

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2021 r. przez wykonawcę **Baxter Polska sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8; 00-380 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Radomska 70; 27-200 Starachowice**,

przy udziale wykonawcy **Fresenius Medical Care Polska S.A., ul. Krzywa 13; 60-118 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w sposób nienaruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, umożliwiając złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę w zakresie pakietu 1 pkt 1 i 2 oraz pakietu 2A**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Radomska 70; 27-200 Starachowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Baxter Polska sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8; 00-380 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Radomska 70; 27-200 Starachowice** rzecz **Baxter Polska sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8; 00-380 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zakład Opieki Zdrowotnej w Starachowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa dializatorów, przewodów, igieł oraz koncentratów do dializy dla Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Starachowicach.”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 marca 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00019616.

Dnia 23 marca 2020 roku wykonawca Baxter Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ

wraz z załącznikiem nr 5 „Wykaz asortymentowo-cenowy”, stanowiącym jednocześnie szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami Prawa Zamówień Publicznych poprzez:

1. sformułowanie przez zamawiającego w zakresie pakietu 1 punkt 1 postępowania wymogów dotyczących dializatorów (typ 1) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny oraz w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta, a w konsekwencji – wykluczył w sposób nieuzasadniony wyroby innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę.

a) Zamawiający sformułował wymagania dotyczące dializatorów (typ 1) – 1500 sztuk

w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP w następującym zakresie:

co w efekcie stanowił naruszenie przepisu art. 16 pkt 1), 2) i 3) w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 w związku z art. 266 ustawy Pzp.

2.sformułowanie przez zamawiającego w zakresie pakietu 1 punkt 2 postępowania wymogów dotyczących dializatorów (typ 2) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny oraz w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta, a w konsekwencji – wykluczył w sposób nieuzasadniony wyroby innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę.

a)Zamawiający sformułował wymagania dotyczące dializatorów (typ 2) – 3500 sztuk w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP w następującym zakresie:

- 1)wymóg pojemności dializatora maksimum 100 ml;
- 2)wymóg klirens mocznika minimum 190 ml/min.;
- 3)wymóg klirens kreatyniny minimum 170 ml/ min.;
- 4)wymóg klirens fosforanów minimum 160 ml/ min.;
- 5)wymóg współczynnika UF maksimum 20 ml/ h x mmHg.

podczas gdy łącznie wszystkie te parametry jest w stanie spełnić wyłącznie jedno istniejące na rynku urządzenie – co w efekcie stanowił naruszenie przepisu art. 16 pkt 1), 2) i 3)

w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 w związku z art. 266 ustawy Pzp.

b)Jednym z wymogów postawionych przez zamawiającego jest klirens kreatyniny minimum 170 ml/min. oraz pojemność dializatora maksimum 100 ml, podczas gdy w ocenie Odwołującego parametry te określone zostały w sposób nadmierny, gdyż faktycznie nie mają one wpływu na proces hemodializy.

Bowiem odchylenia wartości klirensów dializatorów firmy Baxter od wymaganych, nie mają istotnego znaczenia klinicznego dla pacjenta. Dobór dializatora podlega indywidualizacji w zależności od masy ciała pacjenta, wielkości diurezy resztkowej oraz nasilenia katabolizmu, które to parametry mogą ulegać zmianie. Nie ma jednoznacznej opinii w środowisku nefrologicznym, czy oceniając klirensy dializatora większe znaczenie ma wielkość klirensu kreatyniny, będącej toksyną mocznicową z grupy małych cząsteczek, a więc podlegających łatwiejszemu usunięciu, czy fosforanów, będących przedstawicielem średnich cząsteczek, odpowiedzialnych za stan zapalny i powikłania sercowo-naczyniowe. Tak więc istotne jest wzięcie pod uwagę obydwu parametrów z większą tolerancją dla ich wartości matematycznych, z umiarkowaniem większym skupieniem się na fosforanach.

– co w efekcie stanowił naruszenie przepisu art. 16 pkt 1), 2) i 3) w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 w związku z art. 266 ustawy Pzp.

3.sformułowanie przez zamawiającego w zakresie pakietu 2A postępowania wymogów dotyczących przewodów do przeprowadzania dializ do dializy na dwie igły w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny oraz w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta,

a w konsekwencji – wykluczył w sposób nieuzasadniony wyroby innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował zatem wymagania przewodów do przeprowadzania dializ – Aparaty do HD Fresenius – 4800 sztuk przewodów do dializy dwuigłowej w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP poprzez określenie następujących wymogów:

- 1)łącznik A-V jako obligatoryjny element kompletu będącego przedmiotem zamówienia;
- 2)wymóg jeziorka na linii żyłnej o przekroju 22 mm;
- 3)wpływ krwi do jeziorka tętniczego drenem doprowadzającym od dołu;
- 4)wymóg odklejanej nalepki identyfikacyjnej na opakowaniu drenów

podczas gdy łącznie wszystkie te parametry jest w stanie spełnić wyłącznie jedno istniejące na rynku urządzenie – co w efekcie stanowił naruszenie przepisu art. 16 pkt 1), 2) i 3)

w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 w związku z art. 266 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1)dokonanie modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu;
- 2)dokonanie odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w

z otwarcia ofert)

– w celu wykazania, że zamawiający niezmiennie, od 2018 r. opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na jednego wykonawcę (Fresenius Medical Care S.A.) oraz, że jedynie ten wykonawca przystępuje do postępowań realizowanych przez tego zamawiającego.

e) Dokumentacja postępowania „Dostawa dializatorów, przewodów, igieł oraz koncentratów do dializy dla Powiatowego Zakładu Opieki Zdrowotnej z siedzibą

w Starachowicach” z 2019 r., znak: P/28/05/2019/SD (ogłoszenie, SIWZ, OPZ, informacja

z otwarcia ofert)

– w celu wykazania, że zamawiający niezmiennie, od 2018 r. opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na jednego wykonawcę (Fresenius Medical Care S.A.) oraz, że jedynie ten wykonawca przystępuje do postępowań realizowanych przez tego zamawiającego.

f) Broszura Nipro Elisio – L Synthetic Hollow Fiber Dialyzer

– w celu wykazania, że zamawiający ukształtował opis przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia złożenie oferty nie tylko odwołującemu, ale również innym wykonawcom funkcjonującym na rynku.

g) Broszura Allmed's combined catalogue Polypure

– w celu wykazania, że zamawiający ukształtował opis przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia złożenie oferty nie tylko odwołującemu, ale również innym wykonawcom funkcjonującym na rynku.

h) Yamada - PHOSPHATE OVERLOAD INDUCES MIA SYNDROME, artykuł

– w celu wykazania, że odchylenia wartości klirensów dializatorów firmy Baxter od wymaganych, nie mają istotnego znaczenia klinicznego dla pacjenta, ponieważ fosforany są głównym czynnikiem powodującym zaburzenia sercowo-naczyniowe i rozwój zespołu niedożywienie-stan zapalny-ateroskleroza, co wskazuje że określony przez zamawiającego parametr klirensa kreatyniny jest określony w sposób nadmierny, ponieważ brak jest prac naukowych, które by udowadniały, iż dializator z niższym klirensem kreatyniny nie jest w stanie zapewnić adekwatności dializy, względem dializatora o wyższej wartości w/w klirensa.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanych dokumentów zamówienia, w tym SWZ wraz z załącznikiem nr 5 dla Pakietu 1 (punkt 1 oraz 2) oraz 2A postępowania, wykonawca może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia ważnej oferty w postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, 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 nieuzyskaniu zamówienia.

Zdaniem odwołującego przygotowanie OPZ w postępowaniu we wskazany sposób jest niczym nieuzasadnione, a postanowienia wskazane przez odwołującego 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 wyrobów medycznych będących przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu 1 (punkt 1 i 2) oraz 2A postępowania jest niezgodne z ustawą PZP w zakresie w jakim w art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) określono zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Taki sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu w sposób istotny utrudnia bowiem 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 w zakresie pakietu 1 (punkt 1 i 2) oraz 2A wyłącznie przez jeden podmiot – Fresenius Medical Care Polska S.A. W ten sposób zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego producenta. Przejawem naruszenia zasady

jednakże takie zestawienie parametrów pozostaje bez znaczenia dla sposobu przeprowadzenia zabiegu.

1. Argumentacja dotycząca OPZ w zakresie pakietu 1 punkt 1

a) dializatory typ 1 w zakresie łącznego zestawienia następujących parametrów:

- 1)wymóg pojemności dializatora o wielkości maksimum 100 ml;
- 2)wymóg klirens mocznika minimum 180 ml/min.;
- 3)wymóg klirens kreatyniny minimum 160 ml/min.;
- 4)wymóg klirens fosforanów minimum 150 ml/min.;
- 5)wymóg współczynnika UF maksimum 15 ml/h x mmHg;
- 6)wymóg sterylizacja parą wodną;

Zamawiający ukształtował zapisy OPZ w zakresie dializatorów typ 1 w następujący sposób: *Dializatory niskoprzepływowe, materiał błony - syntetyczna, sterylizowane parą wodną, dane efektywności in vitro: pojemność maksymalnie 100 ml, powierzchnia 1,2 - 1,4 m², klirens 200 (ml/min); mocznik minimum 180; kreatynina minimum 160; fosforany minimum 150; współczynnik UF maksymalnie 15."*

W ocenie odwołującego wyspecyfikowany w SWZ opis narusza zasady uczciwej konkurencji oraz ogranicza liczbę oferentów do jednego wykonawcy – poprzez łączne zestawienie parametrów opisanych w pkt 1) – 6) powyżej. Odwołujący zweryfikował, w jaki sposób niniejsze parametry są w stanie spełnić wiodący producenci dializatorów działający na polskim rynku. Wynikiem przeprowadzonej analizy jest wniosek, iż żaden z producentów dializatorów, za wyjątkiem Fresenius Medical Care S.A., nie będzie w stanie złożyć ważnej oferty w tym postępowaniu, gdyż każdy z nich nie spełnia przynajmniej jednego parametru określonego przez zamawiającego jako wymóg.

dowód:

1)- Broszura *Dialysers and filters product range Fresenius Medical Care*, strona 6.

2)- Broszura *Nipro Elisio – L Synthetic Holo Fiber Dialyzer*,

3)- Broszura *Allmed's combined catalogue Polypure*

Odwołujący wskazał, że sam fakt określenia wymaganych parametrów w zaproponowany przez zamawiającego sposób nie świadczy o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób konkurencyjny. Bowiem – biorąc pod uwagę zestawienie wszystkich parametrów określonych minimalnymi bądź maksymalnymi wartościami wraz z typem sterylizacji okazuje się, że łącznie w podanych zakresach mieści się wyłącznie dializator FX8 produkcji Fresenius Medical Care.

b) dializatory typ 1 w zakresie nadmiernego wymogu w zakresie klirens kreatyniny na poziomie minimum 160 ml/min.

Odchylenie wartości klirens kreatyniny firmy Baxter od wymaganej, nie ma istotnego znaczenia klinicznego dla pacjenta. Dobór dializatora podlega indywidualizacji w zależności od masy ciała pacjenta, wielkości diurezy resztkowej oraz nasilenia katabolizmu, które to parametry mogą ulegać zmianie. Nie ma jednoznacznej opinii w środowisku nefrologicznym, czy oceniając klirens dializatora większe znaczenie ma wielkość klirens kreatyniny, będącej toksyną mocznicową z grupy małych cząsteczek, a więc podlegających łatwiejszemu usunięciu, czy fosforanów, będących przedstawicielem średnich cząsteczek, odpowiedzialnych za stan zapalny i powikłania sercowo-naczyniowe. Tak więc istotne jest wzięcie pod uwagę obydwu parametrów z większą tolerancją dla ich wartości matematycznych, z umiarkowanie większym skupieniem się na fosforanach. Jak zauważono w Yamada, American Journal of Physiology, 2014: „Przeładowanie [organizmu] fosforanami w moczniccy bezpośrednio indukuje systemowy stan zapalny i niedożywienie, a także kalcyfikację naczyń krwionośnych. (...) Innym istotnym zaburzeniem w PChN jest zespół MIA - niedożywienie-stan zapalny - miażdżycy naczyń krwionośnych, a ostatnio zidentyfikowano brakujący element częściowo wyjaśniający wysoką śmiertelność sercowo-naczyniową pacjentów z PChN. (...) W oparciu o powyższe podstawy stworzono hipotezę, że przeładowanie fosforanami stanowi osiowy element zespołu MIA prowadząc do zwiększonej śmiertelności."

dowód: Yamada - PHOSPHATE OVERLOAD INDUCES MIA SYNDROME, artykuł

Odwołujący wnosi o zmianę dotychczasowego brzmienia OPZ dla dializatorów typu 1 w Pakiecie 1 punkt 1 o treści:

"Dializatory niskoprzepływowe, materiał błony - syntetyczna, sterylizowane parą wodną, dane efektywności in vitro: pojemność maksymalnie 100 ml, powierzchnia 1,2 - 1,4 m², klirens 200 (ml/min); mocznik minimum

- Broszura Nipro Elisio – L Synthetic Hollo Fiber Dialyzer,
- Broszura Allmed's combined catalogue Polypure.

Odwolujący wskazał, że sam fakt określenia wymaganych parametrów w zaproponowany przez zamawiającego sposób nie świadczy o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób konkurencyjny. Bowiem – biorąc pod uwagę zestawienie wszystkich parametrów określonych minimalnymi bądź maksymalnymi wartościami wraz z typem sterylizacji okazuje się, że łącznie w podanych zakresach mieści się wyłącznie dializator FX8 produkcji Fresenius Medical Care.

b) dializatory typ 2 w zakresie nadmiernego wymogu w zakresie klirens kreatyniny na poziomie minimum 170 ml/min. oraz pojemności min. 100 ml.

Wymagana przez zamawiającego wartość objętości przedziału krwi jedynie w sposób nieznaczny odbiega od wartości dializatorów, które oferuje Baxter (Polyflux17L) i wynosi 104 ml przy maksymalnie dopuszczonej objętości 100 ml/h x mmHg (odchylenie – 4%).

W przypadku osób dorosłych jest to różnica nie mająca znaczenia dla leczenia pacjentów, co sprawia iż w/w dializatory mogą być traktowane jako równoważne. Mimo tego, że ofertowany przez odwołującego sprzęt jedynie w sposób nieznaczny przekracza maksymalne wartości określone przez zamawiającego, to wskazane w OPZ parametry oznaczają, że nie będzie on w stanie złożyć ważnej oferty w tym postępowaniu. Wartym podkreślenia jest również fakt, że opisując przedmiot zamówienia poprzez określenie maksymalnej objętości na poziomie 100 ml zamawiający eliminuje z niniejszego postępowania nie tylko odwołującego, ale również innych dostawców sprzętu medycznego, takich jak Nipro oraz Allmed. Jedynie urządzenie FX 10 produkcji Fresenius Medical Care S.A. jest w stanie spełnić niniejszy parametr.

dowód:

- Broszura Dialysers and filters product range Fresenius Medical Care, strona 6.,
- Broszura Nipro Elisio – L Synthetic Hollo Fiber Dialyzer,
- Broszura Allmed's combined catalogue Polypure

Odchylenie wartości klirensu dializatora firmy Baxter od wymaganej, nie ma istotnego znaczenia klinicznego dla pacjenta. Dobór dializatora podlega indywidualizacji w zależności od masy ciała pacjenta, wielkości diurezy resztkowej oraz nasilenia katabolizmu, które to parametry mogą ulegać zmianie. Nie ma jednoznacznej opinii w środowisku nefrologicznym, czy oceniając klirensy dializatora większe znaczenie ma wielkość klirensu kreatyniny, będącej toksyną mocznicową z grupy małych cząsteczek, a więc podlegających łatwiejszemu usunięciu, czy fosforanów, będących przedstawicielem średnich cząsteczek, odpowiedzialnych za stan zapalny i powikłania sercowo-naczyniowe. Tak więc istotne jest wzięcie pod uwagę obydwu parametrów z większą tolerancją dla ich wartości matematycznych, z umiarkowaniem większym skupieniem się na fosforanach. Jak zauważono w Yamada, American Journal of Physiology, 2014: „Przeładowanie [organizmu] fosforanami w mocznicy bezpośrednio indukuje systemowy stan zapalny i niedożywienie, a także kalcyfikację naczyń krwionośnych. (...). Innym istotnym zaburzeniem w PChN jest zespół MIA - niedożywienie-stan zapalny - miażdżycy naczyń krwionośnych, a ostatnio zidentyfikowano brakujący element częściowo wyjaśniający wysoką śmiertelność sercowo-naczyniową pacjentów z PChN. (...). W oparciu o powyższe podstawy stworzono hipotezę, że przeładowanie fosforanami stanowi osiowy element zespołu MIA prowadząc do zwiększonej śmiertelności.”

dowód:

- Artykuł, Yamada, American Journal of Physiology wraz z tłumaczeniem na język polski

Odwolujący wnosi zmianę dotychczasowego brzmienia OPZ dla dializatorów typu 2

w pakiecie 2 punkt 2 o treści:

„Dializatory niskoprzepływowe, materiał błony - syntetyczna, sterylizowane parą wodną, dane efektywności in vitro: pojemność maksymalnie 100 ml, powierzchnia 1,5 - 1,8 m², klirens 200 (ml/min); mocznik minimum 190; kreatynina minimum 170; fosforany minimum 160; współczynnik UF maksymalnie 20.”

na zapis o następującej treści:

„Dializatory niskoprzepływowe, materiał błony - syntetyczna, sterylizowane parą wodną, dane efektywności in vitro: pojemność maksymalnie 105

gwintów przedziału krwi w dializatorze;

– na opakowaniu drenów wymaga się odklejanej nalepki identyfikacyjnej.”

Zamawiający w pakiecie 2A, między innymi, wymaga łącznika A-V, aby wpływ krwi do jeziorka tętniczego był zapewniany drenem doprowadzającym od dołu oraz odklejanej nalepki identyfikacyjnej, a także określonej wielkości przekroju jeziorka żylnego (22mm), co przejrzysto wskazuje na linie krwi oferowane przez firmę Fresenius:

- 1) Łącznik A-V nie jest jedynym stosowanym na rynku rozwiązaniem umożliwiającym czasowe odłączenie pacjenta w trakcie zabiegu. Rolę łącznika A-V, w przypadku oferowanej przez odwołującego linii krwi Novaline, które go nie posiadają, pełni tzw. Evaclean connector, który zapewnia możliwość czasowego odłączenia pacjenta w trakcie zabiegu i jest pakowany osobno. W związku z powyższymi okolicznościami zamawiający poprzez dobór parametrów wymaganych w OPZ uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu 2A, gdyż linie krwi Novaline spełniają wymóg co do terapii, ale przy tym są sprzeczne z zawężonymi wymaganiami zamawiającego.
- 2) Zamawiający w pakiecie 2A wymaga, aby linie zawierały odklejaną nalepkę, która służy wygodzie sporządzania historii leczenia, lecz w żaden sposób nie przekłada się na końcowy efekt terapeutyczny procedury.
- 3) Jeżeli chodzi o wpływ krwi do jeziorka tętniczego, jest to również specyficzną cechą linii krwi Fresenius. Linie krwi firmy Baxter zaprojektowane są w sposób, kiedy krew wpływa do jeziorka od góry, a nie od dołu. W praktyce klinicznej obie metody są traktowane jako równoważne. Zamawiający, kształtując zapis OPZ w taki sposób wyraźnie wskazuje na firmę Fresenius, oraz spodziewa się złożenia oferty w pakiecie 2A tylko przez jednego oferenta.
- 4) Linie produkowane przez firmę Baxter/Gambro są dopuszczone do stosowania u pacjentów leczonych zabiegami HD i HDF, a pomimo różnic technologicznych linii od różnych producentów nie było dużych wiarygodnych badań pokazujących wyższość jednych bądź innych. Tym sposobem wskazywanie na to lub inne rozwiązanie technologiczne służy jedynie wskazaniu jednego oferenta i ograniczeniu prawa innych oferentów.
- 5) W praktyce klinicznej obie metody są traktowane jako równoważne. Zamawiający, kształtując zapis OPZ w taki sposób wyraźnie wskazuje na firmę Fresenius, oraz spodziewa się złożenia oferty w pakiecie 2 tylko przez jednego oferenta.

Zdaniem odwołującego, zamawiający poprzez specyficzne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pakietu 2A faktycznie uniemożliwia złożenie oferty innym producentom niż Fresenius.

dowód:

– Broszura Fresenius Medical Care Bloodlines, Tubing systems, Accessories – strona 6, strona 11.

Odwołujący wniósł o usunięcie następujących parametrów OPZ w zakresie pakietu 2A:

„Do dializy na dwie igły:

– w skład kompletu powinny wchodzić:

• łącznik A-V;

– linia żylna z jeziorkiem o przekroju 22mm;

– wpływ krwi do jeziorka tętniczego drenem doprowadzającym od dołu,

– na opakowaniu drenów wymaga się odklejanej nalepki identyfikacyjnej.”

oraz zmianę OPZ w zakresie pakietu 2A na opis o następującej treści:

„Do dializy na dwie igły:

– elementy wchodzące w skład przewodów powinny być wykonane z surowców dopuszczonych do długotrwałego kontaktu z krwią;

– linie nie zawierające w swoim składzie związków ftalanowych, bez ftalanów DEHP free;

– pełna elastyczność na całej długości;

– w skład kompletu powinny wchodzić:

• linia tętnicza;

• linia żylna;

• komplet zacisków (umożliwiających pracę bez dodatkowych narzędzi);

• igła plastikowa;

– linia żylna z jeziorkiem;

– długość drenu od jeziorka żylnego do miejsca łączenia z igłą do HD większa niż 1,

Przepis art. 99 nPzp stanowi, iż:

ust. 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

ust. 5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

ust. 6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Jak wynika z wyżej powołanych przepisów, zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zachowując jednocześnie zasadę przejrzystości

i proporcjonalności. Jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych sposób opisanie przedmiotu zamówienia ma na celu takie ukształtowanie przez zamawiającego zamawianego produktu, który z jednej strony wypełni potrzeby zamawiającego dla zrealizowania zamierzonego celu, z drugiej zaś strony ma zagwarantować szeroko rozumianą konkurencyjność postępowania. Oczywiście konkurencyjność postępowania nie musi gwarantować udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom oferującym opisany przez zamawiającego produkt lub produkty zbliżone, tzw. rozwiązania równoważne. Jednakże istotnym jest, że aby zamawiający zagwarantował konkurencyjność postępowania, wymagane jest zagwarantowanie udziału w postępowaniu minimum dwóm wykonawcom. Najlepszym rozwiązaniem jest oczywiście zagwarantowanie jak najszerszego kręgu wykonawców, tak aby istota konkurencyjności postępowania

o udzielenie zamówienia została wypełniona. Niemniej w ocenie Izby wystarczającym, gdy opis przedmiotu zamówienia gwarantuje udział chociaż dwóm wykonawcom, z tym zastrzeżeniem, że nie chodzi o to aby jeden, ten sam produkt oferowało dwóch wykonawców ale aby dwóch wykonawców oferowało dwa różne produkty, funkcjonalnie spełniające wymagania zamawiającego.

Izba oceniając przedmiotowe odwołanie stwierdziła, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie 1 pkt 1 i 2 oraz w pakiecie 2A, naruszył przepis art. 16 pkt 1, 2 i 3 nPzp, gdyż opis *tende facto* dopuszczał rozwiązanie oferowane tylko przez jednego producenta/wykonawcę. Potwierdzeniem powyższego twierdzenia jest dowód złożony na rozprawie przez odwołującego, stanowiący jego własne opracowanie dostępnych na rynku produktów z uwzględnieniem wymagań opisanych przez zamawiającego w SWZ.

Z zestawienia tabelarycznego dotyczącego pakietu 1 pkt 1 i 2 wprost wynika, że jedynym produktem, który może zostać zaoferowany zamawiającemu jest produkt przystępującego. Okoliczności powyższej zaprzeczył zamawiający i przystępujący wskazując, iż wymagania zamawiającego poza produktem przystępującego spełnia jeszcze produkt oferowany przez firmę Allmed Poland. Faktycznie z zestawienia przedstawionego przez odwołującego taka okoliczność wynika, jednakże odwołujący w ramach postępowania dowodowego, zgodnie

z przepisem art. 534 ust. 1 nPzp, który stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przedstawił dowód w postaci oświadczenia złożonego przez głównego specjalistę ds. logistyki i zaopatrzenia firmy Allmed Poland, który oświadczył, iż „*Na chwilę obecną Allmed Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie przystępuje do przetargów Zamówień Publicznych. Dlatego ww. spółka od czerwca 2020 roku nie oferuje w Zamówieniach Publicznych produkty ze swojej oferty, między innymi: Polypure 13S, Polypure 16S (dializatory sterylizowane parą wodną) i nie planuje ich oferować w 2021 r. w Polsce*”.

Izba stwierdzając, iż przedmiotowe dowody potwierdzają fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 531 nPzp), uznała, że zamawiający nie dokonał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, który sankcjonowałby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Iz

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....