

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

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

Zamawiający:

Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o.
05-510 Konstancin – Jeziorna, ul. Wierzejewskiego 12
REGON 142013120, NIP 123-11-94-950
e-mail: zamowienia@stocer.pl, handlowy@stocer.pl

Odwołujący:

Roche Diagnostics Polska sp. z o.o.
ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa
NIP: 5272322068, KRS: 0000132695
tel. +48 (22) 481 55 55 - 56, faks: +48 (22) 481 55 99
Dział Zamówień Publicznych:
tel. +48 (22) 481 55 48, faks: +48 (22) 481 55 98
adres e-mail: dzial.przetargow@roche.com
reprezentowany przez pełnomocnika r.pr. Rafała Zygmunta
Kancelaria Prawna Rafał Zygmunt
ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa
e-mail: rkz@rkz.pl, tel./fax: 22 849 97 43

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego Roche Diagnostics Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako „Odwołujący”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), w tym opisu przedmiotu zamówienia, a także sposobu opisu kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn.: *„Dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych do wykonywania badań metodami immunochemicznymi i biochemicznymi wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz urządzeń dodatkowych. Dostawa odczynników immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora immunochemicznego „back up” (do analizatora głównego)”*, nr referencyjny PN 4/2024 ("Postępowanie"), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2024 r. pod nr OJ S 23/2024.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także poprzez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę,

doprowadzając przy tym do wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego i jego produktów,

- 2) **art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez określenie sposobu oceny ofert i przyznawania punktów za poszczególne parametry, w sposób nieobiektywny, sprzeczny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieproporcjonalny.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2024 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych do wykonywania badań metodami immunochemicznymi i biochemicznymi wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz urządzeń dodatkowych. Dostawa odczynników immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora immunochemicznego „backup” (do analizatora głównego). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ - „Formularz asortymentowo – cenowy.

Szczegółowa analiza SWZ pozwala na stwierdzenie, że w Postępowaniu Zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje rozwiązania firmy Abbott, jednocześnie uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający poprzez tendencyjny opis parametrów i wymogów dla będących przedmiotem postępowania zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, oraz zestawienia odczynników dla oznaczeń wykonywanych na wymienionych analizatorach, faworyzuje jednego dostawcę, tj. firmę Abbott. Wśród działających na rynku producentów analizatorów diagnostycznych żadna inna firma nie jest w stanie zaoferować analizatorów spełniających wszystkie parametry graniczne przy jednoczesnym zapewnieniu wykonywania oznaczeń z panelu badań przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę m.in. zasady wynikające z art. 99 oraz art. 16 ustawy Odwołujący wnosi o dopuszczenie możliwości zaoferowania oferowanych przez niego produktów i zapewnienie konkurencyjności postępowania poprzez zmianę postanowień w SWZ zgodnie z poniższymi żądaniami.

Dotyczy Załącznika 1 w Pakiecie 1 – opis przedmiotu zamówienia

1. W punkcie 3 Zamawiający postawił wymóg: „**Pojemność systemu: min. 170 próbek badanych**”. Jednocześnie w punkcie 39 wymagań dotyczących analizatora immunochemicznego będącego składową częścią zintegrowanego systemu, Zamawiający wymaga aby „Pojemność analizatora wynosiła minimum **60 próbek w podajniku**” Odwołujący podnosi, że tego rodzaju zapis ogranicza konkurencję, bowiem stanowi preferencję rozwiązań

firmy Abbott i nie odpowiada realnemu zapotrzebowaniu związanemu z dzienną ilością badań i próbek.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogów na: w punkcie 3: *Pojemność systemu: min. 150 próbek badanych*”; a w punkcie 39: *Pojemność analizatora minimum 50 próbek w podajniku*”.

2. W punkcie 11 Zamawiający postawił wymóg: *„Barkodowe identyfikowanie: próbek, odczynników, kalibratorów, kontroli*. Preferuje w ten sposób przestarzałe rozwiązania technologiczne, bowiem nowoczesne analizatory posiadają identyfikację odczynników poprzez kody RFID, jako bardziej wiarygodną metodę identyfikacji pozwalającą na odczytanie o wiele więcej informacji niż klasyczne kody kreskowe.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: *„Identyfikowanie: próbek, odczynników, kalibratorów, kontroli za pomocą kodów kreskowych lub RFID*.

3. W punkcie 32 Zamawiający postawił wymóg: *„Wydajność min. 400 testów fotometrycznych na godz. i 600 testów ISE (potencjometrycznych)”*.

Przy ilościach oznaczeń podanych przez Zamawiającego w ciągu okresu trwania umowy, tj. około 665 500 badań fotometrycznych + ISE / 36 m-cy, łączna liczba testów przypadających do wykonania w ciągu jednego dnia to około 616 testów (fotometrycznych i ISE) dziennie. Jest to liczba testów do wykonania w ciągu 1 godz. pracy przez analizator o wydajności ok. 700 testów fotometrycznych i ISE, określenie analizatora o wyższej wydajności nie ma uzasadnienia praktycznego i ekonomicznego i naraża Zamawiającego na wyższe koszty oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: *„Wydajność min. 700 testów (fotometrycznych+ ISE potencjometrycznych) na godz.*

4. W punkcie 32 Zamawiający postawił wymóg: *„Odczynniki przechowywane na pokładzie analizatora w chłodzonym rotorze odczynnikowym, minimum 60 pozycji na odczynniki”*.

W ocenie Odwołującego jest on całkowicie niezrozumiały, w szczególności w sytuacji, w której w Załączniku 1 (Arkusz asortymentowo-cenowy) Zamawiający deklaruje wykonywanie oznaczeń jedynie 35 parametrów biochemicznych. Zaznaczyć należy że parametry ISE-Na, ISE-K i ISE –Cl wykorzystują inne specyficzne miejsca odczynnikowe dla modułu ISE. W takiej sytuacji, analizator główny posiadający min. 40 pozycji odczynnikowych w zupełności pokryje zapotrzebowanie Zamawiającego i nie naraża Zamawiającego na wyższe koszty oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: *„Odczynniki przechowywane na pokładzie analizatora w chłodzonym rotorze odczynnikowym, minimum 40 pozycji na odczynniki”*

5. W punkcie 36 Zamawiający postawił wymóg: *„Kuwety pomiarowe **szklane** wielokrotnego użytku, bez konieczności wymiany przez cały okres trwania umowy dzierżawy”*.

Odwołujący podnosi, że tego rodzaju zapis ogranicza konkurencję, bowiem stanowi opis rozwiązania analizatorów firmy Abbott i nie pozwala na złożenie oferty przez inne podmioty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: *„Kuwety pomiarowe wielokrotnego użytku, automatycznie myte i płukane przez analizator”*.

6. W punkcie 41 Zamawiający postawił wymóg: „*Kuwety **pomiarowe** z tworzywa sztucznego jednorazowego użytku*”. Odwołujący podnosi, że tego rodzaju zapis ogranicza konkurencję i nie pozwala na złożenie oferty przez Odwołującego, który posiada analizatory immunochemiczne nie wykorzystujące jednorazowych kuwet pomiarowych, a jako zabezpieczenie przed kontaminacją i błędem przeniesienia stosuje się jednorazowe kuwety **reakcyjne** i jednorazowe końcówki dozujące próbki.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „*Kuwety **reakcyjne** z tworzywa sztucznego jednorazowego użytku*” „

7. W punkcie 46 Zamawiający postawił wymóg: „*Wszystkie oferowane odczynniki, kalibratory, kontrole gotowe do użycia, bez konieczności rekonstytucji*”. Jest to tendencyjny zapis preferujący analizatory immunochemiczne firmy Abbott, gdyż tylko ta firma spełnia ten warunek. Inne firmy posiadają część kalibratorów i kontroli w formie do rekonstytucji. Znamienne jest że wymogu tego Zamawiający nie umieścił przy opisie analizatora biochemicznego, gdyż dla tego analizatora Abbott nie posiada wszystkich kalibratorów i kontroli w formie gotowej do użycia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „*Wszystkie oferowane odczynniki gotowe do użycia, bez konieczności rekonstytucji*”.

8. W punkcie 47 Zamawiający postawił wymóg: „*Odczynniki do analizatora immunochemicznego po otwarciu stabilne do daty ważności zestawu odczynnikowego*”.

Jest to tendencyjny zapis preferujący analizatory immunochemiczne firmy Abbott, gdyż tylko ta firma spełnia posiada w ulotkach testów taki zapis. Inne firmy posiadają podany przez producenta termin stabilności po otwarciu. Znamienne jest że wymogu tego Zamawiający nie umieścił przy opisie analizatora biochemicznego, gdyż dla tego analizatora odczynniki posiadają określony przez Producenta termin stabilności po otwarciu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie tego punktu.

9. W punkcie 1 Parametrów ocenianych Zamawiający postawił wymóg: „*Wymiana pełnego modułu ISE (Na, K, Cl) – nie pojedynczych elektrod, moduł bezobsługowy, nie wymagający manualnej konserwacji*”. Jest to punkt całkowicie niezrozumiały merytorycznie i narażający Zamawiającego na dodatkowe koszty, gdyż elektrody powinny być wymieniane selektywnie i pojedynczo wg potrzeby, bez konieczności wymiany całego modułu w sytuacji, gdy jest potrzeba wymiany tylko jednej z trzech elektrody. Tak sformułowany warunek nie ma żadnego uzasadnienia ekonomicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „*Możliwość wymiany pojedynczych elektrod ISE (Na, K, Cl) – nie całego modułu; elektrody bezobsługowe nie wymagające manualnej konserwacji*”.

10. W punkcie 2 Parametrów ocenianych Zamawiający postawił wymóg: „*Zastosowanie technologii rozszerzającej liniowość testów enzymatycznych bez konieczności wykonywania rozcieńczeń*”. Opis ten jest niemożliwy do jednoznacznej oceny gdyż nie określono o jakie testy enzymatyczne chodzi. Dodatkowo tak opisana funkcja jest charakterystyczna wyłącznie dla analizatorów biochemicznych firmy Abbott (mało dokładna ekstrapolacja matematyczna), wszystkie inne firmy stosują bardziej wiarygodną metodę oznaczenia z rozcieńczenia próbki.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie tego punktu.

11. W punkcie 3 Parametrów ocenianych Zamawiający postawił wymóg: „*Zakres pomiarowy β HCG do minimum 15 000 mIU/ml w pierwszym oznaczeniu bez konieczności rozcieńczania próbek*”. Takie sformułowanie ogranicza konkurencyjność postępowania i wskazuje na jednego oferenta firmę Abbott, która posiada odczynnik HCG o liniowości 15 000 mIU/ml. Z punktu widzenia praktyki pracy laboratoryjnej ważne jest wykorzystanie funkcjonalności nowoczesnych analizatorów polegająca na automatycznym rozcieńczaniu próbek z b. wysokimi stężeniami HCG, bez konieczności angażowania operatora.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „*Zakres pomiarowy β HCG minimum 15 000 mIU/ml z wykorzystaniem funkcji automatycznego rozcieńczenia*”.

12. W punkcie 23 Załącznika 2 - Arkusz asortymentowo-cenowy, Tabela nr 1 Odczynniki do wykonywania badań z zakresu immunochemii Zamawiający umieścił parametr Homocysteina. Większość firm posiada ten parametr do oznaczania na analizatorach biochemicznych. Ponieważ w punkcie 2 parametrów technicznych (załącznik nr 1) Zamawiający opisał wymóg: *Zintegrowany system zarządzany z jednego stanowiska operatorskiego, umożliwiający aspirację materiału do badań biochemicznych i immunochemicznych z tej samej próbki bez konieczności manualnego przenoszenia pomiędzy modułami*”, nie ma dla Zamawiającego większego znaczenia czy parametr homocysteina będzie oznaczany na części biochemicznej czy immunochemicznej systemu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu i dopuszczenie oznaczenia Homocysteina na analizatorze biochemicznym

W myśl art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl natomiast art. 99 ust. 4 Pzp Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wraz z wejściem w życie nowej ustawy Pzp, ustawodawca utrzymał naczelne zasady odnoszące się do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził także przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Oznacza to, że specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie) skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

W dotychczas wypracowanym orzecznictwie ukształtowanym na bazie art. 29 uchylonej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (które nadal pozostaje aktualne), w którym utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). W uchwale z dnia 31 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 58/16 Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że „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.” (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 48/16).

Także doktryna jednoznacznie potwierdza, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na rynku: *„zgodnie z motywem 74 dyrektywy 2014/24/UE specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. Podobne przepisy zawarte były także w dotychczasowej ustawie, tyle że w części dotyczącej kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2c p.z.p.2004). W nowym Prawie zamówień publicznych dodano wymaganie, aby określone przez zamawiającego cechy czy też parametry były proporcjonalne do wartości i celów danego zamówienia.”* (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99).

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze postawione zarzuty odwołania stwierdzić należy, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w niniejszym Postępowaniu naruszył ww. standardy. Jak widać, tendencyjne opisanie przedmiotu zamówienia, bez uwzględniania różnorodności rozwiązań na rynku, które są jak już wyżej wskazano, równoważne lub równocenne pod względem klinicznym, stanowi zaprzeczenie zasady, aby cechy produktów były proporcjonalne m.in. do celu danego zamówienia.

Ustawodawca w art. 16 pkt 1 Pzp utrzymał także jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Bez wątpienia również i ta zasada została naruszona przez Zamawiającego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny.

Odwołujący wskazuje, że także poprzez parametry oceniane Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu faktyczne konkurowanie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Parametry punktowane w nie mniejszym stopniu co graniczne mogą prowadzić do całkowitego ograniczenia konkurencji. Stworzona w niniejszym postępowaniu punktacja uniemożliwia uczciwą konkurencję i dyskryminuje inne równoważne technologie, które dają co najmniej taki sam, a nawet lepszy efekt od preferowanych przez Zamawiającego rozwiązań charakterystycznych dla firmy Abbott.

Jakkolwiek ustalenie wagi kryterium pozacenowego wymaga preferowania jakości, tym niemniej w niniejszej sprawie Zamawiający nie korzysta z regulacji prawnych do optymalizacji zakupów, lecz wyłącznie w celu wyboru konkretnego dostawcy. Ten preferowany wykonawca może dowolnie dyktować cenę, gdyż Zamawiający stworzył ku temu wszelkie warunki. W ten sposób dochodzi do naruszenia jednej z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2018 r. o sygn. KIO 1996/18 uwzględniła zarzut naruszenia wcześniej obowiązującego art. 7 ust. 1 co do parametrów ocenianych (obecnie art. 16 ustawy Pzp), stwierdzając:

„Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności (...). Natomiast zgodnie z art. 2 pkt. 5 lit. a ustawy ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała.

W świetle tych przepisów zamawiający ma obowiązek dobrać inne kryteria poza cenowe z uwzględnieniem tego czy odnoszą się do przedmiotu zamówienia i są do niego proporcjonalne, a także ich ustanowienie nie spowoduje obiektywnie nieuzasadnionego naruszenia uczciwej konkurencji na danym rynku branżowym. Sytuacja w tym przypadku jest zatem zbliżona do przepisu art. 29 ust. 2 ustawy, co oznacza, że o ile odwołujący powinien wykazać, że kryterium jest ustawowo niedopuszczalne, tj. nie dotyczy przedmiotu zamówienia lub nie jest do niego proporcjonalne, czy wreszcie uprawdopodobnić, że narusza ono uczciwą konkurencję, to zamawiający powinien wykazać, że wprowadzenie tego kryterium jest uzasadnione oceną jakości przedmiotu świadczenia, przy czym tej jakości nie można rozpoznawać w oderwaniu od obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Co oznacza, że zamawiający nie powinien kupować każdego potencjalnie możliwego do osiągnięcia według bieżącego stanu wiedzy rozwiązania, ale takie rozwiązania, choćby najnowocześniejsze, które służą zaspokajaniu potrzeb tego konkretnego zamawiającego.”

Także doktryna stoi na stanowisku, że naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp może nastąpić np. w przypadku, gdy zapisy SWZ nie tylko uniemożliwiają ubieganie się o dane zamówienie przez wykonawcę, ale również w sytuacji, gdy postanowienia SWZ stawiają takiego wykonawcę w zdecydowanie gorszej pozycji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców:

„Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności, gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez

zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania” (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.).

W literaturze przedmiotu wskazuje się na niedopuszczalność „przemycania” do opisu kryteriów oceny ofert takich zapisów, które promują rozwiązania konkretnych producentów, a które w świetle zasad tworzenia OPZ byłyby uznane za niedopuszczalne. Uzasadnieniem takiego sposobu działania nie może być stwierdzenie, że wykonawca ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza. Jako przykład takiego ograniczenia w piśmiennictwie podaje się m.in. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, iż dany wykonawca nie będzie mógł realnie konkurować z ofertami innych wykonawców:

*„Rolą kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest premiowanie takiego rozwiązania, które z jakichś, określonych i obiektywnych, przyczyn są dla zamawiającego korzystniejsze niż parametry bezwzględnie wymagane, jednakże nie mogą one naruszać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Zamawiający, wskazując w dokumentach zamówienia opis kryteriów, jakie planuje stosować celem oceny złożonych ofert, nie powinien używać ich do przemycenia zapisów promujących np. rozwiązania konkretnych producentów, które z punktu widzenia zasad tworzenia opisu przedmiotu zamówienia byłyby niedopuszczalne. Uzasadnieniem dla takiej sytuacji nie może być stwierdzenie, że wykonawca wszak ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza, ponieważ zaoferowanie innego niż punktowany przez zamawiającego produkt uniemożliwia w rzeczywistości skuteczne uzyskanie zamówienia ze względu na brak realnej możliwości uzyskania punktów w takim kryterium.** Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. **Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców**” (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.).*

Z taką sytuacją bez wątpienia mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż sposób oceny ofert stawia Roche w znacznie gorszej pozycji w stosunku do produktów firmy Abbott.

Ponadto w art. 16 pkt 3 Pzp utrzymano także kolejną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia tj. zasadę proporcjonalności. Przez ową proporcjonalność rozumie się podejmowanie tylko takich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stawianie tylko takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia. Oznacza to konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie i niezbędne do zamierzonego celu, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców (vide Kontrola UZP z 29 listopada 2017 r. o sygn. KND/10/17/DKD).

Odwołujący wnosi zatem o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu spornych

kwestii. Żądanie Odwołującego ma na celu uzyskanie możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, a Zamawiającemu - uzyskanie konkurencyjnych cen, co sprzyja celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków publicznych. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który już na wstępie eliminuje potencjalnych Wykonawców zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, która stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku.

Załączniki:

- 1) *pełnomocnictwo,*
- 2) *wydruk z KRS Odwołującego;*
- 3) *dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;*
- 4) *dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.*