



ZAKŁAD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH przy Ministrze Zdrowia

Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa

Sekretariat: tel.: 22 883 35 12, fax: 22 883 35 13, Zespół ds. Kontraktów 22 883 36 32, 883 36 49

Zespół ds. Przetargów: tel. 22 883 36 08, 883 36 09, 883 35 53, tel./fax: 22 883 35 52

Zespół ds. Finansowo-Księgowych tel. 22 883 36 46

Warszawa, dnia 13.10.2017 r.

WYKONAWCY

ZZP.ZP.215/17.1003.17

DOT. POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W SPRAWIE DOSTAWY, INSTALACJI I URUCHOMIENIA
FABRYCZNIE NOWYCH RESPIRATORÓW; ZNAK SPRAWY : ZZP-215/17

ZAWIADOMIENIE O WNIESIONYM ODWOŁANIU

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia przesyła w załączeniu kopię odwołania spółki Dräger Polska z siedzibą w Bydgoszczy, które wpłynęło do siedziby zamawiającego drogą faksową oraz mailem w dniu 13.10.2017 r., w związku z czynnościami zamawiającego polegającymi (w ocenie odwołującego) na naruszeniu przepisów ustawy Pzp. (dot. znak sprawy : ZZP-215/17).

Zamawiający na podstawie art. 185 ust. 1 Ustawy P.z.p. (tekst jednolity - Dz.U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

POUCZENIE: – zgodnie z Art. :

185.2. „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie...”

183.1. „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze ...”

182.6. „W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.”

.....

Uprzejmie prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania pisma na nasz numer faks: (22) 883 35 13 lub adres e-mail: k.pierzchala@zzpprzyz.mz.pl.

Z poważaniem

Główny Specjalista
w Zespole ds. Przetargów

Marcin Górski

W ZAŁĄCZENIU KOPIA ODWOŁANIA

Bydgoszcz, dnia 13 października 2017r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze
Zdrowia
Al. Jerozolimskie 155
02-326 Warszawa
faks: 22 883 35 13
e-mail: k.pierzchala@zzpprzyrmz.pl,
m.gorski@zzpprzyrmz.pl

Odwołujący:

Dräger Polska sp. z o.o.
ul. Sułkowskiego 18a
85-655 Bydgoszcz
faks: 52 346 14 37
e-mail: katarzyna.krotoszynska@draeger.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, instalację i uruchomienie fabrycznie nowych respiratorów”, nr referencyjny: ZP-215/17, dalej jako: „**Postępowanie**”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06 października 2017 r. pod numerem 2017/S 192-393022.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie z art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) – zwanej dalej „ustawą Pzp”, w imieniu Dräger Polska sp. z o.o., dalej jako: „Odwołujący” (pełnomocnictwo w załączeniu), wnoszę odwołanie wobec treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej SIWZ, sformułowanych w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) **art. 29 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w którym Odwołujący poniżej wnosi o zmianę siwz, w sposób wskazujący na respiratory dostarczane przez

Dräger Polska sp. z o.o.
ul. Sułkowskiego 18 a
85-655 BYDGOSZCZ
tel. 52 346 14 33, fax 52 346 14 37
Rogon 090513586 NIP 554-023-26-10

konkretnego wykonawcę, tj. firmę Medtronic (respiratory Puritan Bennett serii 980 producent: Covidien, dalej „PB 980”), tym samym doprowadzając do nieuzasadnionego uprzywilejowania firmę Medtronic i wyeliminowania pozostałych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia;

- 2) **art. 29 ust. 2 ustawy Pzp**, poprzez określenie w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie, w którym Odwołujący poniżej wnosi o zmianę siwz, parametrów techniczno-eksploatacyjnych respiratorów opisanych w załączniku nr 2 do oferty w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 3) **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - a) **zmianę zapisów:**
dotyczących punktów: 1.9; 1.10; 2.7; 2.14; 3.3; 3.6; 3.13; 4.12; 4.17; 4.18; 6.11; 7.1; 7.2; 7.4; 7.5; 7.10; 7.12; 7.17 załącznika nr 2 do oferty (stanowiącej załącznik do SIWZ) - w sposób wskazany w dalszej części odwołania;
 - b) **lub alternatywnie usunięcie punktów:**
1.9; 1.10; 2.7; 2.14; 3.3; 3.6; 3.13; 4.12; 4.17; 4.18; 6.11; 7.1; 7.2; 7.4; 7.5; 7.10; 7.12; 7.17 załącznika nr 2 do oferty (stanowiącej załącznik do SIWZ)
- 3) nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli okaże się to niezbędne.

Interes i szkoda:

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia.

Wskazać należy bowiem, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący jako wykonawca zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, wobec opisanego przez Zamawiającego wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia związanych z wymaganymi parametrami/warunkami granicznymi nie jest w stanie złożyć oferty, pomimo, że posiada w swojej ofercie aż 9 różnych modeli respiratorów.

Ponadto niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoda ta, z uwagi na nieprawidłowo dokonany opis przedmiotu zamówienia, polega na ograniczeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osłabieniu zysku w związku z jego realizacją.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06 października 2017 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował SIWZ na stronie internetowej. W związku z tym, 10-dniowy termin na wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. STAN FAKTYCZNY

W dniu 06 października 2017 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu na „Dostawę, instalację i uruchomienie fabrycznie nowych respiratorów”, numer referencyjny: ZZP-215/17.

II. ZAGADNIENIA OGÓLNE

Na wstępie należy wskazać, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Aby treść SIWZ zapewniała konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi obligatoryjny element każdej SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia jest z jednej strony obowiązkiem zamawiającego, z drugiej zaś jego uprawnieniem. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach umowy. To właśnie na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przygotowują ofertę. Przygotowując opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający określa swoje uzasadnione potrzeby. Ważne jest jednak, aby wyartykułowane przez Zamawiającego wymagania dotyczące zamówienia nie utrudniały uczciwej konkurencji. Podmioty rywalizujące na normalnie funkcjonującym rynku powinny mieć bowiem zapewniony jednakowy dostęp do nabywcy, w szczególności, gdy takim nabywcą jest podmiot publiczny.

Zamawiający niewątpliwie ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi i znajdują uzasadnienie w jego obiektywnych

potrzebach. W orzecznictwie został już ukształtowany pogląd, iż do naruszenia uczciwej konkurencji dochodzi w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt lub przez opisanie takich parametrów przedmiotu zamówienia, które wskazują na konkretne rozwiązanie. W dodatku przejawem naruszenia uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego dostawcę lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego wykonawcę, wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają ubieganie się niektórych wykonawców o udzielenie zamówienia, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 607/17).

Odwołujący wskazuje również, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości stanowią podstawowe zasady ustawy Pzp, które podporządkowane są przede wszystkim celom tej ustawy, a mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Żadna z chronionych w ten sposób wartości nie może przeważać w działaniach Zamawiającego, który powinien zachować między nimi odpowiedni balans i równowagę.

III. UZASADNIENIE FAKTYCZNE ZARZUTÓW

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa respiratorów. Po zapoznaniu się z warunkami wymaganymi i ocenianymi, które zawiera załącznik nr 2 do oferty można jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy ustawy Pzp. Odnosząc się do poszczególnych, kwestionowanych odwołaniem, punktów w siwz, Odwołujący wskazuje:

- 1) Zamawiający w pkt 1.8 i 1.9 załącznika nr 2 do oferty zawarł wymóg posiadania przez respiratory: (1.8) awaryjnego zasilania z wbudowanego akumulatora (sam respirator bez kompresora) na nie mniej niż 0,5 godziny pracy i (1.9) awaryjnego zasilania z wbudowanego akumulatora kompresora na nie mniej niż 0,5 godziny.

Przypuszczamy, że musiało dojść do nieporozumienia, ponieważ fizycznie niemożliwym jest, aby respirator mógł mieć zasilanie awaryjne na 30 minut (co jest prawdą w przypadku wentylatora PB 980), a po dodaniu kompresora (wymaga bardzo dużo energii do napędu) dalej mógł utrzymywać takie samo zasilanie awaryjne, tj. 30 minut.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o pozostawienie bez zmian punktu 1.8 i zmianę pkt 1.9 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Awaryjne zasilanie z wbudowanego akumulatora kompresora na nie mniej niż 15 minut”.

- 2) Zamawiający w pkt 1.10 załącznika nr 2 do oferty wymaga, aby respiratory miały możliwość wymiany akumulatora (bez przerwy w pracy respiratora) przez obsługę w trakcie pracy respiratora przy zasilaniu akumulatorowym.

Opisany warunek dotyczy parametru charakterystycznego wyłącznie dla respiratora Puritan Bennett 980, oferowanego przez firmę Medtronic. Inne respiratory nie posiadają takiej możliwości, a wymóg posiadania takiej funkcji przez respirator jest nieuzasadniony i pozostaje bez znaczenia klinicznego. Ponadto wymiana akumulatora w trakcie pracy urządzenia możliwa jest jedynie przy zapewnieniu zasilania sieciowego i powinna być dokonywana przez certyfikowanego przedstawiciela producenta. Ingerencja w urządzenie, które jest podłączone i podtrzymuje funkcje życiowe Pacjenta nie powinno mieć miejsca.

Przedmiotowy wymóg stanowi jedynie ograniczenie konkurencji w postępowaniu, a wręcz jej wykluczenie w zakresie produktów innych niż respirator PB 980 produkcji Covidien, oferowanego przez firmę Medtronic.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 1.10 załącznika nr 2 do oferty poprzez jego usunięcie.

- 3) Zamawiający w pkt 2.7 załącznika nr 2 do oferty określił wymaganie graniczne dotyczące wentylacji bezdechu w sposób następujący: „Wentylacja bezdechu z możliwością ustawienia parametrów oddechowych i rodzaju oddechu VCV lub PCV”.

Taki warunek graniczny stanowi kolejny przejaw uprzywilejowania respiratora Puritan Bennett, gdyż inne respiratory dostępne na polskim rynku nie posiadają takiej funkcji. Spowodowane jest to tym, że w przypadku wykrycia bezdechu u pacjenta niezbędne jest zapewnienie wentylacji zastępczej. W tym celu inne respiratory posiadają alternatywne rozwiązanie w postaci funkcji VT lub RR.

Z uwagi na powyższe, konieczność opcji ustawienia parametrów oddechowych i rodzaju oddechu VCV lub PCV jest nieuzasadniona i stanowi przejaw ograniczenia uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 2.7 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Wentylacja bezdechu z możliwością ustawienia parametrów oddechowych takich jak VT, RR.”

- 4) Zamawiający w pkt 2.14 załącznika nr 2 do oferty określił, iż respirator musi posiadać między innymi Proporcjonalne wspomaganie oddechu spontanicznego PPS bez automatycznego dostosowywanie wspomaganie ale z możliwością przełączenia na wentylację ze zmiennym wspomaganie ciśnieniowym Variable Pressure Support, generującą zmienne ciśnienie wspomaganie, mechanicznie naśladujące zmienność naturalnego trybu oddechowego

Proporcjonalne wspomaganie oddechu spontanicznego, czyli PAV+ to skrót z jęz. angielskiego - Proportional Airway Ventilatrion. Jego lustrzanym odpowiednikiem w przypadku firmy Dräger jest tryb PPS - Proportional Pressure Support. Z powodów patentowych obydwie tryby wentylacji nie mogą się tak samo nazywać, pomimo faktu, że realizują wspomaganie oddechu

spontanicznego pacjenta w sposób proporcjonalny. Literatura fachowa również stawia znak równości pomiędzy obydwoimi trybami. Zamawiający postawił znak równości pomiędzy trybem PAV+ a trybem PPS z koniecznością zaoferowania VPS (Variable Pressure Support), którego zasada działania jest charakterystyczna wyłącznie dla firmy Dräger. Nikt poza Odwołującym nie może zaoferować niczego zbliżonego do tego trybu. Jednocześnie jest to parametr dostępny tylko dla najdroższego modelu naszej producenta Dräger, co zdaniem Odwołującego jest celowym działaniem mającym na celu zmuszenie Odwołującego do zaoferowania sprzętu znacznie droższego od opisanego w pozostałych punktach SIWZ (w tym załącznika nr 2 do oferty), a także znacznie przekraczającego oczekiwania zawarte w opisanym punkcie od modeli posiadających tryb wentylacji typu PAV+.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający natomiast określił warunki w stosunku do PPS nieproporcjonalnie wyższe, niż w zakresie PAV+. Przy funkcjonalności PPS wymagane jest dodatkowo posiadanie możliwości przełączenia na wentylację ze zmiennym wspomaganie ciśnieniowym Variable Pressure Support. Stanowi to naruszenie uczciwej konkurencji oraz preferowanie produktów innych producentów, gdyż następuje tu odwrotne uprzywilejowanie (uprzywilejowanie respiratorów innych producentów względem producenta Dräger).

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 2.14 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Proporcjonalne wspomaganie oddechu spontanicznego PAV+ zgodne z algorytmem Younesa umożliwiające naturalną zmienność wzorca oddechowego z automatycznym dostosowaniem wspomaganie do zmian mierzonych parametrów płuc - minimum podatności, elastancji i oporów oddechowych pacjenta lub

Proporcjonalne wspomaganie oddechu spontanicznego PPS umożliwiające naturalną zmienność wzorca oddechowego z automatycznym dostosowaniem wspomaganie do zmian mierzonych parametrów płuc

lub

Wentylacja Wspomagana Adaptacyjnie z automatycznym dostosowaniem poziomu PEEP i FiO2 oraz wentylacji minutowej zgodnie z algorytmem inteligentnej wentylacji w zależności od zmierzonych parametrów życiowych pacjenta

lub

Wentylacja NAVA z min 50 akcesoriami niezbędnymi do zastosowania trybu i modułem do każdego oferowanego respiratora

lub

Moduł do każdego respiratora wraz z min 50 akcesoriami przeznaczonym do pracy na oddziałach intensywnej terapii medycznej do prezentacji parametru VCO2- wytwarzania dwutlenku węgla, VO2- zużycia tlenu, EE- pomiar wydatku energetycznego, RQ- wskaźnika oddechowego”.

- 5) Zamawiający w pkt 3.3 załącznika nr 2 do oferty zażądał, by dostarczone respiratory posiadały szczytowy przepływ wdechowy dla oddechów wymuszonych objętościowo- kontrolowanych w zakresie nie mniejszym niż od 3 do 150 l/min.

Tak skonstruowany wymóg dokładnie odpowiada wartościom oferowanym przez respirator PB 980.

Co jest w niniejszej sytuacji istotne, to fakt, że taki zakres znacznie przekracza możliwości fizjologiczne człowieka (wydolność płuc ludzkich nie przekracza 120 l/min) i z tego powodu inni producenci oferują ten parametr w zakresie nie mniejszym niż od 3 do 120 l/min.

Wobec tego należy stwierdzić, że tak opisany warunek dla respiratora, charakteryzujący respirator PB 980, uprzywilejowuje wykonawców oferujących te produkty w stosunku do pozostałych w sposób nieuzasadniony (z uwagi na bezzasadność żądania parametru, który nie zostanie zastosowany u pacjentów wobec znacznego przekraczania wydolności płuc).

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 3.3 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Szczytowy przepływ wdechowy dla oddechów wymuszonych objętościowo- kontrolowanych w zakresie nie mniejszym niż od 3 do 120 l/min”

- 6) Dalej, w pkt 3.6 załącznika nr 2 do oferty Zamawiający określił kolejny bezzasadny parametr: „Czas plateau w zakresie nie mniejszym niż od 0,0 do 2,0 s.”. Sposób nastawienia czasu Plateau nie ma znaczenia, lecz ważne jest uzyskanie wymaganego zakresu czasu Plateau z podglądem rzeczywistego czasu Plateau.

Tym samym warunek ten również jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 3.6 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Czas plateau w zakresie nie mniejszym niż od 0,0 do 2,0 s. lub respirator z bezpośrednim nastawianiem czasu wdechu i częstości oddechu, umożliwiającą uzyskanie wymaganego zakresu czasu Plateau z podglądem rzeczywistego czasu Plateau”.

- 7) Zamawiający w pkt 3.13 załącznika nr 2 do oferty ustalił wymóg, aby respirator posiadał Ciśnieniowy tryb rozpoznawania oddechu własnego pacjenta w zakresie nie mniejszym niż od 0,5 do 15 cmH₂O.

Jako, że w praktyce klinicznej już od dłuższego czasu funkcjonuje metoda rozpoznania oddechu pacjenta oparta o więcej niż jeden czynnik (tak jak w wymogu, stricte ciśnieniowy), który ponownie charakteryzuje respirator PB 980.

Wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie w świetle obecnego poziomu technologii jest nieuzasadnione i uprzywilejowuje ww. respirator oferowany przez firmę Medtronic, w sytuacji, gdy na rynku istnieją respiratory o rozwiązaniach nowszych i efektywniejszych, jak dwuparametrowy tryb rozpoznawania oddechu pacjenta, w którym wyzwalacz ciśnieniowy o stałej czułości 0,2 cmH₂O współpracuje z regulowanym w zakresie 0,2 – 15 l/min wyzwalaczem przepływowym.

Wobec powyższego, określenie wymogu spełnienia tego parametru, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych (w tym nowszych i efektywniejszych), stanowi przejaw uprzywilejowania respiratorów PB 980 oferowanych przez firmę Medtronic.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 3.13 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Ciśnieniowy tryb rozpoznawania oddechu własnego pacjenta w zakresie nie mniejszym niż od 0,5 do 15 cmH₂O lub dwuparametrowy tryb rozpoznawania oddechu pacjenta, w którym wyzwalacz ciśnieniowy o stałej czułości 0,2 cmH₂O współpracuje z regulowanym w zakresie 0,2 – 15 l/min wyzwalaczem przepływowym”

- 8) Zamawiający w pkt. 4.12 załącznika nr 2 do oferty określił także parametr: „Pomiar podatności statycznej płuc pacjenta”. Obecnie produkowane zaawansowane respiratory wysokiej klasy oferują pomiar podatności dynamicznej oparty na zaawansowanej analizie krzywych oddechowych, podający współczynnik korelacji (pewności) prezentowanej wartości podatności zapewniający ciągły pomiar tego parametru bez konieczności dokonywania manewru pomiarowego. Taki respirator umożliwia jednocześnie dokonanie manewru i obliczenia podatności statycznej na podstawie prezentowanych pomiarów.

Natomiast producenci odchodzą od wymaganego przez Zamawiającego parametru pomiaru podatności statycznej płuc pacjenta.

Wobec tego niedopuszczenie respiratorów posiadających pomiar podatności dynamicznej płuc pacjenta w sposób nieuprawniony ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu, co jest niezgodne z dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 4.12 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Pomiar podatności statycznej lub dynamicznej płuc pacjenta”.

- 9) Zamawiający w pkt. 4.17 załącznika nr 2 do oferty określił warunek, aby respirator spełniał następujący parametr: „Pomiar objętości przecieku w fazie wdechu przy włączonej funkcji kompensacji nieszczelności”.

Jest to unikalna cecha respiratorów produkowanych przez firmę Covidien bez praktycznego znaczenia klinicznego.

W praktyce klinicznej stosuje się generalnie parametr pomiaru wdechowej wentylacji minutowej MVi, wydechowej wentylacji minutowej MVe, rzeczywistej wentylacji minutowej z uwzględnieniem przecieku MV, wentylacji minutowej przecieku MVprzeciek, bez oddzielnej prezentacji objętości przecieku w fazie wdechu. Tak określony parametr pozwala na zdecydowanie bardziej precyzyjne ustawienie parametrów wentylacji w przeciwieństwie samej informacji, która generowana jest przy spełnieniu przez respirator wymagania z pkt. 4.17.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 4.17 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Pomiar objętości przecieku w fazie wdechu przy włączonej funkcji kompensacji nieszczelności lub pomiar wdechowej wentylacji minutowej MVi, wydechowej wentylacji minutowej MVe, rzeczywistej wentylacji minutowej z uwzględnieniem przecieku MV, wentylacji minutowej przecieku MVprzeciek, bez oddzielnej prezentacji objętości przecieku w fazie wdechu”

- 10) Zamawiający w pkt 4.18 załącznika nr 2 do oferty zażądał od dostarczanych respiratorów spełniania parametru „Pomiar przecieku w fazie wydechowej przy danym ciśnieniu PEEP przy włączonej funkcji kompensacji nieszczelności”.

Jest to unikalna cecha respiratorów produkowanych przez firmę Covidien bez praktycznego znaczenia klinicznego. Kwestia ta została wyjaśniona przez wnoszącego odwołanie przy okazji punktu 4.17.

W praktyce klinicznej stosuje się generalnie parametr pomiaru wdechowej wentylacji minutowej MVi, wydechowej wentylacji minutowej MVe, rzeczywistej wentylacji minutowej z uwzględnieniem przecieku MV, wentylacji minutowej przecieku MVprzeciek, bez oddzielnej prezentacji przecieku w fazie wydechowej przy zadanym ciśnieniu PEEP”. Takl parametr znajduje uzasadnienie w praktyce klinicznej i nie stanowi przejawu uprzywilejowania konkretnego wykonawcy czy produktu.

Biorąc pod uwagę powyższe, obecnie ustalony wymóg graniczny stanowi ograniczenie konkurencji w Postępowaniu do respiratorów oferowanych przez firmę Medtronic i nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia, wobec czego narusza art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 4.18 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Pomiar przecieku w fazie wydechowej przy danym ciśnieniu PEEP przy włączonej funkcji kompensacji nieszczelności lub pomiar wdechowej wentylacji minutowej MVi, wydechowej wentylacji minutowej MVe, rzeczywistej wentylacji minutowej z uwzględnieniem przecieku MV, wentylacji minutowej przecieku MVprzeciek, bez oddzielnej prezentacji przecieku w fazie wydechowej przy zadanym ciśnieniu PEEP”.

- 11) Zamawiający w pkt 5.2 załącznika nr 2 do oferty określił wymóg graniczny „Dodatkowy kolorowy monitor, wyświetlacz na którym prezentowane są podstawowe parametry respiratora, komunikaty alarmowe w przypadku uszkodzenia podstawowego ekranu”.

Taki zapis wyklucza potencjalnych wykonawców, którzy byliby w stanie dostarczyć Zamawiającemu respiratory, gdyby zostały uznane parametry równoważne. Obecnie Zamawiający faworyzuje wyłącznie respirator PB serii 980.

Opisany warunek uprzywilejowuje więc ponownie produkty oferowane przez firmę Medtronic, a jednocześnie nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. Dodatkowy kolorowy monitor, wyświetlacz, to inżynierski aspekt rozwiązań produktu oferowanego przez firmę Medtronic, bez większego znaczenia klinicznego. Nie wpływa to na poprawę działania respiratora, a inni producenci oferują respiratory, które w razie uszkodzenia podstawowego ekranu sygnalizują problemy poprzez wyświetlanie sygnałów wizualnych w odpowiednich kolorach oraz wydawanie sygnałów dźwiękowych. Ponadto podnieść należy, iż stosowanie uszkodzonego urządzenia, którego podstawowym zadaniem jest utrzymanie krytycznych funkcji życiowych stoi w sprzeczności z wymaganiami zasadniczymi dla wyrobów medycznych (załącznik nr 1 do rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro //Dz.U. 2011 nr 16 poz. 75).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w sposób bezzasadny po raz kolejny uprzywilejował konkretny produkt – respirator PB 980 producenta Covidien w sytuacji, gdy na rynku istnieją rozwiązania równoważne, zapewniające tę samą funkcjonalność urządzenia (informowanie o problemach w razie uszkodzenia ekranu).

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 5.2 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Dodatkowy monitor lub wyświetlacz, na którym prezentowane są podstawowe parametry respiratora w przypadku uszkodzenia podstawowego ekranu”.

- 12) Zamawiający w pkt 6.11 załącznika nr 2 do oferty wskazał na obowiązek zapewnienia, by dostarczone respiratory posiadały „Alarm rozłączenia układu oddechowego oparty na pomiarach i porównaniach objętości/przepływu wdechowej i wydechowej lub alarm niskiego ciśnienia wdechowego”.

Tak rozbudowany opis jednego alarmu ponownie wskazuje na respirator oferowany przez firmę Medtronic. Żaden inny respirator nie spełnia opisanego wymogu, wobec czego Zamawiający uprzywilejował wbrew dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp konkretny produkt.

Jednocześnie nie istnieje słuszne uzasadnienie dla tak postawionego warunku, ponieważ sposób uzyskania alarmu nie ma znaczenia dla personelu obsługującego respirator, a od strony klinicznej znaczenie ma to, by alarm się pojawiał.

Odwołujący pragnie zauważyć, iż niemalże każdy producent posiada alarm rozłączenia układu oddechowego lub alarm niskiego ciśnienia w drogach oddechowych, wobec czego takie specyficzne opisanie warunku przez Zamawiającego miało na celu wyłącznie uprzywilejowanie tego z wykonawców, który będzie posiadał respiratory producenta Covidien.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 6.11 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący, który może spełnić wielu wykonawców mogących dostarczyć różne respiratory: „Alarm rozłączenia układu oddechowego lub alarm niskiego ciśnienia w drogach oddechowych”

- 13) W pkt 7.1 załącznika nr 2 do oferty Zamawiający zażądał spełnienia przez oferowane respiratory następującego parametru: „Możliwość wyboru krzywej przepływu dla oddechów obowiązkowych objętościowo- kontrolowanych. Minimum prostokątna i opadająca”.

Ten zapis znów faworyzuje firmę Medtronic w sposób nieuzasadniony. Jest to parametr charakterystyczny dla respiratora PB 980. Produkty innych producentów nie spełniają bowiem warunku krzywej prostokątnej i opadającej.

Rozwiązaniem równoważnym, a nawet lepszym stosowanym w respiratorach przez innych producentów jest bowiem możliwość wyboru krzywej przepływu w postaci płynnego kształtowania fali oddechowej za pomocą parametru kształtu fali RAMP dla oddechów ciśnieniowo kontrolowanych i wspomaganych, natomiast dla oddechów objętościowo kontrolowanych stosowany jest optymalny opadający kształt fali przepływu.

Warunek określony przez Zamawiającego jest nadmierny i uprzywilejowuje w sposób nieuzasadniony respiratory oferowane przez firmę Medtronic. Zamawiający zobowiązany jest w takich sytuacjach dopuścić inne rozwiązania, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.1 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Możliwość wyboru krzywej przepływu dla oddechów obowiązkowych objętościowo- kontrolowanych. Minimum prostokątna i opadająca lub płynne kształtowanie fali oddechowej za pomocą parametru kształtu fali RAMP dla oddechów ciśnieniowo kontrolowanych i wspomaganych, natomiast dla oddechów objętościowo kontrolowanych stosujący optymalny opadający kształt fali przepływu”.

- 14) Zamawiający w pkt 7.2 załącznika nr 2 do oferty określił wymóg posiadania przez respiratory parametru: „Możliwość regulowanego wspomaganie oddechu spontanicznego ciśnieniem PSV na obu poziomach ciśnienia przy BIPAP, BILEVEL, APRV”.

Taki zapis faworyzuje produkty oferowane przez firmę Medtronic, a jednocześnie nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Od strony klinicznej bezpieczniejszym

rozwiązaniem dla pacjenta jest wsparcie PS tylko na niskim poziomie ciśnienia, oferowane przez większy wachlarz producentów, ponieważ wsparcie na górnym poziomie ciśnienia może doprowadzić do barotraumy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.2 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Możliwość regulowanego wspomagania oddechu spontanicznego ciśnieniem PSV na minimum niskim poziomie ciśnienia BIPAP, BILEVEL, APRV”

- 15) Zamawiający w pkt 7.4 załącznika nr 2 do oferty określił wymóg posiadania przez respiratory parametru: „Funkcja Stand-by. Respirator musi mieć możliwość świadomego odłączenia układu oddechowego od pacjenta, z zawieszeniem wszystkich alarmów. Po ponownym podłączeniu układu oddechowego respirator powinien automatycznie rozpocząć wentylację z parametrami z przed rozłączenia”.

Słowo „Stand-by” jest zazwyczaj używane przez producentów respiratorów do określenia momentu, gdy respirator jest włączony, ale pacjent nie jest wentylowany. Funkcja o tej nazwie jest stosowana przez firmę Covidien dla chwilowego i świadomego odłączenia pacjenta od respiratora, wraz z zawieszeniem alarmów.

Istotne jest, że inni producenci produkują respiratory o analogicznym parametrze, jednakże nie jest to funkcja „Stand-by”, określona przez Zamawiającego.

Przykładowo w respiratorach producenta Dräger stosowana jest podobna funkcja, ale nazwana jest „Ręczne rozłączenie”.

W związku z brakiem dopuszczenia przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych w tym zakresie, ważne jest, aby wykonawcy oferujący respiratory, które technicznie posiadają taką samą funkcję, mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty w toczącym się postępowaniu. Niezasadne jest bowiem powoływanie się przez Zamawiającego na funkcję „Stand-by” stosowaną pod tym opisem wyłącznie w respiratorach producenta Covidien. Stanowi to przejaw uprzywilejowania produktów tego producenta w stosunku do pozostałych, a ze względów technicznych różnicowanie to nie znajduje uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.4 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Respirator musi mieć możliwość świadomego odłączenia układu oddechowego od pacjenta, z zawieszeniem wszystkich alarmów. Po ponownym podłączeniu układu oddechowego respirator powinien automatycznie rozpocząć wentylację z parametrami z przed rozłączenia”.

- 16) Zamawiający w pkt. 7.5 załącznika nr 2 do oferty wymaga spełnienia parametru: „Wentylacja bezpieczeństwa. Zachowanie ciągłości wentylacji poprzez obejście elementów podejrzanych o uszkodzenie, gdy testy diagnostyczne prowadzone w tle normalnej pracy wykryją problem

dotyczący elementów mieszania gazów, systemu wdechowego lub systemu wydechowego. Funkcja ta ma za zadanie dać operatorowi czas na wymianę respiratora na sprawny”.

Ten punkt jest zapisem charakterystycznym dla respiratora PB 980, oferowanego przez firmę Medtronic. Tak szczegółowo określony wymóg wyklucza możliwość zaoferowania innych respiratorów, ponieważ inni producenci w razie wykrycia problemów stosują w swoich respiratorach odmienne rozwiązania, które równie dobrze zapewniają ciągłość wentylacji, jak np. zachowanie ciągłości poprzez włączenie wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej w przypadku awarii podzespołów pneumatycznych lub elektronicznych respiratora.

Wobec tego Zamawiający dopuścił się ograniczenia konkurencji do produktów konkretnego producenta poprzez zbyt szczegółowe opisanie sposobu działania awaryjnego respiratorów. Wobec istniejących rozwiązań równoważnych, stosowanych przez innych producentów, warunek opisany przez Zamawiającego jest nieuzasadniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.5 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Zachowanie ciągłości wentylacji poprzez obejście elementów podejrzanych o uszkodzenie, gdy testy diagnostyczne prowadzone w tle normalnej pracy wykryją problem dotyczący elementów mieszania gazów, systemu wdechowego lub systemu wydechowego lub zachowanie ciągłości poprzez włączenie wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej w przypadku awarii podzespołów pneumatycznych lub elektronicznych respiratora”.

- 17) Zamawiający w pkt 7.10 załącznika nr 2 do ofert określił, iż respiratory muszą posiadać „Wstępne ustawienie parametrów wentylacji i alarmów na podstawie wagi pacjenta oraz na podstawie wzrostu i płci pacjenta”.

Także i ten warunek graniczny stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Tylko dwóch producentów, w tym Covidien, stosuje zróżnicowanie parametrów wentylacji ze względu na płeć pacjenta.

Z klinicznego punktu widzenia nie ma to większego znaczenia ze względu na szacunkowe parametry wentylacji oferowane przez respirator głównie na podstawie wzrostu i idealnej wagi pacjenta. To czy pacjent jest kobietą czy mężczyzną nie wpływa znacząco na parametry wentylacji.

W związku z powyższym opisanie w ten sposób warunku przez Zamawiającego należy uznać za bezpodstawnie ograniczające konkurencję w Postępowaniu. Nie znajduje to bowiem uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.10 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Wstępne ustawienie parametrów wentylacji i alarmów na podstawie wzrostu i wagi pacjenta”

- 18) Zamawiający w pkt 7.12 załącznika nr 2 do oferty zażądał, by respiratory posiadały „Wydechowy filtr przeciwbakteryjny z pojemnikiem na skropliny dla każdego respiratora: 100 szt. filtrów jednorazowych lub 2 szt. wielorazowe. Konstrukcja respiratora uniemożliwiająca użycie urządzenia bez filtra”.

Jest to kolejna unikalna cecha respiratorów oferowanych przez firmę Medtronic, co więcej, znów bez żadnego klinicznego uzasadnienia, a spowodowana jedynie konstrukcją respiratora zmuszającą do stosowania filtra przeciwbakteryjnego dla ochrony respiratora i jego zabudowanych podzespołów. Obsługa respiratora nie ma dostępu do zabudowanego czujnika przepływu i kasety wydechowej, co uniemożliwia wymianę lub sterylizację. Dlatego urządzenie nie może być używane bez obowiązkowych filtrów.

Tak skonstruowany wymóg celowo ogranicza konkurencję w postępowaniu do produktu producenta Covidien, oferowanego przez firmę Medtronic, gdyż tylko jego respirator ma konstrukcję uniemożliwiającą jego użycie bez filtra. Wszyscy pozostali producenci respiratorów stosują czujniki przepływu, zastawki oddechowe lub odpowiadające im kasety, które mogą być sterylizowane lub w ostateczności – dezynfekowane, albo rozwiązania alternatywne w postaci produktów jednorazowych. W tym wypadku pewna wada konstrukcyjna respiratorów firmy Medtronic staje się zaletą w trakcie postępowania przetargowego, a tak postawiony warunek uniemożliwia innym wykonawcom złożenie oferty.

Warunek ten nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Pozostałe respiratory zapewniają możliwość wyboru, czy użytkownik chce korzystać z dodatkowych filtrów czy nie. Zatem pozostałe respiratory nie ograniczają w żaden sposób używania dodatkowych filtrów. To od użytkownika zależy w jaki sposób respiratory będą używane. Tym samym opisany warunek rażąco narusza art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i preferuje produkty oferowane przez firmę Medtronic.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.12 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Wydechowy filtr przeciwbakteryjny z pojemnikiem na skropliny dla każdego respiratora lub wielorazowa zastawka wydechowa z pojemnikiem na skropliny dla każdego respiratora. Dodatkowo 100 szt. filtrów jednorazowych na każdy respirator który może, ale nie musi mieć stosowanego filtra lub 100 szt. filtrów jednorazowych i 2 szt. wielorazowe, na każdy respirator którego konstrukcja uniemożliwia użycie urządzenia bez filtra”.

- 19) Zamawiający w pkt 7.17 załącznika nr 2 do oferty określił wymóg „Nebulizator wielorazowy nie wymagający przepływu gazu do napędu, do podawania leków w formie aerozolu przeznaczony do pracy z pacjentami zaintubowanymi i wentylowanymi nieinwazyjnie przez maskę. Aparat do stosowania u pacjentów podłączonych do respiratora a także u oddychających spontanicznie. MMAD < 4.0 µm. Do każdego respiratora jeden kompletny zestaw”.

Zapis ten wyraźnie wskazuje na nebulizator AERONEB PRO oferowany w zestawie z respiratorami Puritan Bennett 980. Respirator ten nie ma wbudowanego napędu do podawania leków w formie wziewnej (nebulizacji), dlatego też jest zmuszony korzystać z zewnętrznego urządzenia, jakim jest Aeroneb Pro. Ponieważ jest to urządzenie zewnętrzne, powyższy opis próbuje narzucić innym producentom respiratorów takie samo rozwiązanie, którego celem jest podwyższenie oferty o koszt tego urządzenia. Po raz kolejny „niedoskonałość” produktu firmy Medtronic, staje się atutem w niniejszym postępowaniu, zaś Zamawiający zmusza innych wykonawców do zaofiarowania nebulizatora Aeroneb Pro.

Inni producenci, w tym firma Dräger, opracowała i zintegrowała w respiratorze napęd nebulizatora pneumatycznego, podający lek do pacjenta w fazie wdechu. Cząsteczki MMAD są nieco większe niż 4.0 µm. Taki nebulizator wielorazowego użytku jest zdecydowanie tańszy w obsłudze i spełnia funkcję podawania leków w formie aerozolu u pacjentów podłączonych do respiratora a także u oddychających spontanicznie.

Nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia ograniczenie zastosowane przez Zamawiającego. Powoduje ono wyłącznie ograniczenie konkurencji do wykonawców oferujących produkty producenta Covidien.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę pkt 7.17 załącznika nr 2 do oferty w sposób następujący: „Nebulizator wielorazowy do podawania leków w formie aerozolu przeznaczony do pracy z pacjentami zaintubowanymi i wentylowanymi nieinwazyjnie przez maskę. Aparat do stosowania u pacjentów podłączonych do respiratora a także u oddychających spontanicznie. Do każdego respiratora jeden kompletny zestaw”

IV. UZASADNIENIE PRAWNE ZARZUTÓW

Odwołujący ponadto wskazuje, że zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu, w odniesieniu do wszystkich wymienionych punktów, potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2015 r., wydana w sprawie o sygn. KIO/KD 109/14: „przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale takie określenie na tyle rygorystycznych wymagań, co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub pośrednio godziłby w zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować oferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, co prowadzi do ograniczenia konkurencji.”

Sytuacja określenia wymagań zgodnie z parametrami respiratora producenta Covidien seria Puritan Bennett 980, oferowanego przez firmę Medtronic zaszła w niniejszym postępowaniu poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Wymagane parametry minimalne zostały opisane w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji, a wręcz ją wykluczający. Zamawiający doprowadził do tego, że w sposób pośredni, tj. przez opisanie parametrów minimalnych respiratorów, uprzywilejował konkretny produkt względem pozostałych. W dodatku te nadmierne parametry, które cechują ten respirator są nieuzasadnione wobec specyfiki przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie dopuścił przy tym rozwiązań równoważnych. Tym samym Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w tym zakresie.

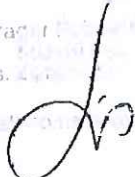
Obowiązkiem Zamawiającego podczas przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia jest również rozważenie sytuacji producentów, niekoniecznie będących wykonawcami. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 134/17: „Przepisy nie pozwalają nie tylko na taki opis przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony ograniczy krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia, ale także w taki sposób, który bez uzasadnionego powodu wyeliminuje wielu producentów, chociaż krąg wykonawców może być stosunkowo szeroki. Nie jest możliwe preferowanie w opisie konkretnego produktu, nawet jeżeli korzysta się z możliwości opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3”. Co więcej, w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 285/09, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu niemal wszystkich potencjalnych producentów. A właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wynika zakaz takiego konstruowania przedmiotu zamówienia, który prowadziłby do użycia jakichkolwiek sformułowań, mających na celu faworyzowanie określonego wykonawcy. Nie można także opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta wyrobu, a niewątpliwie taki właśnie sposób opisu przedmiotu zamówienia został przez stronę skarżącą zastosowany w załączniku nr 2 do oferty – warunki graniczne dla respiratorów (por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. akt: III SA/Wr 1493/16).

Zamawiający konstruując opis przedmiotu zamówienia musi mieć świadomość, że opisanie warunków przedmiotowych wiąże się z koniecznością rozważenia tego, czy są one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Opisanie warunków granicznych dla respiratorów w sposób, w jaki tego dokonał Zamawiający, stanowi naruszenie ustawy Pzp, gdyż warunki te nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, utrudniają uczciwą konkurencję i naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy nie oferują produktów producenta Covidien.

Drac...
ds. 247...
Krajowa Izba Odwoławcza



Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-12169, wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei ETS w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.

Natomiast dokonany przez Zamawiającego opis warunków granicznych, nie tylko zawężył w sposób nieuzasadniony krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale i ograniczył możliwość zaferowania produktów innych producentów niż Covidien, co potwierdza naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym kontekście aktualny jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 134/17, w którym Izba orzekła: *„Prawo zamówień publicznych wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Przy rozpatrywaniu ograniczania uczciwej konkurencji bierze się pod uwagę przede wszystkim wykonawców i sposób oddziaływania opisu przedmiotu zamówienia na możliwość złożenia przez nich oferty. Jednak w wielu wypadkach należy brać też pod uwagę sytuację producentów, niekoniecznie będących wykonawcami w rozumieniu Prawa zamówień publicznych. Przepisy nie pozwalają bowiem nie tylko na taki opis przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony ograniczy krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia, ale także w taki sposób, który bez uzasadnionego powodu wyeliminuje wielu producentów, chociaż krąg wykonawców może być stosunkowo szeroki.”*

Powyższej opisane naruszenia potwierdzają, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Jednocześnie Odwołujący nade wszystko informuje, iż zastrzega sobie możliwość przedłożenia dalszych dowodów na rozprawie.

Z poważaniem

Dräger Polska sp. z o.o.
ul. Sułkowskiego 18
85-655 BYDGOSZ
tel. 52 345 14 33, fax 52 345 14 34
Regon 090518586 NIP 525 100 100

17

Dräger Polska sp. z o.o.
Starostwo Powiatowe
ul. Zamkowa 10, Bydgoszcz
Katarzyna Słoboszyńska