Sygn. akt: KIO 1448/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu25 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki" z siedzibą w Łodzi

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Promed S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1448/24

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki" z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą urządzeń dla Instytutu „CZMP"" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 219606-2024.

I. W dniu 25 kwietnia 2024 r. wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na określeniu treści ogłoszenia o zamówieniu, którego dotyczy Postępowanie, a także Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") dla Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1. art. 99 ust. 2 i 4, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, z uwagi na zawarcie w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ (dalej: „Formularz Cenowy"), wymienionych poniżej wymagań niemających obiektywnego uzasadnienia, ze wskazaniem wymaganych cech dostaw, które nie są proporcjonalne do wartości i celów przedmiotu zamówienia, prowadzących do arbitralnego wyeliminowania z Postępowania sprzętu oferowanego przez Medtronic i bezpodstawnego faworyzowania sprzętu Masimo (dalej: „Masimo"), poprzez:

a)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*INFORMACJE OGÓLNE dot. wypełniania formularza*" w zakresie opisu kryteriów równoważności dodatkowego parametru równoważności w zakresie * Masimo SET czyli technologii

ekstrakcji sygnału pozwalającej na pomiar saturacji u pacjentów w ruchu oraz w warunkach niskiej perfuzji od 0,02% oraz zapewniającej eliminację sygnału z krwi żylnej;

b)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 1. następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET Neo lub równoważny*, < 3 kg lub > 40 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm;

c)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 2 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET Inf lub równoważny* - dla pacjentów 3 – 20 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm;

d)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 3 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET NeoPt lub równoważny*, < 1 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z atraumatyczną opaską z miękkiego materiału typu fizelina, z płaskim kablem o dł. 14,5 cm; e) ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 4 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET Pdt lub równoważny* - 10-50 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu motylek z płaskim kablem o dł. 14,5 cm;

f)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 5 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET NeoPt500 lub równoważny*, < 1 kg, nieprzylepny, do stosowania z opaską, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z atraumatyczną opaską z miękkiego materiału typu fizelina, z płaskim kablem o dł. 14,5 cm;

g)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 6 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET TRAUMA lub równoważny*, dla noworodków, niemowląt i dzieci, waga 3-30 kg, przestawia urządzenia na najwyższą czułość, czujnik do resuscytacji, czujnik z żółtą wtyczką;

h)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 13 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET DCI lub równoważny*, typu klips na palec > 30kg, wielorazowy;

i)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 14 następujących parametrów urządzenia: Czujnik w technologii Masimo RD SET DCIP lub równoważny*, typu klips na palec 10-50 kg, wielorazowy;

j)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 16 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD SET TRAUMA NEWBORN NEO lub równoważny*, czujnik dla noworodków, z wagą < 3kg, przestawia urządzenia na najwyższą czułość, czujnik do resuscytacji, czujnik z żółtą wtyczką;

k)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 1 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej -ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: SpO2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru SpHb i PVI, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg;

l)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III

pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 2 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej - ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: Spo2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru PV, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg;

m)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 3 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej - ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: Spo2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru PV, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg;

n)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 5 następujących parametrów urządzenia: Moduł do pomiaru oksymetrii regionalnej do platformy monitorującej z pozycji nr 4 w technologii MASIMO SET lub równoważny*;

o)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 6 następujących parametrów urządzenia: Moduł do pomiaru EEG SEDLine w technologii MASIMO SET lub równoważny*;

p)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 7 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej , SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość; waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji i wózkiem jezdnym;

q)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 8 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej , SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta;

r)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 13 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: SPO2, częstość pulsu, indeks perfuzji w postaci cyfrowej, w czasie rzeczywistym, wykres krzywej pletyzmograficznej, dodatkowe parametry PVI - stopień nawodnienia pacjenta, RRp - liczba oddechów, akumulator typ litowo - jonowy, czas pracy na baterii - 24 h pełnego monitorowania w zestawie z kablem saturacji pacjenta, waga urządzenia 0,27 kg, w komplecie z kablem saturacji pacjenta;

s)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 14 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej z pomiarem temperatury (bezdotykowo). Wyświetlane parametry: SPO2, częstość pulsu, indeks perfuzji w postaci cyfrowej, w czasie rzeczywistym, wykres krzywej pletyzmograficznej, dodatkowe parametry PVI - stopień nawodnienia pacjenta, RRp - liczba oddechów, temperatura; akumulator typ litowo - jonowy, czas pracy na baterii - 24 h pełnego monitorowania, waga urządzenia 0,27 kg, w komplecie z kablem saturacji pacjenta;

t)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*” oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*” poz. 15 następujących parametrów urządzenia: Moduł IntelliVue lub równoważny tj. do monitorów Philips w technologii saturacji Masimo SET lub równoważnej* w komplecie z kablem saturacji pacjenta - RD rainbow SET lub równoważnej***;

2. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób utrudniający podjęcie uczciwej konkurencji, z uwagi na brak podziału pakietu nr 1 zamówienia na części, w sytuacji, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zawarto wymagania dotyczące złożenia oferty z uwzględnieniem relatywnie bardzo niskiej liczby urządzeń Masimo jednocześnie wykonanych w wyspecyfikowanej technologii, w związku z czym ofertę na całość przedmiotu zamówienia bez podziału na części może złożyć tylko jeden producent – Masimo, co w sposób oczywisty ogranicza konkurencję i prowadzi do arbitralnego wyeliminowania z udziału w Postępowaniu Medtronic i bezpodstawnego faworyzowania sprzętu Masimo:

a)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 10 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD rainbow SET-2 Neo lub równoważny***, dla pacjentów o wadze < 3kg > 30 kg, miejsce aplikacji dla pacjentów neonatlogicznych nadgarstek lub stopa, dla pacjentów dorosłych palec, pomiar SpO2, SpHb, SpMET, PVI;

b)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 11 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD rainbow SET-2 Inf lub równoważny***, pacjenci o wadze od 3-30 kg, miejsce aplikacji dla pacjentów 3–10 kg - kciuk lub paluch, dla pacjentów 10–30 kg, palec u ręki lub stopy, pomiar SpO2, SpHb, SpMET, PVI;

c)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 12 następujących parametrów urządzenia: Czujnik Masimo RD rainbow SET-2 Adt lub równoważny***, dorośli, >30 kg, miejsce aplikacji palec, pomiar SpO2, SpHb, SpMET, PVI; d) ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 17 następujących parametrów urządzenia: Mankiet jednopacjentowy SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, niemowlęcy, 8-13 cm, pomarańczowy, szybkozłącze żeńskie; (1 opakowanie = 20 szt.);

e)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 18 następujących parametrów urządzenia: Mankiet jednopacjentowy SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, pediatryczny, 12-19 cm, zielony, szybkozłącze żeńskie (1 opakowanie = 20 szt.);

f)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 19 następujących parametrów urządzenia: Mankiet jednopacjentowy SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, mały dorosły, 17-25 cm, turkusowy, szybkozłącze żeńskie (1 opakowanie = 20 szt.);

g)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 20 następujących parametrów urządzenia: Mankiet jednopacjentowy SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, dorosły standard, 23-33 cm, granatowy, szybkozłącze żeńskie (1 opakowanie = 20 szt.);

h)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 21 następujących parametrów urządzenia: Mankiet neonatologiczny SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, # 1, 3-6 cm, biały/pomarańczowy, łącznik męski bayonet (1 opakowanie = 20 szt.);

i)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*”, pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*”, poz. 22 następujących parametrów urządzenia: Mankiet neonatologiczny SunTech lub

równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, # 2, 4-8 cm biały/turkusowy, łącznik męski bayonet (1 opakowanie = 20 szt.);

j)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 23 następujących parametrów urządzenia: Mankiet neonatologiczny SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, # 3, 6-11 cm biały/zielony, łącznik męski bayonet; (1 opakowanie = 20 szt.);

k)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 24 następujących parametrów urządzenia: Mankiet neonatologiczny SunTech lub równoważny tj. kompatybilny z pulsoksymetrami RAD97, # 4, 7-13 cm biały/granatowy, łącznik męski bayonet (1 opakowanie = 20 szt.);

l)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 25 następujących parametrów urządzenia: Kabel saturacji Masimo RD SET Rnbow R25-12 lub równoważny***, PC, złączka typu Mini , typu RD, lekka wtyczka, bez elementów ruchomych, zabezpieczona przed zalaniem, dotykowy i dźwiękowy sygnał połączenia z czujnikiem, długość 365 cm, wejście okrągłe typu Philips (Efficia CM);

m)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 26 następujących parametrów urządzenia: Kabel saturacji Masimo RD SET MD20 - 12 lub równoważny*, kodowany kolorystycznie, szary, złączka typu Mini, 20 PINowa , typu RD, lekka wtyczka, bez elementów ruchomych, zabezpieczona przed zalaniem, dotykowy i dźwiękowy sygnał połączenia z czujnikiem, długość 365 cm, czerwona wtyczka;

n)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 27 następujących parametrów urządzenia: Kabel saturacji Masimo RD rainbow SET MD20 - 12 lub równoważny*, kodowany kolorystycznie, czerwony, złączka typu Mini, 20 PINowa, typu RD, lekka wtyczka, bez elementów ruchomych, zabezpieczona przed zalaniem, dotykowy i dźwiękowy sygnał połączenia z czujnikiem, długość 365 cm;

o)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 28 następujących parametrów urządzenia: Kabel saturacji Masimo RD SET MP - 12 lub równoważny*, złączka typu Mini, 14 PINowa, typu RD, lekka wtyczka, bez elementów ruchomych, zabezpieczona przed zalaniem, dotykowy i dźwiękowy sygnał połączenia z czujnikiem, długość 365 cm, okrągłe wejście do monitora, 8-pinowe Philips do modułów

Intellivue Masimo SET lub Philips FAST;

p)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 29 następujących parametrów urządzenia: Kabel pacjenta RD SET Rad-G lub równoważny*, dł. 150 cm;

q)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 4 następujących parametrów urządzenia: Platforma monitorująca kompatybilna z pulsoksymetrami z pozycji 1-3, waga urządzenia 3,63 kg, wyświetlacz TFT LCD o rozdzielczości 1280x800 pikseli, w komplecie z wózkiem jezdnym;

r)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 9 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy z NIBP, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej , SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta oraz z kablem pacjenta NIBP, dł. 3 m, z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru SpHb i PVI i wózkiem jezdnym;

s)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 10 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy z NIBP, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej , SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta oraz z kablem pacjenta NIBP, dł. 3 m; z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru PVI i wózkiem jezdnym;

t)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 11 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy z NIBP, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta oraz z kablem pacjenta NIBP, dł. 3 m i wózkiem jezdnym;

u)ustalenie w części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 12 następujących parametrów urządzenia: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy z NIBP, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej, SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta oraz z kablem pacjenta NIBP, dł. 3 m.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*INFORMACJE OGÓLNE dot. wypełniania formularza*" w zakresie opisu kryteriów równoważności dodatkowego parametru równoważności w zakresie * Masimo SET czyli technologii ekstrakcji sygnału pozwalającej na pomiar saturacji u pacjentów w ruchu oraz w warunkach niskiej perfuzji od 0,02% oraz zapewniającej eliminację sygnału z krwi żylnej poprzez dopuszczenie zakresu niskiej perfuzji od 0,03%;
2. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 1.: Czujnik Masimo RD SET Neo lub równoważny*, < 3 kg lub > 40 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, poprzez dopuszczenie czujnika z okrągłym kablem o dł. 90 cm;
3. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 2.: Czujnik Masimo RD SET Inf lub równoważny* - dla pacjentów 3 – 20 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, poprzez dopuszczenie czujnika z okrągłym kablem o dł. 90 cm;
4. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 3.: Czujnik Masimo RD SET NeoPt lub równoważny*, < 1 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z atraumatyczną opaską z miękkiego materiału typu fizelina, z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, poprzez dopuszczenie czujnika z okrągłym kablem o dł. 90 cm;
5. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 4.: Czujnik Masimo RD SET Pdt lub równoważny* - 10-50 kg, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu motylek z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, poprzez dopuszczenie czujnika z okrągłym kablem o dł. 90 cm;
6. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i*

kable do pomiaru saturacji", poz. 5.: Czujnik Masimo RD SET NeoPt500 lub równoważny*, < 1 kg, nieprzylepny, do stosowania z opaską, z lekką, płaską wtyczką, bez części ruchomych, zabezpieczoną przed zalaniem, kodowaną kolorystycznie, niski profil elementów wewnętrznych, czujnik typu L z atraumatyczną opaską z miękkiego materiału typu fizelina, z płaskim kablem o dł. 14,5 cm, poprzez dopuszczenie czujnika z okrągłym kablem o dł. 90 cm;

7. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 6.: Czujnik Masimo RD SET TRAUMA lub równoważny*, dla noworodków, niemowląt i dzieci, waga 3-30 kg, przestawia urządzenia na najwyższą czułość, czujnik do resuscytacji, czujnik z żółtą wtyczką, poprzez dopuszczenie czujnika dla noworodków, niemowląt i dzieci, waga 3-20kg, bez konieczności przestawiania urządzenia na wyższą czułość;
8. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 13.: Czujnik Masimo RD SET DCI lub równoważny*, typu klips na palec > 30kg, wielorazowy, poprzez dopuszczenie zaoferowania czujnika <40 kg;
9. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 14.: Czujnik w technologii Masimo RD SET DCIP lub równoważny*, typu klips na palec 10-50 kg, wielorazowy, poprzez dopuszczenie zaoferowania czujnika 3-40 kg;
10. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 16.: Czujnik Masimo RD SET TRAUMA NEWBORN NEO lub równoważny*, czujnik dla noworodków, z wagą < 3kg, przestawia urządzenia na najwyższą czułość, czujnik do resuscytacji, czujnik z żółtą wtyczką, poprzez dopuszczenie czujnika dla noworodków bez przestawiania urządzenia na wyższą czułość;
11. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 1.: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej -ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: Spo2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru SpHb i PVI, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg, poprzez dopuszczenie zaoferowania urządzenia bez dodatkowego oprogramowania do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI o wadze 1,5 kg;
12. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 2.: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej - ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: Spo2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru PV, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg, poprzez dopuszczenie zaoferowania urządzenia bez dodatkowego oprogramowania do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI o wadze 1,5 kg;
13. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 3.: Pulsoksymetr w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej - ekran, w zestawie z kablem saturacji pacjenta. Wyświetlane parametry: Spo2, częstość pulsu, krzywa pletyzmograficzna, indeks perfuzji, komunikaty alarmowe, trendy, czułość. Urządzenie z dodatkowym oprogramowaniem do nieiwazyjnego pomiaru PV, czas pracy na w pełni naładowanym akumulatorze - 4 h, waga urządzenia 0,54 kg, poprzez dopuszczenie zaoferowania urządzenia bez dodatkowego oprogramowania do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI o wadze 1,5 kg;
14. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu*

okresu dzierżawy" poz. 5.: Moduł do pomiaru oksymetrii regionalnej do platformy monitorującej z pozycji nr 4 w technologii MASIMO SET lub równoważny*, poprzez dopuszczenie zaoferowania modułu do pomiaru oksymetrii regionlanej w postaci monitora Invos7100;

15. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 6.: Moduł do pomiaru EEG SEDLine w technologii MASIMO SET lub równoważny*, poprzez dopuszczenie zaoferowania modułu EEG w postaci monitora BIS;
16. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 7.: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej, SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość; waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji i wózkiem jezdnym, poprzez dopuszczenie zaoferowania pulsoksymetru stacjonarno-transportowego, z indeksem perfuzji w postaci graficznej, wadze 1,5 kg, kolorowym wyświetlaczem LCD obsługiwanym na panelu monitora;
17. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 8.: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: częstość pulsu, krzywej pletyzmograficznej , SPO2, indeks perfuzji w postaci cyfrowej pomiar w czasie rzeczywistym, komunikaty alarmowe, trendy, czułość, waga urządzenia 1,36 kg, kolorowy dotykowy wyświetlacz LCD, w komplecie z kablem saturacji pacjenta, poprzez dopuszczenie zaoferowania pulsoksymetru stacjonarno-transportowego, z indeksem perfuzji w postaci graficznej, wadze 1,5 kg, kolorowym wyświetlaczem LCD obsługiwanym na panelu monitora;
18. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 13.: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy, w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej. Wyświetlane parametry: SPO2, częstość pulsu, indeks perfuzji w postaci cyfrowej, w czasie rzeczywistym, wykres krzywej pletyzmograficznej, dodatkowe parametry PVI - stopień nawodnienia pacjenta, RRp - liczba oddechów, akumulator typ litowo - jonowy, czas pracy na baterii - 24 h pełnego monitorowania w zestawie z kablem saturacji pacjenta, waga urządzenia 0,27 kg, w komplecie z kablem saturacji pacjenta, poprzez dopuszczenie zaoferowania pulsoksymetru stacjonarno-transportowego z indeksem perfuzji w postaci graficznej, bez PVI i RRp, z czasem pracy na baterii - 10 h;
19. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 14.: Pulsoksymetr stacjonarno - transportowy w technologii MASIMO SET lub równoważny* pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej z pomiarem temperatury (bezdotykowo). Wyświetlane parametry: SPO2, częstość pulsu, indeks perfuzji w postaci cyfrowej, w czasie rzeczywistym, wykres krzywej pletyzmograficznej, dodatkowe parametry PVI - stopień nawodnienia pacjenta, RRp - liczba oddechów, temperatura; akumulator typ litowo - jonowy, czas pracy na baterii - 24 h pełnego monitorowania, waga urządzenia 0,27 kg, w komplecie z kablem saturacji pacjenta, poprzez dopuszczenie zaoferowania transportowego z indeksem perfuzji w postaci graficznej, bez PVI i RRp i pomiaru temperatury, z czasem pracy na baterii - 10 h;
20. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 15.: Moduł IntelliVue lub równoważny tj. do monitorów Philips w technologii saturacji Masimo SET lub równoważnej* w komplecie z kablem saturacji pacjenta - RD rainbow SET lub równoważnej***, poprzez usunięcie wymogu zaoferowania wraz modułem w komplecie kabla saturacji pacjenta - RD rainbow SET***;

21. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 10-12, poprzez wydzielenie ww. pozycji w osobną część zamówienia (do odrębnego pakietu);
22. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt I pn. „*Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji*", poz. 17-29, poprzez wydzielenie ww. pozycji w osobną część zamówienia (do odrębnego pakietu);
23. zmianę części Formularza Cenowego pn. „*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji*", pkt II pn. „*Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji*" oraz pkt III pn. „*Przeniesienie urządzeń monitorujących saturację na własność Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy*" poz. 4 oraz 9-12, poprzez wydzielenie ww. pozycji w osobną część zamówienia (do odrębnego pakietu).

Podniesione zarzuty Odwołujący uzasadnił w szczególności w następujący sposób:
Istotne elementy stanu faktycznego:

1. Dnia 15 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pod numerem wydania: Dz.U. S: 74/2024, numer publikacji ogłoszenia 219606-2024 na *Dostawę materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą urządzeń dla Instytutu „CZMP"*.
2. W związku z publikacją ww. Ogłoszenia, opublikowano również SWZ, w którego Rozdziale III pn. „*Opis przedmiotu zamówienia /Art. 134 ust. 1 pkt 4 PZP/. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych/Art. 134 ust. 1 pkt 5 PZP/*" § 2 wskazano, że Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą urządzeń dla Instytutu „CZMP", o asortymencie i ilościach określonych w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ.
3. Opis przedmiotu zamówienia, a zatem i wymagania dotyczące oferowanych materiałów eksploatacyjnych i urządzeń określono więc w Formularzu Cenowym.
4. Jak wynika z treści Formularza Cenowego, materiały eksploatacyjne i urządzenia, jakich wymaga Zamawiający są w zdecydowanie przeważającej części produktami jednego podmiotu – Masimo, lub są możliwe do zaoferowania tylko przez jeden podmiot – Masimo.
5. W związku z powyższym, Zamawiający opatrzył poszczególne pozycje Formularza Cenowego sformułowaniem „lub równoważny" oraz w części opisowej Formularza Cenowego pn. „INFORMACJE OGÓLNE dot. wypełniania formularza" wyjaśnił, że:

   „*Zamawiający zastrzega, że wszędzie tam, gdzie w treści SWZ, w szczególności Formularzu Cenowym, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, zostały wskazane normy, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła, szczegółowe procesy lub certyfikaty, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę - Zamawiający dopuszcza normy, metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, nadające się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania. Dopuszcza się, więc zaproponowanie w ofercie wszelkich równoważnych odpowiedników rynkowych o właściwościach nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Parametry wskazanego standardu określają minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazane normy, znaki towarowe, patenty, marki lub nazwy producenta czy źródła, szczególne procesy lub certyfikaty wskazujące na pochodzenie określają jedynie klasę produktu, metody, materiałów, urządzeń, systemów, technologii itp. W ofercie można przyjąć metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. innych marek i producentów, jednak o parametrach technicznych, jakościowych i właściwościach użytkowych oraz funkcjonalnych odpowiadających normom, metodom, materiałom, urządzeniom, systemom, technologiom itp. opisanym przez Zamawiającego.*

6. W związku z powyższym, Zamawiający określił również kryteria równoważności poprzez dodanie poniższego stwierdzenia:

   „*W celu oceny równoważności produktów Zamawiający stosuje kryterium użyteczności i możliwości zastosowania produktów w zabiegach i procedurach medycznych, w których wykorzystuje się produkty opisane przez Zamawiającego. Brak spełnienia kryterium spowoduje odrzucenie oferty*".

7. Następnie Zamawiający doprecyzował, że w zakresie technologii Masimo określa dodatkowe parametry równoważności, tj.:

   ** Masimo SET - technologia ekstrakcji sygnału pozwalająca na pomiar saturacji u pacjentów w ruchu oraz w warunkach niskiej perfuzji od 0,02% oraz zapewniająca eliminację sygnału z krwi żylnej.*

*** Masimo O3 - technologia dot. miejscowego pomiaru saturacji tlenem hemoglobiny krwi (rSO2) w tkankach*

**** Masimo Rainbow SET - technologia wykorzystująca więcej niż 7 długości fal światła, zapewniająca możliwość nieinwazyjnego, ciągłego pomiaru parametrów takich jak methemoglobina, czy całkowita hemoglobina.*

Brak spełnienia paramertów równoważności dotyczących technologii Masimo spowoduje odrzucenie oferty.

8. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, iż równoważne metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. nie mogą stanowić zamienników w stosunku do metod, materiałów, urządzeń, systemów, technologii itp. opisanych w SWZ za pomocą znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu.
9. Sporządzając ofertę z uwzględnieniem powyższych kryteriów równoważności w zakresie technologii Masimo można dojść tylko do jednego wniosku – jedynym wykonawcą, który może zaoferować materiały eksploatacyjne i urządzenia pozostające w zgodności z SWZ jest producent lub dystrybutor materiałów eksploatacyjnych lub urządzeń Masimo.
10. Takie działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp.

<u>Szczegółowe uzasadnienie zarzutów:</u>

I. Zarzut oznaczony nr 1 - naruszenie art. 99 ust. 2 i 4, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp.

11. Podstawę zarzutu oznaczonego nr 1 Odwołania stanowi szereg okoliczności świadczących o tym, że w Postępowaniu doszło do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, na skutek niezasadnego faworyzowania sprzętu i technologii Masimo. Wymagany sprzęt i technologię może zaoferować jedynie ich producent lub dystrybutor. Tym samym w postępowaniu doszło do bezpodstawnego uniemożliwienia spełnienia wymagań Zamawiającego przez zaoferowanie sprzętu Medtronic.
12. W pierwszej kolejności wskazać należy, że ani ustawa Pzp, ani przepisy prawa wspólnotowego, w szczególności Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (tzw. „dyrektywa klasyczna") oraz 2014/25/UE (tzw. „dyrektywa sektorowa") nie definiują pojęcia równoważności. Z tego względu jego zrozumienie jest utrudnione i w najwyższym stopniu zależne od analizy poglądów doktryny i orzecznictwa.
13. Na wstępnie jednak podkreślić należy, że wyjątkowe dopuszczenie opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródeł lub szczególnych procesów nie powinno być pojmowane jako uchylenie <u>generalnego zakazu</u> opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.
14. Sporządzony opis przedmiotu zamówienia z zastosowaniem znaków towarowych, patentów, itd. wciąż stanowić ma wyłącznie jakościowy, techniczny lub funkcjonalny wzorzec oczekiwań zamawiającego. Tym samym nie oznacza on szczególnego uprzywilejowania konkretnych wykonawców, lecz jedynie przykładowe wskazanie cech oferowanych przez nich produktów, jako odpowiadających jakościowo, technicznie bądź funkcjonalnie danemu produktowi referencyjnemu.
15. W związku z powyższym, w praktyce zamawiający zobligowany jest nie tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia słowami „lub równoważny", lecz musi także odpowiednio określić kryteria jakościowe, jakimi będzie się kierował oceniając równoważność. Zostało to wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.
16. Powyższe kryteria równoważności nie mogą jednak być sformułowane tak, żeby spełnić mógł je tylko jeden, preferowany wykonawca.
17. Materiały eksploatacyjne i produkty wymienione w Formularzu Cenowym oznaczono gwiazdkami („*", „**", „***") co ma referować do kryteriów równoważności, które w części opisowej Formularza Cenowego pn. „INFORMACJE OGÓLNE dot. wypełniania formularza" opisał Zamawiający.
18. Odnosząc się do pierwszego z kryteriów oznaczonego jedną gwiazdką „*", tj. *Masimo SET - technologia ekstrakcji sygnału pozwalająca na pomiar saturacji u pacjentów w ruchu oraz w warunkach niskiej perfuzji od 0,02% oraz zapewniająca eliminację sygnału z krwi żylnej* należy stwierdzić, że zakres niskiej perfuzji od 0,02% jednoznacznie wskazuje na materiały eksploatacyjne i produkty, których producentem jest wyłącznie Masimo. Jednocześnie w sposób nieuzasadniony eliminuje to materiały eksploatacyjne i produkty Medtronic, których zakres niskiej perfuzji wynosi w powyższym wymiarze od 0,03%.
19. Bazując na ugruntowanej i popartej badaniami ogólnej wiedzy dotyczącej ww. technologii, różnica wynosząca w powyższym zakresie 1/100 jest zupełnie nieistotna pod względem klinicznym oraz praktycznym. Technologia Medtronic jest natomiast w równym stopniu wartościowa, co technologia Masimo lecz zapewnia najwyższą na rynku dokładność pomiaru saturacji w pełnym zakresie niskich wartości perfuzji.
20. Powyższe twierdzenie odzwierciedla orzecznictwo KIO, na przykład wyrok KIO z 28 stycznia 2021 r., sygn. KIO 8/21, w którym stwierdzono, że *„zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy*

trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy".

21. Tym samym, powyższe kryterium jest w kontekście równoważności nieuzasadnione ponieważ zostało sformułowane tak, żeby spełnić mógł je tylko jeden, preferowany wykonawca – Masimo. Jednocześnie jest to kryterium dyskryminujące i eliminujące materiały eksploatacyjne i produkty Medtronic, które przynajmniej w równym stopniu zapewniają Zamawiającemu realizację opisanych potrzeb.
22. W orzecznictwie i w doktrynie zgodnie uznaje się, że taki opis kryteriów równoważności jest naruszeniem ustawy. Za przykład posłużyć może cytat z komentarza do ustawy Pzp pod red. E. Nowickiego „*Dopuszczenie rozwiązań równoważnych (kryteriów w celu oceny równoważności) nie może być sprowadzone do fikcji polegającej na tym, że kryteria w celu oceny równoważności są tak opisane, że praktycznie niemożliwe do zrealizowania prowadząc do sytuacji, w której można zaoferować wyłącznie rozwiązanie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia opisanym przez użycie znaku towarowego*".
23. Odnosząc się do konkretnych produktów Masimo, których równoważność Zamawiający opisał w oparciu o wyżej opisane kryterium, nie sposób również stwierdzić, że konkretne parametry oczekiwanego sprzętu gwarantują Zamawiającemu zrealizowanie swoich uzasadnionych potrzeb w najlepszy możliwy sposób.
24. Przykładowo, w zakresie wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cech czujników Masimo RD SET ujęto płaski kabel o długości 14,5 cm. W kabel o takiej długości wyposażone są jedynie czujniki Masimo. Czujniki Medtronic wyposażone są natomiast w kabel o długości 90 cm. Dłuższy kabel jest lepszym rozwiązaniem, dlatego że umożliwia większą swobodę pacjentowi i ułatwia pracę personelu. Wymaganie płaskiego kabla preferuje producenta sprzętu Masimo. W powyższym świetle jedyne co gwarantuje dostarczenie takiego kabla, to bezpodstawne ograniczenie konkurencji.
25. Podobna sytuacja występuje w zakresie Czujnika Masimo RD SET TRAUMA. Zamawiający w Formularzu Cenowym wskazał, że czujnik ma być przeznaczony dla niemowląt i dzieci o wadze 3-30 kg. Jedynie ten wyspecjalizowany czujnik Masimo posiada takie parametry.
26. Należy jednak zauważyć, że Medtronic dysponuje i zamierza zaoferować w ramach umowy kompletną ofertę czujników obejmującą wszystkie przedziały wagowe dla wszystkich pacjentów. W zakresie tego konkretnego czujnika nie ma potrzeby przestawiania urządzenia na wyższą czułość, ponieważ urządzenia w technologii Medtronic pracują cały czas na najwyższej czułości. Zmiana zakresu wagowego zgodnie z wnioskiem odwołania w żaden sposób nie ograniczy w związku z powyższym monitorowania pacjentów, lecz może przyczynić się do zwiększenia konkurencji w postępowaniu.
27. W przypadku czujnika Masimo RD SET DCI, typu klips na palec > 30kg, wielorazowy (lub równoważnego) oraz czujnika w technologii Masimo RD SET DCIP typu klips na palec 1050 kg, wielorazowy (lub równoważnego) ograniczenie konkurencji w zakresie wagowym jest nieuzasadnione, gdyż podobnie jak w przypadku Czujnika Masimo RD SET TRAUMA, Medtronic dysponuje i zamierza zaoferować w ramach umowy kompletną ofertę czujników obejmującą wszystkie przedziały wagowe dla wszystkich pacjentów. Zmiana zakresu wagowego zgodnie z wnioskiem odwołania nie ograniczy w związku z powyższym monitorowania pacjentów w żaden sposób, lecz może przyczynić się do zwiększenia konkurencji w postępowaniu.
28. Odwołujący stwierdza również, że w przypadku czujnika Masimo RD SET TRAUMA NEWBORN NEO lub równoważnego, przestawianie tego czujnika na wyższą czułość jest wymagane tylko w technologii Masimo. Urządzenia producentów innych niż Masimo, w tym urządzenia Medtronic przez cały czas pracują bowiem na najwyższej czułości przez co zapewniają wysoką jakość pomiaru we wszystkich typach czujników.
29. Sytuacja dotycząca faworyzowania Masimo i eliminowania innych wykonawców powtarza się także w zakresie dzierżawy oraz rozważanej możliwości przeniesienia własności urządzeń.
30. Zamawiający zażądał pulsoksymetrów w technologii MASIMO SET lub równoważnych, m.in. z dodatkowym oprogramowaniem do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI oraz o wadze urządzenia 0,54 kg. Ponownie zauważyć należy, że takie cechy produktu odpowiadają jedynie sprzętowi Masimo.
31. Powyższe żądanie realnie ogranicza dostęp do zamówienia innym wykonawcom. W celu umożliwienia dostarczenia urządzeń przez szersze grono wykonawców, a tym samym zagwarantowania sobie możliwości zakupu urządzeń w konkurencyjnej cenie i w lepszej jakości, Zamawiający nie powinien był wymagać urządzeń z dodatkowym oprogramowaniem do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI i dopuścić urządzenia o wadze do 1,5 kg.
32. Warto w tym kontekście wskazać, że złotym standardem pomiaru poziomu hemoglobiny pacjenta jest morfologia. Dostępna jest ona dla każdego szpitala, a tym samym bardziej uniwersalna. Powszechnym standardem oceny poziomu nawodnienia PVI jest natomiast m.in. morfologia krwi / hematokryt oraz kliniczna ocena pacjenta w kierunku odwodnienia.
33. Wymagane parametry SpHb i PV obarczone są dużym poziomem błędu i w praktyce klinicyści nie mogą się na nich opierać, a więc i tak muszą wykonywać rutynowo morfologię i ocenę kliniczną. W praktyce klinicznej w

Polsce, oddziały szpitalne posiadające urządzenia wyposażone w wymagane w omawianej pozycji oprogramowanie nie używają go, ponieważ granica błędu mierzonych parametrów jest nieakceptowalna na co wskazują badania naukowe. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że koszty akcesoriów zużywalnych niezbędnych do mierzenia wymaganych SpHb i PVI są zbyt duże i nadmiernie obarczają budżety szpitalne.

34. Moduł do pomiaru oksymetrii regionalnej do platformy monitorującej w technologii MASIMO SET lub równoważny jest przede wszystkim dostosowany do technologii, w jakiej działa wskazana platforma, a więc technologii Masimo. Zamawiający rezygnuje w ten sposób bezzasadnie z urządzeń, które mogłyby przynieść mu więcej korzyści i jednocześnie zredukować koszty. Istotnie wpływa to na poziom konkurencji w Postępowaniu. Dopuszczenie modułu do pomiaru oksymetrii regionalnej w postaci monitora Invos7100, a tym samym najwyższego standardu zapewnionego przez światowego lidera w monitorowaniu oksymetrii regionalnej, zapewniłoby najwyższą jakość monitorowania przy równoczesnej redukcji kosztów.
35. Podobna sytuacja występuje w przypadku modułu do pomiaru EEG SEDLine w technologii Masimo SET lub równoważnego. Wniosek w tym zakresie jest więc całkowicie uzasadniony.
36. W przypadku pulsoksymetrów stacjonarno - transportowych w technologii MASIMO SET lub równoważnych, opis przedmiotu zamówienia preferuje urządzenia Masimo. Wymagane parametry wskazują na sprzęt Masimo, podczas gdy w ofercie innych wykonawców znajdują się urządzenia przynajmniej równie dobre, lecz różniące się na przykład bardzo nieznacznie kryterium wagi. Kryterium to w żaden sposób nie wpływa na użyteczność urządzenia, na komfort jego użytkowania lub na jakość wyników. Tak nieznaczne kryterium wagowe nie może wpływać też na obciążenia dla użytkowników czy dla pacjentów. Wniosek w tym zakresie również jest więc uzasadniony.
37. Ostatnimi z wymaganych pulsoksymetrów w zakresie dzierżawy i przeniesienia ich własności po zakończeniu dzierżawy są pulsoksymetry stacjonarno - transportowe, w technologii MASIMO SET lub równoważne. W zakresie tych urządzeń OPZ został bezpodstawnie dostosowany do asortymentu Masimo.
38. Istotnym jest, że te pulsoksymetry i tak powinny być zgodnie ze wszelkimi proceduralnymi wytycznymi podłączone do zasilania. Nie ma więc potrzeby, by czas pracy baterii wynosił 24h. Co jednak bardziej istotne, parametry PVI oraz RRp posiada wyłącznie jeden producent – Masimo. Wymagane parametry PVI oraz RRp obarczone są dużą granicą błędu, znacznie odbiegającą od przyjętych standardów. W związku z tym, zamiast PVI konieczne jest wykonywanie morfologii krwi oraz ocena kliniczna pacjenta. Zamiast RRp konieczny jest pomiar częstości oddechu na respiratorze lub etCO2 na monitorze. Są to złote standardy, których stosowanie jest koniecznością. Wymaganie PVI oraz RRp ma w tym świetle na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji i uniemożliwienie innym potencjalnym oferentom startu w Pakiecie nr 1. Uwzględnienie wniosku Odwołania jest uzasadnione, ponieważ w ten sposób zagwarantowana zostanie odpowiednia konkurencja, co przełoży się na zaoferowanie najlepszych dostępnych na rynku technologii oraz korzystniejszych cen.
39. Niezwykle istotnym w powyższym kontekście jest jakość badań. Z ubolewaniem należy przyjąć fakt, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, który w dodatku ma służyć noworodkom i małym dzieciom i uznał, że jest to jego uzasadniona potrzeba bez prawidłowego rozeznania się co do rzeczywistej skuteczności sprzętu Masimo. Przykładowo, w badaniu naukowców z University of Southampton wykazano, że pulsyksometry w technologii Masimo SET przeszacowują pomiary w trudnych sytuacjach klinicznych. Badanie dotyczy m.in. pomiaru oksyhemoglobiny (SpO2), a więc czynnika, którego w wymaganym sprzęcie oczekuje Zamawiający. Odwołujący przedstawił tłumaczenie z wynikami badania oraz link do całego badania wraz z informacją o metodologii oraz opisem zbadanych przypadków.
40. Trudno w powyższym kontekście przyjąć, że pulsoksymetry Masimo lub nawet równoważne, lecz posiadające wyznaczone przez Zamawiającego parametry mogą stanowić jego uzasadnioną potrzebę. Zamawiający jest wszak szpitalem i musi zadbać o zachowanie najwyższych i najważniejszych dla człowieka wartości. Nie może więc wymagać od wykonawców sprzętu z parametrami, które są w tych kwestiach ewidentnie zawodne.
41. Słusznie w związku z tym orzekł NSA w wyroku z 8.05.2014 r., II GSK 249/13, wskazując, że „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego”.
42. Ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu prowadzi bowiem do możliwości zaoferowania jedynie urządzeń Masimo. W tym zakresie Zamawiający zamierza uznać dodatkowo ich wyposażenie w postaci słabych parametrów, których żąda w OPZ. Tym samym Zamawiający eliminuje konkurencje, podczas gdy urządzenia innych firm w praktyce klinicznej sprawdzają się lepiej.
43. Wobec powyższego warto przytoczyć również przykład o charakterze porównawczym. Jak wynika z jednego z najnowszych badań (2021) dotyczących pulsoksymetrów, technologia Masimo w porównaniu do Nellcor

prezentowała duży odsetek fałszywych wyników. Bardzo istotnym jest, że badanie przeprowadzono z udziałem noworodków, wykorzystując w nim pomiar EKG, który jest złotym standardem badawczym w zakresie badania pracy serca. Odwołujący przedstawił tłumaczenie z wynikami badania oraz link do całego badania wraz z informacją o metodologii oraz opisem zbadanych przypadków.

44. Powyższe pokazuje jak ważne jest zapewnienie odpowiedniej konkurencji w przetargu na urządzenia, które następnie będą używane w szpitalu.
45. Nie należy również pominąć wymagań Zamawiającego dotyczących Modułu IntelliVue lub równoważnego. Do monitorów Philips w technologii saturacji Masimo SET lub równoważnej zażądano w komplecie kabla saturacji pacjenta - RD rainbow SET lub równoważnej***. Wymagany kabel jest niestety dedykowany do technologii Rainbow, którą posiada wyłącznie jeden producent – Masimo. Moduły innych producentów posiadają własne kable dedykowane do ich technologii, lecz zwalidowane i współpracujące z monitorami IntelliVue Philips. Wymóg ten jest więc bezcelowy, chyba że Zamawiający intencjonalnie zmierza do ograniczenia konkurencji do Masimo lub jego dystrybutora. Zmiana wymagań Zamawiającego umożliwi złożenie konkurencyjnych ofert innym producentom niż Masimo, co pozwoli na wybór najlepszych dostępnych na rynku urządzeń.
46. Powyższe jest przykładem jawnej dyskryminacji pozostałych wykonawców. Utrudnianie konkurencji nie jest bowiem w omawianym przypadku w żadnym stopniu uzasadnione. Teza ta znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Izby. Na przykład w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 444/16 stwierdzono, że „*Podnieść bowiem należy, że ograniczenie konkurencji może mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający poprzez swój opis przedmiotu zamówienia preferuje jednego producenta, a sprzęt może być dostarczany przez wielu pośredników, przedstawicieli, dystrybutorów. W tym przypadku zamawiający musiałby w sposób bardzo szczegółowy określić i wyjaśnić swoje preferencje, które musiałyby być oparte o szczegółowe wymagania czy też wytyczne*".
47. Podsumowując, nie sposób stwierdzić, że parametry wymagane przez Zamawiającego, jednocześnie dotyczące w znaczącej części materiałów eksploatacyjnych i urządzeń produkowanych jedynie przez Masimo, można uznać za proporcjonalne do celów Zamawiającego.
48. Dodatkowo, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył zasady uczciwej konkurencji poprzez znaczące uprzywilejowanie Masimo i jednocześnie dopuścił się dyskryminacji, a nawet wyeliminowania pozostałych wykonawców. W tym kontekście nawet kryteria równoważności opisano w sposób nieuzasadniony.
49. Powyższe twierdzenia zostały co najmniej uprawdopodobnione, a nawet wykazane i poparte dowodami. Należy przy tym zauważyć, że dla stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczające jest właśnie uprawdopodobnienie. Wielokrotnie potwierdzała to Krajowa Izba Odwoławcza, na przykład w wyroku z dnia 24 marca 2023 r. wskazano, że „*Dla wykazania naruszenia art. 99 ust. 4 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia. Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 p.z.p., jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach*".
50. Powyższe potwierdziła też Izba w wyroku z 14 lutego 2022 r., KIO 248/22, w którym wskazała, że „*W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 PZP wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji".*
51. W związku z powyższym, Odwołujący z całą pewnością uprawdopodobnił, że w niniejszym Postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia doszło do utrudnienia konkurencji.

II. Zarzut oznaczony nr 2 - art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp

52. Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przy opisywaniu przedmiotu zamówienia także poprzez brak dokonania dalej idącego podziału zamówienia na części, czego konsekwencją jest faktyczne wyeliminowanie z Postępowania wykonawców innych niż Masimo.
53. Choć Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części (pakiet nr 1 i pakiet nr 2), to w ramach pakietu nr 1 doszło do niemającego obiektywnego uzasadnienia zagregowania szeregu pozycji tylko po to, aby poprzez zawarcie w jednym pakiecie obok dużych ilości sprzętu jednego rodzaju (np. pozycji zawierającej 11 000 sztuk urządzeń jednego typu) również mniejszych ilości bardzo specyficznych urządzeń oferowanych wyłącznie przez Masimo (przykładowo pozycji przewidującej jedynie 20 sztuk urządzeń wykorzystujących technologię Rainbow wykonawcy Masimo) uniemożliwić innym wykonawcom złożenie oferty w zakresie pakietu nr 1 – i to nawet jeśli

byliby w stanie zaoferować urządzenia zamawiane w największej ilości.

54. Odwołujący nie kwestionuje faktu, że Zamawiający co do zasady ma prawo samodzielnie decydować zarówno o tym, jaki sprzęt zamawia, jak również o tym, czy dokona podziału zamówienia na części.
55. Powyższe nie zmienia jednak w żadnej mierze wymogów dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia przez zamawiających, określonych w art. 99 ustawy Pzp, które każdorazowo muszą zostać spełnione. Obowiązkiem Zamawiającego zawsze pozostaje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, co jednoznacznie wynika z treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.
56. W tym kontekście w orzecznictwie wskazuje się, że sztuczne zagregowanie dostaw o różnym przedmiocie może stanowić opisanie przedmiotu zamówienia naruszające zasadę zachowania uczciwej konkurencji.
57. Powyższe wprost potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2441/12, w którym Izba wskazała, że: „*Co do zasady należy zgodzić się, że w konkretnej sytuacji faktycznej, połączenie różnego rodzaju przedmiotu dostawy w jedno zadanie (część, pakiet) może stanowić przejaw dyskryminującego* opisu *przedmiotu* zamówienia. *Jak wskazano w orzecznictwie, narusza zasadę uczciwej konkurencji przy* opisie *przedmiotu* zamówienia *np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób,* który *z* góry *eliminuje z postępowania dostawców leków nie związanych umowami z jedynym* producentem *jednego z leków, zawartego w pakiecie*".
58. Podobne wnioski można wywieść również z nowszego orzecznictwa, w tym chociażby z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2223/20, w którego uzasadnieniu wyrażono następujący pogląd: „*Izba w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców*".
59. Przechodząc na grunt stanu faktycznego tej sprawy Odwołujący wskazuje, że wyodrębnione w osobną część zamówienia przede wszystkim powinny zostać pozycje nr 10-12 cz. I. pakietu nr 1, w których Zmawiający wymaga czujników w technologii Rainbow, którą może zaoferować tylko jeden producent – Masimo.
60. W przypadku czujników Masimo Rainbow SET, dla których kryteria równoważności opisano jako technologię wykorzystującą więcej niż 7 długości fal światła, zapewniającą możliwość nieinwazyjnego, ciągłego pomiaru parametrów takich jak methemoglobina, czy całkowita hemoglobina, <u>należy stanowczo podkreślić, że sprzęt o takich parametrach produkuje tylko</u> <u>jeden producent – Masimo</u>. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych ma w istocie charakter pozorny, gdyż i tak żaden inny wykonawca nie będzie w stanie spełnić wymagań Zamawiającego.
61. Wymóg zaoferowania takich czujników ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom złożenia ważnych ofert w pakiecie nr 1. W całym wspomnianym pakiecie Zamawiający wymaga zaoferowania ponad <u>23,000 sztuk czujników</u>, natomiast wymóg zaoferowania czujników w technologii Rainbow w poz. 10-12 <u>dotyczy zaledwie 60 sztuk czujników.</u> Poprzez zażądanie tak zróżnicowanego wolumenu czujników w różnych technologiach, biorąc również pod uwagę zdecydowanie nieproporcjonalną liczbę czujników w technologii Rainbow, których ujęcie w ofercie przez wykonawców takich jak Medtronic jest niemożliwe, Zamawiający bezpodstawnie ogranicza konkurencję i *de facto* uniemożliwia start innym niż Masimo wykonawcom w całym Pakiecie.
62. Należy także dodać, że złotym standardem pomiaru SpO2, SpHb, SpMET jest gazometria dostępna dla wszystkich szpitali. Pomiar SpO2, SpHb, SpMET w techologii Rainbow obarczony jest natomiast dużym błędem. Stosowanie gazometrii jest stąd wciąż konieczne u każdego pacjenta, co czyni omawiany wymóg OPZ nieuzasadnionym.

63. W tym zakresie należy powołać publikację z 2021 r. dostępną pod linkiem z której wynika, że technologia Masimo RAINBOW pomiaru hemoglobiny całkowitej przekracza dopuszczalny zakres błędu i nie może wspomagać decyzji terapeutycznych (Odwołujący przedstawił fragment tłumaczenia tej publikacji).
64. Odnosząc się natomiast do mankietów jednopacjentowych i neonatologicznych SunTech, Zamawiający nie sprecyzował dodatkowych kryteriów równoważności. Dopuszczono więc urządzenia odpowiadające jakościowo mankietom SunTech. Urządzenia te zapewniają jednak Zamawiającemu pomiar NIBP. Należy w tej kwestii zwrócić uwagę, że wymaganie <u>urządzenia z pomiarem NIBP w kombinacji z innymi unikalnymi parametrami, które jest w</u> <u>stanie zaoferować jedynie Masimo, ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji.</u>
65. W kontekście materiałów eksploatacyjnych należy również zwrócić uwagę na określenie wymagań w zakresie kabli saturacji oraz kabla pacjenta RD SET. Należy zauważyć, że OPZ w powyższym zakresie ponownie sformułowano w sposób korzystny jedynie dla Masimo.

Wymagane kable saturacji są elementem wyłącznie technologii Masimo. Takie kable w porównaniu z ofertą rynkową innych podmiotów, w tym także Medtronic, zupełnie niepotrzebnie zwiększają koszy stosowania technologii Masimo. Inne, lecz równie korzystne i efektywne technologie pulsoksymetryczne nie wymagają zastosowania dodatkowych, drogich kabli. Umożliwia to redukcję kosztów przy równoczesnym zachowaniu najwyższych standardów monitorowania. W tym zakresie wymaganie Zamawiającego jest więc zupełnie nieuzasadnione i prowadzi jedynie do zwiększenia kosztów i obniżenia konkurencji.

66. Z uwagi na wszystkie powyższe uwarunkowania, w osobny pakiet powinny zostać wyodrębnione również urządzenia opisane w pozycjach nr 17-29 cz. I pakietu nr 1, co umożliwi złożenie ważnych ofert na te pozycje także innym wykonawcom, co zwiększy konkurencję w Postępowaniu.
67. Odwołujący podnosi ponadto, że w osobną część zamówienia powinny zostać wyodrębnione pozycje nr 4 oraz 9-12 cz. II i III pakietu nr 1. Za takim ukształtowaniem opisu przedmiotu zamówienia przemawiają podobne względy.
68. Należy bowiem podnieść, że platforma wymagana w poz. 4 jest elementem wyłącznie jednej technologii – oferowanej przez wykonawcę Masimo. Wymaganie jej zastosowania wyłącznie ogranicza konkurencje na skutek uniemożliwienia złożenia ważnych ofert innym wykonawcom. Technologie oferowane przez innych wykonawców nie wymagają dodatkowej platformy monitorującej.
69. Z kolei w przypadku pozycji nr 9-12 cz. II i III pakietu nr 1, wymaganie NIBP w kombinacji z innymi unikalnymi parametrami Masimo po raz kolejny stanowi jedynie niezasadne ograniczenie konkurencji, które nie znajduje obiektywnego uzasadnienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 14 maja 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Stanowisko zajęte w sprawie Zamawiający uzasadnił w szczególności w następujący sposób:

Żaden z zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na dozwolone prawem i uzasadnione rzeczywistymi a nadto słusznymi potrzebami Zamawiającego ograniczenie konkurencji z uwagi na posiadane już wyposażenie firmy Massimo, ale przede wszystkim dbałością o jakość i bezpieczeństwo udzielanych pacjentom świadczeń opieki zdrowotnej z wykorzystaniem sprawdzających się urządzeń medycznych i to nie tylko w opinii użytkowników, personelu medycznego Zamawiającego, ale i obiektywnych ocen z zakresu opieki neonatologicznej i kardiochirurgicznej dzieci.

Zamawiający jest instytutem badawczym w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych, prowadzi działalność naukowo-badawczą, a także jest podmiotem leczniczym w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej prowadząc jednocześnie działalność leczniczą. Zamawiający nie jest jednak typową placówką ochrony zdrowia na mapie kraju, co jest informacją powszechną.

Jest to jednostka naukowa, do której podstawowych obowiązków wg statutu należy *prowadzenie badan naukowych i prac rozwojowych w zakresie nauk medycznych, przystosowanie wyników badan naukowych i prac rozwojowych do potrzeb praktyki, wdrażanie wyników badań i prac rozwojowych* oraz *uczestniczenie w systemie ochrony zdrowia poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych w szczególności świadczeń profilaktycznych, diagnostycznych oraz leczniczych szpitalnych o ambulatoryjnych*. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 2 pkt 9 ustawy o zasadach finansowania nauki, instytut badawczy, jest obok podstawowych jednostek organizacyjnych uczelni oraz jednostek naukowych Polskiej Akademii Nauk, definiowany jako jednostka naukowa. Zakresem badań naukowych Zamawiającego objęta jest ochrona zdrowia i zdrowie pacjentów.

W ICZMP w latach 2015 – 2020 przeprowadzono ponad 50 projektów B+R, realizowanych we współpracy m.in. z Narodowym Centrum Nauki, Narodowym Centrum Badań i Rozwoju, Narodową Agencja Wymiany Akademickiej. Instytut jest także ważnym ośrodkiem prowadzącym badania kliniczne. Co roku ok. 50 nowych badań klinicznych jest realizowanych w ICZMP. Wartym podkreślenia jest, iż właśnie prowadzenie badań klinicznych, w takich jak Zamawiający ośrodkach, umożliwia postęp nauki i wprowadzanie do powszechnego użycia nowych form i sposobów leczenia. Sprawne przeprowadzenie badań klinicznych umożliwia szybsze wprowadzenie nowych form procesów leczniczych do powszechnego wykorzystania dla pacjentów.

Instytut jest niezwykle istotnym elementem państwowego systemu ochrony zdrowia jako podmiot leczniczy o najwyższym, trzecim poziomie referencyjności. Jest jednym z trzech największych a wysokospecjalistycznych świadczeniodawców w kraju w zakresie kompleksowej opieki nad kobietą i dzieckiem w tym w szczególności m.in. kardiochirurgii dziecięcej, kardiologii dziecięcej, neonatologii, neurochirurgii, hospitalizacji pediatrycznej. Jako podmiot leczniczy, utworzony przez dwa kompleksy szpitalne: ginekologiczno-położniczy i pediatryczny prowadzi działalność naukową i leczniczą w 20 klinikach, w których znajdują się 813 łóżek (wg. stanu na dzień 30.04.2020 r.), w tym 153 łóżka neonatologiczne oraz posiada 5 zakładów diagnostycznych.

Istotnym elementem funkcjonowania Zamawiającego i świadczonych przez niego małym pacjentom świadczeń opieki zdrowotnej są dwie wysokospecjalistyczne i unikalne w skarli nie tylko kraju, ale i Europy Kliniki Neonatologiczne:Klinika Neonatologii, Patologii i Intensywnej Terapii Noworodka, specjalizująca się w ratowaniu noworodków urodzonych przedwcześnie z bardzo małą (< 1500g) i ekstremalnie małą (< 1000g) urodzeniową masą ciała oraz Klinika Intensywnej Terapii i Wad Wrodzonych Noworodków i Niemowląt specjalizująca się w diagnostyce i leczeniu noworodków z wadami wrodzonymi, które nie są w stanie samodzielnie oddychać i wymagają wsparcia, a także maluchom, które urodziły się znacznie przed wyznaczonym terminem porodu. Dodatkowo równie szczególna jest Klinika Kardiochirurgii dla dzieci, której celem jest operowanie dzieci ze wszystkimi wrodzonymi wadami serca.

Dowód:

https://www.iczmp.edu.pl/klinika-kardiochirurgii/

W tych Klinikach ratuje się życie najmniejszych i najbardziej wymagających noworodków. W tych Klinikach prowadzi się też eksperymentalne i unikalne procesy diagnostyczne i lecznicze czy to w formie badań klinicznych czy naukowych, wyjątkowe, bo właśnie dotyczące sytuacji niezwykłych, nieopisanych istniejącymi procedurami medycznymi lub poza wskazaniami (*off label*) w ekstremalnych stanach małych dzieci lub noworodków. W tych Klinikach ze względu właśnie na stan najmniejszych pacjentów podejmuje się próby leczenia w przypadkach obiektywnie i potocznie uznawanych za *„niemożliwe do leczenia".* Urządzenia zatem wykorzystywane do leczenia takich przypadków musi być również nadzwyczaj dokładne, umożliwiające zaobserwowanie zmian parametrów badanych w tak małych i delikatnych organizmach. Znaczenie zatem ma czułość pomiarów, minimalne granice działania (stąd niska perfuzja 0,02%, stąd niskie zakresy wagowe pacjentów itd.).

Dowód:

„Cud narodzin w Łodzi. Brawo dla lekarzy z ICZMP" (por. Fakt 18.05.2018)

„Gdzie przebiega wąska granica między próbą leczenia a uporczywą terapią?" (por. Forsal.pl

07.01.2023)

„Wady letalne: "Granica jest tam, gdzie terapia staje się męczeniem dziecka, a nie

ratowaniem" [WYWIAD] (por. serwisy gazeta prawna 05.01.2023)

„Czworaczki z Łodzi wychodzą ze szpitala. Ale nie wszystkie. Co się stało?" (por. Fakt

30.03.2023)

„Cud? Lekarze z Matki-Polki zwyciężyli w walce o życie noworodka z częstoskurczem" (por. Termedia)

„Łódź: ICZMP mógłby ratować noworodki z niewydolnością oddechową z całej Polski, ale..."

(por. Rynek Zdrowia 12.10.2018)

„Lekarze z Matki Polki uratowali wcześniaka ważącego 400 gramów" (por. Lodz Nasze Miasto 10.11.2010)

„Ciąża w chorobie terminalnej – nowe wyzwania bioetyczne" (por. Polityka 10.07.2018)

„ICZMP w Łodzi: wyjątkowy zabieg u 8-latka z uogólnioną zakrzepicą żylną" (por. Rynek

Zdrowia, 06.02.2020)

„Lekarze z Niemiec odmówili. Więc operację zrobił profesor z ICZMP. "Ocalił naszego Alana"

(por. Gazeta Wyborcza 07.02.2020)

„W ICZMP uratują jeszcze więcej dzieci. Ten sprzęt wykryje wady ich serca, gdy są jeszcze w brzuchu mamy" (por. Gazeta Wyborcza 19.12.2018)

„M. ma jedyne takie serce na świecie. Tylko w Łodzi odważyli się go operować" (Por.

Fakt 06.03.2023)

Przedmiot zamówienia jest bezpośrednio i wprost związany z pacjentami tych wskazywanych powyżej dwóch Klinik Neonatologicznych oraz Kliniki Kardiochirurgii dla dzieci.

Przedmiot zamówienia nie jest przeznaczony dla nowonarodzonych dzieci z porodów naturalnych lub niezagrożonych a jest właśnie przeznaczony dla noworodków obarczonych wadami, wcześniakami – pacjentów tych dwóch Klinik Neonatologicznych oraz Kliniki Kardiochirurgicznej, czyli dla dzieci z wadami serca, których niejednokrotnie nie leczy się w Europie. Kliniki te specjalizują się w ratowaniu życia i zdrowia noworodków i dzieci nieprzystosowanych naturalnie i

samodzielnie do życia. Ratowanie życia, bo w tych przypadkach nie można nawet mówić o ratowaniu samego zdrowia, tych najmniejszych i najbardziej bezbronnych jest główną potrzebą niniejszego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący w treści sformułowanego zarzutu wskazuje, iż wyłącznie jego zdaniem Zamawiający ogranicza uczciwą konkurencję wymagając w SWZ współdziałania zamawianych produktów z już posiadanym wyposażeniem i urządzeniami medycznymi, które są stosowane w Klinikach i które mają potwierdzoną skuteczność, przy czym Zamawiający dopuszcza zgodnie z wymogami ustawy Pzp nie tylko, jak wskazano w odwołaniu produkty jednej firmy, ale w ramach równoważności wszystkie inne produkty spełniające minimalne wymogi techniczne, wynikające z praktyki klinicznej, doświadczeń operatorów oraz wyników prowadzonych projektów naukowo badawczych.

Trudno obiektywnie podzielić tak sformułowany zarzut. Przedmiotem postępowania jest dostawa materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą urządzeń medycznych. Wyodrębnionych podrodzajowo, ale i kompleksowo. Zamawiający przewidział cechy dostaw opisane w tabeli wraz z innymi twierdzeniami właściwymi dla poszczególnych parametrów istotnych z punktu oceny użytkowania i bezpieczeństwa pacjentów. Zamawiający opisał produkty dostaw przez podanie cech, które dodatkowo zagwarantują najlepszą jakość. Wymóg żądania produktów jak najlepszej jakości jest uzasadniony charakterem zamówienia, który jest niezbędny do osiągnięcia opisanego celu w stopniu jak najwyższym. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia, uwzględniając swoje potrzeby, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku.

„Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście, zaś o złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia." (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r. KIO 1087/23).

Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający niezasadnie wymaga parametru równoważności technologii ekstrakcji sygnału pozwalającej na pomiar saturacji u pacjentów w ruchu oraz w warunkach niskiej perfuzji od 0,02%, podczas gdy oczywistym jest (w kontekście treści odwołania), iż Odwołujący chciałby dopuszczenia produktu o parametrach niższych tj. perfuzji 0,03%, czyli gorszych, mniej bezpiecznych, reagujących w mniejszym przedziale użytkowania. Im niższa perfuzja tym większy zakres działania urządzenia. Im niższa perfuzja tym bardziej dokładny jest odczyt, wynik – niejednokrotnie wpływający na możliwości ratowania życia. Pomiar saturacji w warunkach niskiej perfuzji ma znaczenie u ciężkich pacjentów, a takimi są prawie wyłącznie w tych Klinikach, zmniejsza ilość przeoczeń prawdziwych alarmów, ilość fałszywych alarmów oraz stopień wykrytych bradykardii.

Podobnie Odwołujący chciałby dopuszczenia kabla o długości 90 cm – czyli takiego jaki on posiada, i do tego o innym, niepłaskim przekroju, podczas gdy równie oczywistym jest fakt, że dłuższe, ponad miarę potrzeby kable mogą tylko ograniczać i przeszkadzać w opiece nad noworodkiem.

Im mniej kabli tym bezpieczniejsze jest ich użytkowanie. Im kable są krótsze tym bezpieczniejsze jest ich użytkowanie. Wartym przy tym wyobrazić sobie wielkość tak małego pacjenta, w porównaniu do 90 cm. Potrzebą Zamawiającego jest ograniczanie ilości i długości kabli a także ilości samych urządzeń.

Urządzenia wielofunkcyjne są lepsze, bezpieczniejsze, dają możliwość dostępu do noworodka. Objęte postępowaniem wyposażenie jest dedykowane właśnie do urządzeń wielofunkcyjnych.

Płaski kabel jest bardziej atraumatyczny dla noworodka, kabel 90cm jest za długi, nie ma miejsca na przechowywanie go np. w inkubatorze transportowym.

Dodatkowo, co istotne dla tych pacjentów (słabych organizmów) rodzaj i długość kabla wpływają na dokładność pomiaru na poziomie 1,5 % co ma znaczenie szczególnie u pacjentów hemodynamicznie zaburzonych, w stanie bardzo ciężkim oraz podczas wykonywania ruchów co jest ważne u pacjentów neonatologicznych.

Dla zobrazowania ilości kabli, podłączeń i miejsca przy noworodku Zamawiający załącza zdjęcia pisemne stanowisko Z-cy kierownika Kliniki Intensywnej Terapii i Wad Wrodzonych Noworodków i Niemowląt oraz Pielęgniarki Oddziałowej tej Kliniki, które też są członkami komisji przetargowej.

<u>Dowód:</u> pismo z 07.05.2024 za-cy kierownika oraz pielęgniarki oddziałowej Kliniki Intensywnej Terapii i Wad Wrodzonych Noworodków i Niemowląt wraz ze zdjęciami

Podobnie Odwołujący chciałby dopuszczenia w miejsce wykorzystywanych w Klinikach Czujników Masimo RD SET TRAUMA i w ramach równoważności,czujników bez konieczności przestawiania urządzenia na wyższą czułość. (poz. 6, 16, Pakiet 1) To wręcz zaprzeczenie potrzeb Zamawiającego, potrzeba małych pacjentów, w których stan kliniczny wymaga możliwości zastosowania monitorowania wysokiej czułości.

Odwołujący chciałby również dopuszczenia w ramach równoważności *materiałów eksploatacyjne - czujniki, mankiety i do pomiaru saturacji*" o innym zakresie dopuszczeń wagowych pacjentów, czyli nie tak jak kształtują się potrzeby Zamawiającego.

W poz. 13. Pakietu1: Zamawiający określił Czujnik Masimo RD SET DCI lub równoważny, typu klips na palec >30kg, wielorazowy, a Odwołujący chciałby zmienić parametry poprzez dopuszczenie zaoferowania czujnika <40 kg. Zmiana taka jest z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego niedopuszczalna, gdyż daje ograniczenie i uniemożliwia użycie u pacjentów powyżej 40kg (pacjentów kardiochirurgicznych).

Tak samo z poz. 14.: Czujnik w technologii Masimo RD SET DCIP lub równoważny, typu klips na palec 10-50 kg, wielorazowy, poprzez dopuszczenie zaoferowania czujnika 3-40 kg , co w obiektywny i oczywisty sposób ogranicza ich użycia i uniemożliwia zastosowanie u pacjentów powyżej 40kg (pacjentów kardiochirurgicznych).

Odwołujący chciałby, tożsamo (*Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji* ", *pkt II oraz pkt III, poz. 1 – 3)*w sposób pomijający potrzeby Zamawiającego wpłynąć na zmianę parametrów Pulsoksymetrów, poprzez dopuszczenie zaoferowania urządzenia bez dodatkowego oprogramowania do nieinwazyjnego pomiaru SpHb i PVI o wadze 1,5 kg Kliniki przyjmują pacjentów w szczególnie trudnym stanie klinicznym i proponowane przez Odwołującego zmniejszenie bezpieczeństwa skutkujące potencjalnym zwiększeniem ilości inwazyjnych procedur. Pomiar SpHb i wskaźnika PVI ma szczególne znaczenie u pacjentów w ciężkim stanie klinicznym z ryzykiem odwodnienia, zaburzeniami oddychania oraz zaburzeniami hematologicznymi.

Odwołujący chciałby również dopuszczenia w ramach równoważności *(Pakiet nr 1 pkt II oraz pkt III poz. 5)* w zakresie Modułu do pomiaru oksymetrii regionalnej do platformy monitorującej z pozycji nr 4 poprzez dopuszczenie zaoferowania odrębnego, dodatkowego modułu do pomiaru oksymetrii regionalnej w postaci monitora Invos7100. To także życzeniowość stanowiąca zaprzeczenie potrzeb Zamawiającego, gdyż dodatkowy monitor zajmuje dodatkowe miejsce, a opisana do dostawy platforma jest urządzeniem wielofunkcyjnym. Na łóżeczku noworodkowym jest bardzo mało miejsca, każde dodatkowe urządzenie ogranicza pole dostępu do pacjenta (nie jest dla niego korzystne i zmniejsza jego bezpieczeństwo.

Odwołujący chciałby, wyłącznie pod swoje produkty, dopuszczenia w ramach równoważności *(Pakiet nr 1 - Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable wraz z dzierżawą urządzeń do pomiaru saturacji ", pkt II oraz pkt III , poz. 6.),* w zakresie Modułu do pomiaru EEG SEDLine w technologii MASIMO SET lub równoważnego zaoferowania modułu EEG w postaci monitora BIS. Kolejny raz bezpieczeństwo pacjentów jest najważniejszą potrzebą Zamawiającego, gdyż oczekiwane Czujniki EEG Sedline jedyne i dopuszczone przez FDA już od 1.r.ż. oraz wyprofilowane tak, żeby można użyć je wraz z czujnikami do oksymetrii jednocześnie na czole pacjenta. Produkty, których dopuszczenia domaga się Odwołujący nie mają takiego dopuszczenia i takich właściwości zastosowania. Zamawiający podkreśla, iż dodatkowo ilość urządzeń i monitorów jest zaprzeczeniem potrzeb Zamawiającego. Potrzebą zamawiającego a w zasadzie małych pacjentów jest użytkowanie jak najmniejszej ilości urządzeń monitorujących czyli wielofunkcyjnych.

Odwołujący chciałby również dopuszczenia w ramach równoważności *(Pakiet nr 1, pkt II oraz pkt III poz. 7 i poz 8):*w zakresie Pulsoksymetru stacjonarno - transportowego dokonującego pomiar pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej zaoferowania pulsoksymetru stacjonarno-transportowego, z indeksem perfuzji w postaci graficznej, wadze 1,5 kg, kolorowym wyświetlaczem LCD obsługiwanym na panelu monitora. Zupełnie i kolejny raz Odwołujący pomija, iż tak zaproponowana technologia Nellcor nie odcina pulsu żylnego więc nie spełnia oczekiwanej potrzeby Zamawiającego w zakresie monitorowanie pacjenta transportowanego.

Odwołujący chciałby również dopuszczenia w ramach równoważności *(*Pakiet nr 1, pkt II oraz pkt III poz. 13 i poz. 14) w zakresie Pulsoksymetru stacjonarno - transportowy, dokonującego pomiaru pomimo ruchu i przy niskiej perfuzji dzięki eliminacji sygnału z krwi żylnej z wyświetlanymi parametrami: SPO2, częstość pulsu, indeks perfuzji w postaci cyfrowej, w czasie rzeczywistym, wykres krzywej pletyzmograficznej, dodatkowe parametry PVI - stopień nawodnienia pacjenta, RRp - liczba oddechów, akumulator typ litowo - jonowy, czas pracy na baterii - 24 h pełnego monitorowania w zestawie z kablem saturacji pacjenta, waga urządzenia 0,27 kg, w komplecie z kablem saturacji pacjenta, poprzez zaoferowania pulsoksymetru stacjonarno-transportowego z indeksem perfuzji w postaci graficznej, bez PVI i RRp, z czasem pracy na baterii - 10 h.

Ponownie Odwołujący pomija, iż tak zaproponowane zmiany ograniczają bezpieczeństwo, gdyż pomiar wskaźnika PVI

ma istotne znaczenie u pacjentów w ciężkim stanie klinicznym z ryzykiem odwodnienia, zaburzeniami oddychania oraz zaburzeniami hematologicznymi.

Zamawiający podkreśla, iż celem zamówienia jest osiągniecie jak najwyższego poziomu bezpieczeństwa pacjentów noworodkowych z ciężkimi wadami czy ekstremalnych wcześniaków lub dzieci z wadami serca.

Proporcjonalne zatem do celu postępowania jest co do zasady określenie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oczekiwanych warunków realizacji dostawy. Warunki określone odpowiadają uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Zamawiający wypełnił prawidłowo subsumpcję zarzucanego przez Odwołującego przepisu art. 99 ust. 1 pzp i wskazał, w sposób jednoznaczny, wprost wymagania minimalne wraz z ich równoważnością.

„1. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. 2. Nie narusza przepisów ustawy prawo zamówień publicznych sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na ryku w danej branży. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców…” (Por. Wyrok KIO z 2021-02-08, KIO 71/21).

Nawet zatem ograniczenie konkurencji jest uzasadnione w sytuacji obiektywnych i niedyskryminujących potrzeb zamawiającego ujawnionych w SWZ. Utrwalonym i bogatym jest orzecznictwo wskazujące, iż ograniczenie konkurencji samo w sobie jest dopuszczalne i wynika z charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile ograniczenie takie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Wypada jedynie przytoczyć kilka wybranych orzeczeń.

„Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia i opisując przedmiot zamówienia ma prawo do ustalenia wymagań, które w najlepszym stopniu spełnią jego oczekiwania. Dokonywany opis przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc, postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. A contrario nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nie proporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu. Jeżeli potrzeby zamawiającego mogą zostać zaspokojone poprzez zastosowanie środków mniej restrykcyjnych dla wykonawców i poszerzających dostęp do zamówienia, to środki te należy zastosować.” (Por. Wyrok KIO z 2021-06-14, KIO 1125/21).

„1. Jakkolwiek zamawiający zobowiązany jest respektować art. 99 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, to powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności. Nie narusza przepisów wskazanej ustawy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na ryku w danej branży. Podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2023 r. KIO 870/23).

„Wymaganie stawiane wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - także co do wymaganej równoważności, w mniejszym lub większym stopniu może eliminować z takiego postępowania wykonawców, którzy nie są w stanie spełnić tego wymagania. Jednakże każdy „proces przetargowy” polega w jakimś sensie na eliminacji wykonawców, którzy nie mogą spełnić obiektywnie uzasadnionego warunku w kontekście danego wymagania. Nie można z tego faktu wywodzić a' priori zakłócenia warunków uczciwej konkurencji, w tym zasad opisywania przedmiotu zamówienia w przypadku jednoznacznej, obiektywnej i uzasadnionej potrzeby Zamawiającego. Oczywiście w warunkach konkurencji nie zawsze jest możliwie wzięcie udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców działających w danej branży.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r. KIO 303/23).

„1. Granicą dopuszczalnych działań zamawiającego odnośnie określenia warunków udziału w postępowaniu jest zasad

uczciwej konkurencji, równego traktowania, jak i przejrzystości oraz proporcjonalności. W pierwszym wypadku zasada równego traktowania nie oznacza konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców na rynku, tzn. wszyscy powinni mieć równy dostęp do podstawowych informacji, ale nie oznacza to, że zamawiający działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem proporcjonalności przy ustalaniu warunków, gdy działania jego pozwalają na udział wszystkim podmiotom z rynku. Jeżeli nie wskazują na konkretny produkt lub wykonawcę, to nie narusza to uczciwej konkurencji. Istotne są także jego potrzeby związane z należytą realizacją zamówienia, ma bowiem dokonać wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Naturalnie odzwierciedlające minimalny poziom. Inaczej mówiąc zamawiający ma prawo ustalić warunki odnoszące się do przedmiotu zamówienia, stosownie do jego potrzeb, celem osiągnięcia oczekiwanego efektu, nawet jeśli skutkować to będzie niedopuszczeniem wszystkich uczestników rynku. Z kolei zasada proporcjonalności wiąże się z koniecznością osiągniecia celu, stosownie do niego istnieje konieczność sformułowania wymogu. Jednocześnie na odwołującym ciąży ciężar dowodu, tzn. argumentacji wskazującej, że wymóg oderwany jest od zasadniczego celu i docelowej inwestycji, jak również, że nie jest on konieczny do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostaje z nimi w dysproporcji. (Por. Wyrok z dnia 19 lipca 2021 r. KIO 1577/21).

W zakresie zarzutu zawartego pkt III ppkt 21-23 odwołania, gdzie Odwołujący wnosi o wydzielenie niektórych pozycji w osobną część zamówienia (do odrębnego pakietu) Zamawiający wskazuje, iż po pierwsze oczekiwane przez Zamawiającego materiały stanowią nierozerwalną część asortymentu, który jest ze sobą kompatybilny i ze względu na ciężki stan dzieci wiele z tych urządzeń jest stosowanych równocześnie bądź czasowo, a czujniki są jednopacjentowe i nie wymagają wymiany na czas monitorowania pacjenta. Zamawiający posiada i wykorzystuje kardiomonitory z funkcją masimo i sprzęt ten wymaga czujników uznanych za kompatybilne przez producenta pod rygorem utraty gwarancji.

"Materiały eksploatacyjne - czujniki, mankiety i kable do pomiaru saturacji" wszystko musi być kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego sprzętem.

"Dzierżawa urządzeń do pomiaru saturacji" w tej pozycji nie jest możliwe wydzielenie kolejnego urządzenia, ponieważ jest to integralna część do pozycji 1-3. Platforma, urządzenie wielofunkcyjne, pozwala na monitorowanie kilku parametrów w jednym czasie np. oksymetria regionalna, EEG, SpO, SpHb i jest zgodne z opisywanymi wcześniej słusznymi potrzebami Zamawiającego zmniejszania ilości urządzeń.

Po drugie, wykonanie żądanej czynności dalszego wydzielania nie jest możliwe na gruncie przepisów ustawy Pzp i możliwości technicznych Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej – Formularza Ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Odwołujący wnosi o dokonanie czynności niemożliwej do zrealizowania przez Zamawiającego.

Wydzielenie/ wyłączenie pozycji z Pakietu skutkuje koniecznością unieważnienia tej części postępowania, zgodnie z art. 256 ustawy Pzp, który stanowi, iż: „*Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione*" i art. 259 ustawy Pzp, który stanowi, iż: „*Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy art. 255-258.*", jednak Odwołujący nie wnioskuje w treści odwołania o unieważnienie Pakietu nr 1, dlatego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w odniesieniu do zarzutów określonych w pkt III ppkt 21-23.

Konieczność unieważnienia postępowania następuje w związku z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż: „*W przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.*" oraz art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, iż: „*W przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowania na podstawie art. 256.*"

O istotności zmian stanowi art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: „*Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności, jeżeli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy*."

Powyższe regulacje są odzwierciedleniem motywu 81 dyrektywy klasycznej - Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, który stanowi, iż: „Należy doprecyzować, że potrzeba zapewnienia wykonawcom czasu wystarczającego na sporządzenie dopuszczalnych ofert może spowodować konieczność wydłużenia pierwotnie ustalonych terminów. Tak byłoby w szczególności w przypadku wprowadzenia istotnych zmian w dokumentach zamówienia. Należy również uściślić, że w takiej sytuacji istotne zmiany należy rozumieć jako obejmujące zmiany, w szczególności w specyfikacjach technicznych, w odniesieniu do których wykonawcy potrzebowaliby dodatkowego czasu na ich zrozumienie i odpowiednią reakcję.

Należy jednak wyjaśnić, że zmiany te nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia."

Brak możliwości dokonania zmiany SWZ polegającej na wyłączeniu niektórych pozycji i utworzeniu odrębnego Pakietu potwierdza także fakt braku możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z Formularzem Ogłoszenia dodanie części w postepowaniu jest możliwe jedynie przed wszczęciem postępowania.

Po opublikowaniu ogłoszenia nie ma możliwości dodania części w ramach postępowania, a zmiany można dokonać jedynie w zakresie istniejących sekcji.

Na koniec wypada zwrócić uwagę, iż nie jest tak jak być może chciałby to Odwołujący przedstawiać, iż Zamawiający ogranicza konkurencję w sposób eliminujący tego Odwołującego. Zamawiający wykorzystuje również produkty oferowane przez Odwołującego i ma z nim zawarte umowy o udzielenie zamawiania publicznego.

Dowód: pismo z Apteki Szpitalnej

Umowa Odwołującego i Zamawiającego z dnia 15.01.2022

Umowa Odwołującego i Zamawiającego z dnia 04.02.2022 wraz z aneksem

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Promed S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący").

Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 15 maja 2024 r.

Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z art. 99 ust. 5 Pzp 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".

Zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w

ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowania na podstawie art. 256.

Zgodnie z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.

Zgodnie z art. 256 ustawy Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 259 ustawy Pzp jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy art. 255-258.

Zarzut nr 1

[zarzut naruszenia art. 99 ust. 2 i 4, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp]

Należy zaznaczyć, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest uzyskanie przez zamawiającego określonego świadczenia. Uczciwa konkurencja nie jest celem tego postępowania, lecz podstawową zasadą, którą winien kierować się zmawiający przeprowadzając postępowanie. Obowiązek stosowania tej zasady nie oznacza jednak konieczności rezygnowania przez zamawiającego ze świadczenia odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców. Przeciwnie, ograniczenie kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, o ile jest to podyktowane uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą stanowić podstawę ograniczenia konkurencji w postępowaniu nawet w takim stopniu, że wymagania zamawiającego będą spełniały określone produkty tylko jednego producenta. W niniejszej sprawie Izba uznała, że Zamawiający wykazał istnienie uzasadnionych potrzeb przemawiających za postawieniem wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, które zostały zaskarżone przez Odwołującego. Argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie Izba uznała za przekonywującą. W związku z tym nie będzie ona w tym miejscu powtarzana.

Z drugiej strony, należy zauważyć, że twierdzenia przedstawione przez Odwołującego na poparcie postawionych zarzutów, w przeważającym zakresie nie zostały przez Odwołującego udowodnione, czy nawet uprawdopodobnione. Odwołujący w nieznacznym zakresie wykazał się inicjatywą dowodową. Trzeba mieć na uwadze, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, których przedmiot ma istotne znaczenie dla życia i zdrowia człowieka, należy bardziej rygorystycznie podchodzić do spoczywającego na odwołującym ciężarze dowodu, niż w przypadku postępowań o innym przedmiocie zamówienia (np. postępowań na dostawę artykułów biurowych). Oczywiście nie oznacza to zwolnienia zamawiającego z obowiązku wykazania uzasadnionych potrzeb przemawiających za przyjęciem określonych rozwiązań. Jednakże w przypadku tego rodzaju postępowań nie sposób przyjąć, że dla uznania zasadności zarzutów wystarczające jest uprawdopodobnienie przez odwołującego możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji. Skoro od przedmiotu zamówienia zależy życie i zdrowie ludzkie, to odwołujący – który wniesionym odwołaniem zmierza do zmiany ustalonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia – winien postawione w tym zakresie zarzuty udowodnić ponad wszelką wątpliwość.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 1 podlega oddaleniu.

Zarzut nr 2

[zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp]

Za podlegający oddaleniu Izba uznała również zarzut nr 2. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że w okolicznościach faktycznych rozpoznanej sprawy wydzielenie wskazanych przez Odwołującego pozycji do odrębnej części zamówienia nie jest możliwe bez unieważnienia Pakietu nr 1. Taką zmianę należałoby zakwalifikować jako znacznie zmieniającą zakres zamówienia, o czym mowa w art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust. 7 ustawy Pzp. Jakkolwiek w ramach całego Postępowania przedmiot zamówienia pozostawałby niezmieniony, to znacznej zmianie uległby zakres części zamówienia – zgodnie z twierdzeniami Odwołującego dokonana zmiana w istotnym stopniu wpłynęłaby na krąg wykonawców mogących złożyć ofertę na wyodrębnione części zamówienia. Natomiast żądanie unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1, jak i zarzut zaniechania dokonania tej czynności, nie zostały przez Odwołującego postawione w odwołaniu. Wprawdzie Izba nie jest całkowicie związana żądaniami postawionymi w odwołaniu, jednakże

nie oznacza to możliwości nakazania zamawiającemu dokonania diametralnie innej czynności niż objęta żądaniem Odwołującego. Niezależnie od powyższego, za istotną okoliczność należy uznać również brak technicznej możliwości ogłoszenia takiej modyfikacji w ramach wszczętego już postępowania. Choć, jak słusznie zauważył Odwołujący, pierwszorzędne znaczenie mają przepisy prawa, to jednak Izba nie może nakazywać Zamawiającemu dokonania czynności niemożliwych do wykonania, gdyż uniemożliwiałoby to dalsze prowadzenie postępowania.

Należy jednak podkreślić, że nie jest dopuszczalne ograniczanie konkurencji poprzez nieuzasadnione łączenie w ramach jednego postępowania czy części zamówienia elementów przedmiotu zamówienia, które mogą zostać zrealizowane przez szerszy krąg wykonawców z elementami, które mogą zostać zrealizowane przez wąski krąg wykonawców. Prowadzi to do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych. W związku z powyższym, w ocenie składu orzekającego, niezależne od wydanego w niniejszej sprawie wyroku, Zamawiający powinien przeanalizować ustalony zakres zamówienia w ramach pakietu nr 1 pod kątem wystąpienia przesłanki unieważnienia tej części zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: