

Warszawa, dnia 11 stycznia 2021 r.

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

Zamawiający: **Dolnośląski Szpital Specjalistyczny**
im. T. Marciniaka - Centrum Medycyny
Ratunkowej
ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2
54-049 Wrocław
Telefon: +48 71 30 64 419
Faks: +48 71 30 64 867
e-mail: zp@szpital-marciniak.wroclaw.pl

Odwołujący: **Baxter Polska Sp. z o.o.**
ul. Kruczkowskiego 8
00-380 Warszawa

reprezentowana przez:

r. pr. Łukasz Krawczyk
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
Faks: 48 22 826 08 87
e-mail: l.krawczyk@cztr.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: **postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**
prowadzonego przez Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T.
Marciniaka - Centrum Medycyny Ratunkowej, w trybie
przetargu nieograniczonego na: dostawy wyrobów medycznych
do hemodializy wraz z dzierżawą aparatów, zadanie nr 1, numer
sprawy nadany przez Zamawiającego: EZ/706/117/20, zwanego
dalej: „Postępowaniem”.

| | |
|--|--|
| Ogłoszenie o zamówieniu: | ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 255-639895 z dnia 31 grudnia 2020 r. |
| Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem: | czynność Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2020 r. polegająca na opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu oraz 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: | 31 grudnia 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane 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) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „**ustawa PZP**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”), niniejszym:

I. Wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w „formularzu cenowym” będącym integralną częścią SIWZ dla zadania nr 1 (dalej: „**OPZ**”) wymogów dotyczących parametrów dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, bowiem Zamawiający określił w sposób nadmierny wymagania w zakresie parametrów aparatów do hemodializy lub określił je w sposób charakterystyczny dla urządzeń jednego producenta, tym samym wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób niezgodny z przepisami

ustawy PZP, tj. w szczególności zestawienie wymaganych parametrów technicznych, w zakresie:

- 1) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 12) - Pomiar ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem bez kontaktu z powietrzem,
 - 2) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 14) - Zakres regulacji temperatury min. 35-39oC, możliwość podgrzewania płynów(dializatu oraz substytutu),
 - 3) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 17) - Wózek jezdny aparatu na 4 niezależnych skrętnych kołach, w tym z 2 z dwustopniową blokadą,
- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*
2. ustaleniu kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent.

Zamawiający sformułował zatem kryteria oceny ofert zamieszczone w „formularzu cenowym” będącym integralną częścią SIWZ dla zadania nr 1, dotyczące dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. przewidział dodatkowe punktowanie parametrów technicznych urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych w następującym zakresie:

- 1) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 1) - Nieprzerwana podaż cytrynianu podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu (zabezpieczenie przed wykrzepianiem zastawu),
- 2) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 2) - Dodatkowa pompa perystaltyczna pozwalająca na ciągłą podaż roztworu wapnia bez zmiany worka przez min. 24 godziny,
- 3) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 3) - Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wielokrotną wymianę samego filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety,
- 4) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 4) - Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego,
- 5) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 6) - Możliwość uzyskania wstecznego przepływu krwi celem udroźnienia dostępu naczyniowego bez konieczności rozłączenia układu krążenia pozaustrojowego i płukania cewnika,
- 6) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii

- nerkozastępczych pkt 7) - Dwa indywidualne systemy do podgrzewania płynów(dializatu oraz substytutu) zintegrowane w obudowie aparatu,
- 7) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 8) - Możliwość przejścia w czasie zabiegu w "tryb pielęgnacji" z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi.
- *co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z art. 91 ust. 2 ustawy PZP.*

II. W związku z opisanymi 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 zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
- 2) dokonanie zmiany ustanowionych w Postępowaniu w sposób dyskryminujący kryteriów oceny ofert w sposób określony w treści odwołania;
- 3) 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;
- 4) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;

III. Nadto wnoszę o 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 31 grudnia 2020 r., tj. w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieszczenia SIWZ wraz z załącznikami na stronie internetowej Zamawiającego. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ oraz OPZ, Wykonawca może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Baxter wykazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

Ad 1 - Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 31 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował SIWZ wraz z załącznikami, w tym Opis Przedmiotu Zamówienia szczegółowo określony w „formularzu cenowym” dla zadania nr 1 stanowiącym integralną część SIWZ. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do OPZ postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego przygotowanie OPZ w Postępowaniu we wskazany sposób jest niczym nieuzasadniony i postanowienia wskazane przez Odwołującego w dalszej części powinny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w zakresie aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych, utrudniają 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 i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia są nadmierne w stosunku do celu w jakim prowadzone jest Postępowanie oraz w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty na konkretne urządzenie, producenta urządzenia – Fresenius Medical Care Polska S.A. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego producenta.

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

Powyższy opis przedmiotu zamówienia określony w OPZ stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Odwołujący podkreśla, że obecne brzmienie OPZ dla zadania nr 1 w Postępowaniu wskazuje na konkretny produkt konkretnego producenta, co z pewnością nie pozwala złożyć oferty większej liczbie oferentów, a co z kolei ma oczywisty wpływ na niezyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na brak w nim konkurencji.

Wskazać należy, że ciągle leczenie nerkozastępcze (dalej: „CRRT”, z ang. continuous renal replacement therapy) jest zabiegiem przeprowadzanym u pacjentów z ostrym uszkodzeniem nerek, a także w sytuacjach, gdy konieczne jest usunięcie toksycznych produktów przemiany materii, niektórych substancji powstałych przy wystąpieniu stanu zapalnego towarzyszącego innym schorzeniom, w tym w sepsie, a także gdy zaistnieje potrzeba usunięcia z organizmu zewnątrzpochođnych substancji – toksyn bądź leków, których nerki pacjenta nie są w stanie usunąć.

Aparat do CRRT, przy tak szerokiej gamie wskazań, powinien spełniać pewne niezbędne wymagania. Część wymagań Zamawiającego jest właściwa i zgodna z celem w jakim ma być wykorzystywany przedmiot zamówienia, natomiast część z wymagań w sposób nieuzasadniony zawęża i nie dopuszcza alternatywnych funkcji w równie wysokim stopniu spełniających kliniczne bądź techniczne wymogi zabiegu. Takie przedstawienie wymogów w sposób nieuprawniony sprządza możliwość spełnienia wymagań do zakupu aparatów od jedynie jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów, o których usunięcie lub zmianę wnioskuje Odwołujący, w zakresie aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych:

Ad 1 pkt 1) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 12 - Pomiar ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem bez kontaktu z powietrzem.

Zamawiający w pkt 12 „formularza cenowego” - Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych wymaga:

„Pomiar ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem bez kontaktu z powietrzem”

Powyższe wymaganie nie ma żadnego uzasadnienia w zakresie celu w jakim ma być wykorzystywane urządzenie, zatem jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Odwołujący wskazuje, że z dostępnych na rynku urządzeń do prowadzenia ciągłych terapii nerkozastępczych, wyłącznie aparat Multifiltrat, producenta Fresenius Medical Care Polska S.A. posiada 3 czujniki membranowe do pomiaru ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem. Urządzenie Omni firmy Braun posiada 5 czujników ciśnienia (elektroniczne pojedyncze przetworniki ciśnienia) tj. tętniczego, żylnego, przed filtrem, płynu i płynu odprowadzanego, a urządzenie PrisMax firmy Baxter posiada: czujnik ciśnienia drenu napływu (tętniczy), czujnik ciśnienia filtra, czujnik ciśnienia drenu płynu odprowadzanego, czujnik ciśnienia drenu

powrotu (żylny) oraz czujnik bezwzględnej ciśnienia atmosferycznego. Wskazać należy, że z medycznego punktu widzenia każde z rozwiązań oferowanych na rynku są z punktu widzenia prowadzonej terapii bezpieczne i skuteczne. Zatem cel w jakim ma być wykorzystywane urządzenie zostaje spełniony niezależnie od oferowanego rozwiązania.

Dowód:

- 1) Wyciąg z broszury Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care str. 7, 13
- 2) Wyciąg z instrukcji obsługi aparatu PrisMax producenta Baxter, str. 442-446

Odwołujący podkreśla, że sformułowanie wymagania w sposób jaki to uczynił Zamawiający w OPZ, umożliwia złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu tylko jednemu podmiotowi, tj. Fresenius Medical Care S.A., zatem w sposób oczywisty i jednoznaczny prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę wymaganego parametru technicznego aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 12- poprzez nadanie mu następującej treści:

„Pomiar ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem”

Ad 1 pkt 2) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 14 - Zakres regulacji temperatury min. 35-39oC, możliwość podgrzewania płynów (dializatu oraz substytutu).

Zamawiający w pkt 14 „formularza cenowego” - Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych wymaga:

„Zakres regulacji temperatury min. 35-39oC, możliwość podgrzewania płynów (dializatu oraz substytutu).”

Odwołujący wskazuje, że dane z obiektywnej literatury medycznej potwierdzają, że wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia z punktu widzenia medycznego. Nie wpływa w żaden sposób na zwiększenie skuteczności czy jakości prowadzonej terapii. Natomiast wymaganie to prowadzi do wyeliminowania aparatów innych producentów dostępnych na rynku.

Wskazać należy, że oferowany przez Baxter system CRRT z ogrzewaniem krwi skutecznie utrzymuje ciepłotę pacjenta w zadanym zakresie (Bell M, Ronco C, Hansson F, Broman M. Hypothermia during CRRT, a comparative analysis. Acta Anaesthesiol Scand. 2020;00:1–5). Literatura medyczna nie wskazuje jednoznacznych przewag klinicznych systemu ogrzewania roztworów względem systemu ogrzewania krwi, jednak Rickard i wsp. w randomizowanym badaniu wykazali, że ogrzewanie płynów podczas terapii CRRT nie było skuteczne w zapobieganiu hipotermii (Rickard CM, Couchman BA, Hughes M, McGrail MR. Preventing hypothermia during continuous veno-venous haemodiafiltration: a randomized controlled trial. Journal of Advanced Nursing. 2004;47:393-400). Profesor Mirosław Czuczwar w książce

„Pozaustrojowe oczyszczanie krwi na oddziale intensywnej terapii” wyraźnie wskazuje na konieczność stosowania systemów CRRT ogrzewających krew:

„Należy pamiętać, że nie wszystkie nowoczesne aparaty do CRRT wyposażone są w regulowane ogrzewacze krwi, większość bowiem ma możliwość podgrzewania wyłącznie płynu substytucyjnego/dializatu, w związku z czym możliwości regulowania temperatury ciała chorego odpowiednio do potrzeb klinicznych są ograniczone.”

Dowody:

- 1) Wyciąg z broszury Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care, str. 154 7-6
- 2) Publikacja Bell 2020 – wersja oryginalna wraz z tłumaczeniem na język polski

Wskazać w tym miejscu należy, że do argumentacji podnoszonej przez Baxter przychyliła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2020, sygn. KIO 1528/20, gdzie Odwołujący również kwestionował analogiczne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanego parametru.

Odwołujący ponownie podkreśla, że wymaganie w zakresie omawianego parametru wskazuje w sposób jednoznaczny na urządzenie jednego producenta tj. Fresenius Medical Care S.A., co w sposób oczywisty prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę wymaganego parametru technicznego aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 14- poprzez nadanie mu następującej treści:

„System ogrzewania płynów (dializatu i substytutu) lub krwi wracającej do pacjenta”

Ad 1 pkt 3) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 17 - Wózek jezdny aparatu na 4 niezależnych skrętnych kołach, w tym z 2 z dwustopniową blokadą.

Zamawiający w pkt 17 „formularza cenowego” - Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych wymaga:

„Wózek jezdny aparatu na 4 niezależnych skrętnych kołach, w tym z 2 z dwustopniową blokadą”

Odwołujący wskazuje, że postawiony przez Zamawiającego wymóg jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w celu dla którego został postawiony przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, że niezbędne jest zablokowanie aparatu, by nie mógł się on poruszyć w sytuacji niepożądanego. Aparaty wszystkich firm na rynku posiadają obrotowe koła z blokadą lecz różnią się co do szczegółowych rozwiązań technicznych. Jednak wszystkie zastosowane rozwiązania umożliwiają sprawne przemieszczanie i obracanie aparatów.

Dowody:

- 1) Wyciąg z broszury Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care, str. 8;
- 2) Wyciąg z instrukcji obsługi aparatu PrisMax producenta Baxter, str. 47;

Tym samym wymóg postawiony przez Zamawiającego w OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie na aparat jednego producenta.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę wymaganego parametru technicznego aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 17 - poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wózek jezdny aparatu na 4 niezależnych skrętnych kołach z blokadą”

Ad 1 - UZASADNIENIE PRAWNE

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględny zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmiernego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentacji Postępowania postanowienia w treści OPZ, które jawnie 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.

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

niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ postanowienia 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, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu. 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 bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

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

W tym zakresie Odwołujący podziela pogląd wyrażony w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

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

„fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko

opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać"

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

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

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

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

Baxter wskazuje również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 1528/20, w którym Odwołujący również podnosił zarzuty sformułowania przez zamawiającego postanowień SIWZ w sposób ograniczający konkurencję, poprzez ukształtowanie parametrów opisu przedmiotu zamówienia umożliwiające złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. KIO uwzględniło odwołanie Baxter, w uzasadnieniu wskazując m. in.:

*„Granice uprawnień zamawiającego wyznaczają jednak przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, które są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Ponieważ dyspozycją art. 29 ust. 2 pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, jej spełnienie niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Skoro ustawodawca w art. 29 ust. 2 pzp zawarł **wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zakazane jest więc nie tylko dokonywanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.***

*Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez **szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.** W szczególności dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.”*

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień SIWZ w każdy sposób, który zaspokoi potrzeby 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.

Brak zmian w treści SIWZ, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez jej niezgodność z treścią SIWZ. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący mu dostęp do niniejszego zamówienia.

Ad 2 - ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent.

W ocenie Odwołującego, podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie tylko opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na jednego producenta, ale również przyznaje dodatkowe punkty za rozwiązania stosowane na rynku wyłącznie przez tego producenta.

Zamawiający w rozdziale XIX pkt 1.1. SIWZ określił kryteria oceny ofert w Postępowaniu. Wskazując, że za dodatkowe parametry techniczne przyzna wykonawcom punkty. Szczegółowa liczba punktów za poszczególne dodatkowe parametry techniczne została określona w „formularzu cenowy” stanowiącym integralną część SIWZ. Wskazać należy, że parametry techniczne, za które Zamawiający zamierza przyznać punktu w Postępowaniu w żaden sposób nie wpływają na jakość terapii jaka ma być prowadzona przy wykorzystaniu zamawianych urządzeń. Jedynym skutkiem jaki zostanie osiągnięty w wyniku przyznania punktów za te parametry jest preferowanie rozwiązań oferowanych przez jednego producenta, a zatem dyskryminowanie innych wykonawców w Postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów, o których usunięcie lub zmianę wnioskuje Odwołujący, w zakresie aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych:

Ad 2 pkt 1) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 1) - Nieprzerwana podaż cytrynianu podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu (zabezpieczenie przed wykrzepianiem zastawu).

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 1) wskazał:

„Nieprzerwana podaż cytrynianu podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu (zabezpieczenie przed wykrzepianiem zastawu)”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest *de facto* kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia. Bowiem prawidłowy przepis 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 z literatury wiadomo, że możliwe jest prowadzenie zabiegu CRRT z wyłączoną antykoagulacją przez ponad 6 godzin bez objawów wykrzepiania (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). 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 powyższą argumentacją uważamy, że wymóg nieprzerwanej podaży antykoagulantu jest nieuzasadniony względami medycznymi, czy jakościowymi przy prowadzeniu terapii. Służy on jedynie ograniczeniu konkurencji poprzez preferowanie rozwiązań oferowanych przez jednego wykonawcę, gdyż wymóg ten może być spełniony tylko przez jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A.

Dowody:

- 1) Wyciąg z broszury Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care, str. 14

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 1) - poprzez jego usunięcie:

~~*„Nieprzerwana podaż cytrynianu podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu (zabezpieczenie przed wykrzepianiem zastawu).”*~~

Ad 2 pkt 2) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 2) - Dodatkowa pompa perystaltyczna pozwalająca na ciągłą podaż roztworu wapnia bez zmiany worka przez min. 24 godziny.

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 2) wskazał:

„Dodatkowa pompa perystaltyczna pozwalająca na ciągłą podaż roztworu wapnia bez zmiany worka przez min. 24 godziny”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest *de facto* kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia i nie wpływa w żaden sposób na wydajność czy bezpieczeństwo prowadzonej terapii. Baxter wskazuje, że używane w terapii leki trzeba wykorzystywać w ciągu doby od otwarcia lub szybciej, a gdy doliczymy np. tymczasowe odłączenie pacjenta, to może się okazać, że trzeba go wymienić nawet szybciej, więc wymóg dotyczący min. 24 godziny nie ma uzasadnienia z medycznego punktu widzenia.

W związku z powyższą argumentacją uważamy, że powyższy wymóg jest nieuzasadniony względami medycznymi, czy jakościowymi przy prowadzeniu terapii nerkozastępczej. Służy on jedynie ograniczeniu konkurencji poprzez preferowanie rozwiązań oferowanych przez jednego wykonawcę, gdyż wymóg ten może być spełniony tylko przez jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 2) - poprzez jego usunięcie:

~~***„Dodatkowa pompa perystaltyczna pozwalająca na ciągłą podaż roztworu wapnia bez zmiany worka przez min. 24 godziny”***~~

Ad 2 pkt 3) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 3) - Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wielokrotną wymianę samego filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety.

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 3) wskazał:

„Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wielokrotną wymianę samego filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia i nie wpływa w żaden sposób na wydajność czy bezpieczeństwo prowadzonej terapii. Takie określenie dodatkowego parametru technicznego służy wyłącznie ograniczeniu konkurencji oraz preferowaniu rozwiązań oferowanych na rynku przez jednego producenta.

Ponadto wymóg ten w ocenie Baxter prowadzi do wyboru rozwiązań zmniejszających bezpieczeństwo pacjenta i personelu. Zdaniem Odwołującego możliwość zmiany filtra w czasie zabiegu CRRT nie ma uzasadnienia i stwarza 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 prawidłowo prowadzonej antykoagulacji cytrynianowej osiąga co najmniej 70 godzin terapii (Monchi, M i wsp. Citrate vs. heparin for anticoagulation in continuous venovenous hemofiltration: a prospective randomized study. Intensive Care Med 30, 260–265 2004). Producenci urządzeń do CRRT z reguły zalecają wymianę całego układu pozaustrojowego (tj. kasy i filtra) po 72 godzinach prowadzenia zabiegu CRRT. Możliwość wymiany samego filtra może jednak z przyczyn oszczędnościowych prowadzić do użytkowania kasy ponad czas zalecany przez producenta. Niestety takie postępowanie wiąże się z obniżeniem bezpieczeństwa terapii, gdyż używanie kasy dłużej niż zostało to przewidziane przez producenta może prowadzić do nadmiernego zużycia i pęknięcia drenów uciskanych przez pompy rolkowe aparatu do CRRT.

W związku z powyższą argumentacją w przypadku rozwiązania oferowanego 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 kasy, to zwracamy uwagę, że w przypadku rozwiązania oferowanego przez Baxter istnieje możliwość zmiany rodzaju zabiegu CRRT (CVVHDF, CVVHD, CVVH) bez konieczności wymiany układu pozaustrojowego, czego nie ma w przypadku rozwiązań konkurencyjnych. Pozwala to na indywidualizację terapii i uzyskanie oszczędności związanych z koniecznością wymiany kasetowego systemu drenów, na której może zależeć Zamawiającemu, pozostając bez wpływu na bezpieczeństwo pacjenta.

Odwołujący wskazuje, że dodatkowo punktowany parametr techniczny określony przez Zamawiającego w omawianym zakresie stosowany jest przez jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. Wymaganie to nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz preferuje w Postępowaniu urządzenie jednego producenta.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 3) - poprzez jego usunięcie:

~~„Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wielokrotną wymianę samego filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety”~~

Ad 2 pkt 4) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 4) - Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego.

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 4) wskazał:

„Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia i nie wpływa w żaden sposób na wydajność czy bezpieczeństwo prowadzonej terapii. Takie określenie dodatkowego parametru technicznego służy wyłącznie ograniczeniu konkurencji oraz preferowaniu rozwiązań oferowanych na rynku przez jednego producenta.

Wskazać należy, że podawanie wapnia zjonizowanego przez dren zintegrowany z układem krążenia pozaustrojowego powoduje zwiększenie stężenia wapnia we krwi krążącej poza ciałem pacjenta. Może to skutkować wykrzepianiem krwi w drenie powrotnym i cewniku naczyniowym.

„Wapń jest zazwyczaj podawany do krążenia ogólnoustrojowego przez oddzielną linię, a nie żylną linię powrotną ze względu na teoretyczną możliwość zwiększonego wykrzepiania w linii powrotnej dostępu naczyniowego”

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

Aby zapobiec temu powikłaniu, w przypadku rozwiązania oferowanego przez firmę Baxter, istnieje możliwość podłączenia drenu wapnia do osobnego dostępu naczyniowego. W związku z tym dren wapnia nie jest zintegrowany z układem krążenia pozaustrojowego i użytkownik systemu może podjąć indywidualną decyzję, w którym miejscu podłączony jest dren wapnia.

Uważamy, że stworzenie możliwości prowadzenia bezpieczniejszej terapii nie powinno być przyczyną utraty punktów w Postępowaniu, a wręcz przeciwnie – zasługuje na dodatkowe punkty. Ponadto pragniemy zauważyć, że omawiany parametr przeczy intencjom wskazywanym w określonym w dodatkowo punktowanych parametrach technicznych urządzenia w pkt 1) (nieprzerwana podaż antykoagulantu cytrynianowego podczas zmiany worków dializatu, substytutu, filtratu). W przypadku parametru określonego w pkt 1) Zamawiającemu chodzi o utrzymanie skuteczności ciągłej antykoagulacji, podczas gdy w przypadku omawianego parametru podanie wapnia bezpośrednio do układu krążenia

pozaustrojowego poprzez integrowany dren roztworu wapnia prowadzi właśnie do zmniejszenia skuteczności antykoagulacji.

Odwołujący wskazuje, że dodatkowo punktowany parametr techniczny określony przez Zamawiającego w omawianym zakresie stosowany jest przez jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. Wymaganie to nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz preferuje w Postępowaniu urządzenie jednego producenta.

Dowody:

- 1) Wyciąg z broszury Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care, str. 16;

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 4) - poprzez jego usunięcie:

~~„Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego”~~

Ad 2 pkt 5) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 6) - Możliwość uzyskania wstecznego przepływu krwi celem udroźnienia dostępu naczyniowego bez konieczności rozłączenia układu krążenia pozaustrojowego i płukania cewnika.

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 6) wskazał:

„Możliwość uzyskania wstecznego przepływu krwi celem udroźnienia dostępu naczyniowego bez konieczności rozłączenia układu krążenia pozaustrojowego i płukania cewnika”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest *de facto* kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia i nie wpływa w żaden sposób na wydajność czy bezpieczeństwo prowadzonej terapii. Takie określenie dodatkowego parametru technicznego służy wyłącznie ograniczeniu konkurencji oraz preferowaniu rozwiązań oferowanych na rynku przez jednego producenta.

Wskazać ponadto należy, że wsteczny przepływ krwi może doprowadzić do przepchnięcia skrzepu z cewnika do krążenia pacjenta, co jest potencjalnie niebezpieczne w prowadzeniu terapii do jakiej wykorzystywane ma być urządzenie.

Odwołujący wskazuje, że dodatkowo punktowany parametr techniczny określony przez Zamawiającego w omawianym zakresie stosowany jest przez jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. Wymaganie to nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie, nie przyczynia się w żaden sposób do poprawy jakości, czy też

bezpieczeństwa pacjenta. Prowadzi jedynie w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz preferuje w Postępowaniu urządzenie jednego producenta.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 6) - poprzez jego usunięcie:

~~*„Możliwość uzyskania wstecznego przepływu krwi celem udrożnienia dostępu naczyniowego bez konieczności rozłączenia układu krążenia pozaustrojowego i płukania cewnika”*~~

Ad 2 pkt 6) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 7) - Dwa indywidualne systemy do podgrzewania płynów(dializatu oraz substytutu) zintegrowane w obudowie aparatu.

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 7) wskazał:

„Dwa indywidualne systemy do podgrzewania płynów(dializatu oraz substytutu) zintegrowane w obudowie aparatu”

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia i nie wpływa w żaden sposób na wydajność czy bezpieczeństwo prowadzonej terapii.

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 płynu substytucyjnego i dializatu, które zawierają wodorowęglany prowadzi do uwalniania dwutlenku węgla, gdyż jego rozpuszczalność w wodzie maleje wraz ze wzrostem temperatury. Narzuca to konieczność odpowietrzania drenów, 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, których zadaniem jest wykrywanie pęcherzyków gromadzącego się dwutlenku węgla. Detektory poprzez generowanie alarmu i zatrzymywanie terapii zapobiegają niebezpiecznym zatorom powietrznym w organizmie pacjenta.

Dane z obiektywnej literatury medycznej wskazują, że oferowany przez Baxter system CRRT z ogrzewaniem krwi skutecznie utrzymuje ciepłotę pacjenta w zadanym zakresie (Bell 2020). Literatura medyczna nie wskazuje jednoznacznych przewag klinicznych systemu ogrzewania roztworów względem systemu ogrzewania krwi, jednak Rickard i wsp. w randomizowanym badaniu wykazali, że ogrzewanie płynów podczas terapii CRRT nie było skuteczne w

zapobieganiu hipotermii (Rickard 2004). Profesor Mirosław Czuczwar w książce „Pozaustrojowe oczyszczanie krwi na oddziale intensywnej terapii” wyraźnie wskazuje na konieczność stosowania systemów CRRT ogrzewających krew:

„Należy pamiętać, że nie wszystkie nowoczesne aparaty do CRRT wyposażone są w regulowane ogrzewacze krwi, większość bowiem ma możliwość podgrzewania wyłącznie płynu substytucyjnego/dializatu, w związku z czym możliwości regulowania temperatury ciała chorego odpowiednio do potrzeb klinicznych są ograniczone.”

Ponadto niektórzy producenci stosujący grzanie roztworów w swoich systemach CRRT (np. firma 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 cytata 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.”

Zatem biorąc pod uwagę powyższą argumentację dodatkowo punktowany parametr techniczny określony przez Zamawiającego w omawianym zakresie jest nieuzasadniony celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie, nie przyczynia się w żaden sposób do poprawy jakości, czy też bezpieczeństwa pacjenta. Prowadzi jedynie w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz preferuje w Postępowaniu urządzenia niektórych producentów.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 7) - poprzez jego usunięcie:

~~„Dwa indywidualne systemy do podgrzewania płynów (dializatu oraz substytutu) zintegrowane w obudowie aparatu”~~

Ad 2 pkt 7) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 8) - **Możliwość przejścia w czasie zabiegu w "tryb pielęgnacji" z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi.**

Zamawiający w „formularzu cenowym”, zadanie nr 1 - Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 8) wskazał:

„Możliwość przejścia w czasie zabiegu w "tryb pielęgnacji" z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi”

Odwołujący wskazuje, że określenie w dodatkowo punktowanym parametrze technicznym urządzenia nazwy „tryb pielęgnacji” jest charakterystyczne dla urządzeń dwóch producentów działających na rynku. Wskazać przy tym należy, że określenie to dyskryminuje innych wykonawców, którzy również są w stanie zapewnić osiągnięcie efektu identycznego jak dla trybu pielęgnacji jednak tryby te są nazywane w urządzeniu w inny sposób.

W przypadku aparatów oferowanych przez Baxter istnieje możliwość osiągnięcia tożsamej funkcjonalności poprzez wejście w tryb „zmiany worka”. Jednocześnie w przypadku aparatu PrisMax możliwa jest kompensacja utraconej w wyniku przestoju dawki po ponownym uruchomieniu zabiegu, co jest istotną wartością dodaną.

Wskazać zatem należy, że użycie określenia „tryb pielęgnacji” prowadzi do dyskryminacji niektórych wykonawców w Postępowaniu, którzy mogą zaoferować tożsame rozwiązanie, ale pod inną nazwą.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę dodatkowego punktowanego parametru technicznego urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 8) – poprzez jego usunięcie:

~~„Możliwość przejścia w czasie zabiegu w tryb pracy z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi i/lub możliwość kompensacji dawki terapii utraconej w wyniku przestoju zabiegu”~~

lub nadanie mu następującej treści:

„Możliwość przejścia w czasie zabiegu w tryb pracy z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi i/lub możliwość kompensacji dawki terapii utraconej w wyniku przestoju zabiegu”

Ad 2 – UZASADNIENIE PRAWNE

Mając na względzie powyższą argumentację merytoryczną, Odwołujący wskazuje na zastosowanie przez Zamawiającego dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert – ze względu na fakt, iż jeden z potencjalnych oferentów posiada w swoim asortymencie urządzenie, któremu Zamawiający przyznałby punkty 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.”***

Jak wynika z powyższej analizy, Zamawiający nie tylko opisał przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji w Postępowaniu, ale również w sposób dyskryminujący ukształtował kryteria oceny ofert w Postępowaniu, premiując jednego wykonawcę.

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, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy (nawet w sytuacji gdyby Zamawiający był zmuszony do zmiany obecnych zapisów SIWZ w sposób umożliwiający złożenie ofert większej liczbie Wykonawców).

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

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

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

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

w imieniu Odwołującego:

.....
r. pr. Łukasz Krawczyk

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15 000 zł,
- 5) Wyciąg z instrukcji obsługi aparatu PrisMax producenta Baxter,
- 6) Wyciąg z broszury urządzenia Multifiltrat PRO producenta Fresenius Medical Care,
- 7) Publikacja Bell 2020 – wersja oryginalna,
- 8) Publikacja Bell 2020 – tłumaczenie na język polski,
- 9) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.