriów oceny ofert, jednakże dowolność ta nie może prowadzić do dyskryminacji wykonawców:

*„Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. **Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy**”.*

W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r., KIO/KD 16/20:

*„Chociaż przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, **nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji**, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.*”

Opisana w niniejszym odwołaniu sytuacja prowadzi do oczywistego wniosku, że stosowane przez Zamawiającego mechanizmy są jawną manipulacją, która w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Nadto, biorąc pod uwagę argumentację, jaką zastosował Zamawiający w zakresie nowego kryterium oceny ofert – nie sposób dojść do przekonania, że jest on w stanie w sposób obiektywny uzasadnić swoje racjonalne potrzeby. Jak wskazano w pkt I powyżej – Zamawiający wskazuje w argumentacji o istotnym aspekcie przejrzystości, punktuje zaś nie parametr przejrzystości, a wychylenie błatu poza kolumnę stołu.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej praktyki takie poczytuje się za niedopuszczalne, a określenie kryteriów oceny ofert w sposób promujący jedno konkretne rozwiązanie zawsze musi być uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego, niezależnie od tego, że z samej natury kryteriów oceny ofert wynika zwiększanie szans jednych wykonawców kosztem innych. W takim tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r., KIO 2615/19:

*„Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, **nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że **jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**”***

W ocenie Odwołującego, w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż Zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne u jednego producenta, którego dystrybutorem jest Klaromed Sp. z o.o. i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy.

IV. PODSUMOWANIE

Zamawiający po raz kolejny dokonał w niniejszym Postępowaniu modyfikacji SIWZ (tym razem w zakresie kryteriów oceny ofert), która w sposób jawny narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez finalne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 ustawy PZP.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia (również w zakresie parametrów ocenianych przez zamawiającego), które nie są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, a które uniemożliwiają udział lub faktyczne uzyskanie zamówienia (niezależnie od możliwości złożenia oferty) niektórym 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 wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie, zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Getinge utrudniają bowiem one dostęp do rynku zamówień publicznych dużej ilości dostawców sprzętu medycznego, w tym również Odwołującemu. 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. Przejawem nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji oraz utrudniania niektórym podmiotom dostępu do rynku zamówień publicznych jest bowiem nie tylko takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, które uniemożliwia złożenie oferty znacznej części rynku. Również dyskryminacyjne ukształtowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż co prawda podmioty te będą w stanie złożyć ofertę, jednakże uzyskanie przez nie zamówienia będzie w praktyce niemożliwe.

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza automatycznie uprawnienia do kształtowania kryteriów oceny ofert w sposób zupełnie dowolny, dyskryminujący, naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W szczególności to zaburzenie uczciwej konkurencji widoczne jest w sytuacji, gdy już z lektury dokumentacji postępowania profesjonalny podmiot działający na rynku dostaw sprzętu medycznego jest w stanie dokładnie wskazać jaki sprzęt i którego producenta Zamawiający zamierza nabyć. W szczególności jest to widoczne w niniejszym Postępowaniu, gdzie Zamawiający kilkakrotnie dokonywał zmian SIWZ w sposób każdorazowo wskazujący na zamiar nabycia sprzętu jednego producenta.

Paradoksalnie jednak, 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. 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.”

Mając na względzie powyższą argumentację, Getinge Polska Sp. z o.o. wnosi o zmianę postanowień SIWZ poprzez zmianę kryteriów oceny ofert określonych w pkt 10 Załącznika nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” w sposób określony w treści niniejszego odwołania, umożliwiający przywrócenie niniejszemu Postępowaniu konkurencyjności.

Brak zmian w treści SIWZ, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby w zakresie Zadania 1 faktyczną możliwością udzielenia zamówienia wyłącznie jednemu wykonawcy ze względu na mnogość punktowanych cech charakterystycznych produktu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący dostęp do niniejszego zamówienia szerszemu kręgowi wykonawców.

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

Mając na względzie przedstawione okoliczności, należy uznać niniejsze odwołanie za w pełni uzasadnione oraz podyktowane wymogiem ochrony interesu publicznego i poszanowania warunków uczciwej konkurencji na rynku, stąd Getinge wnosi jak na wstępie.

Odwołujący wskazuje, że wypełniając dyspozycję art. 516 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp odwołanie niniejsze w formie elektronicznej zostało w terminie na wniesienie odwołania przekazane jednocześnie Zamawiającemu.

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

w imieniu Odwołującego:

.....

adwokat

Joanna Hołowińska

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15 000 zł,
- 5) odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2020 r.;
- 6) pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z dnia 4 stycznia 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
- 7) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r. – umorzenie postępowania odwoławczego;
- 8) odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 27 stycznia 2021 r.;

- 9) pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. z dnia 10 lutego 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
- 10) Katalog produktu Axis Schaerer wraz z tłumaczeniem na język polski;
- 11) Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu *(dot. tylko egzemplarza dla Prezesa KIO)*.