

Sygn. akt: KIO 618/21

Sygn. akt: KIO 956/21

WYROK
z dnia 17 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 25 lutego 2021 roku przez wykonawcę **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 618/21),
- B. w dniu 25 marca 2021 roku przez wykonawcę **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 956/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Fresenius Medical Care Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 956/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. Sygn. akt: KIO 618/21

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- 1.1. zarzutu opisanego w pkt I.1. *petitum* odwołania w odniesieniu do wymagań sformułowanych przez zamawiającego w załączniku nr 4g do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w zakresie części 7 postępowania, tj. wymagań wskazanych w następujących pozycjach załącznika 4g do SWZ: l.p. 2, l.p. 3, l.p. 7.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 20, l.p. 22, l.p. 24, l.p. 25;

- 1.2. zarzutu opisanego w pkt I.2. *petitum* odwołania w odniesieniu do wymagań sformułowanych przez zamawiającego w załączniku nr 4h do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w zakresie części 8 postępowania, tj. wskazanych w następujących pozycjach załącznika 4h do SWZ: l.p. 2, l.p. 3, l.p. 8.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 18, l.p. 20, , l.p. 24, l.p. 25, l.p. 32;
 - 1.3. zarzutu opisanego w pkt II.1. *petitum* odwołania, a dotyczącego doboru kryteriów oceny ofert opisanych w załączniku nr 4g do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w zakresie części 7 postępowania w pozycjach l.p. 7.3 i l.p. 8.2;
 - 1.4. zarzutu opisanego w pkt II.2. *petitum* odwołania, a dotyczącego doboru kryteriów oceny ofert opisanych w załączniku nr 4h do SWZ, a dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w zakresie części 8 postępowania w pozycji l.p. 7.3.2.
2. Uwzględnić odwołanie w zakresie części zarzutu opisanego w pkt I.1. i I.2. *petitum* odwołania w odniesieniu do wymagań sformułowanych przez zamawiającego w pozycji l.p. 11 odpowiednio w załączniku nr 4g do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w zakresie części 7 postępowania oraz w załączniku nr 4h do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w zakresie części 8 postępowania i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ w zakresie ww. wymagania poprzez jego zmianę i uwzględnienie w zakresie monitorowania ciśnienia żylnego wartości minimum nie mniejszej niż „-50” i nie większej niż „+450” mmHg.
 3. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
 4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w części 5/6 oraz zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku** w części 1/6 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę **1 800 zł 00 gr**

(słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

- 4.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku** na rzecz odwołującego **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **1 600 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc sześćset złotych zero groszy).

II. Sygn. akt: KIO 956/21

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 618/21

Sygn. akt: KIO 956/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego dla UCK na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Zamówienie zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2021 roku pod numerem: 2021/S 031-076570. W tym samym dniu zamawiający opublikował treść Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”). W dniu 15 marca 2021 roku zamawiający opublikował modyfikację SWZ.

Sygn. akt: KIO 618/21

W dniu 25 lutego 2021 roku wykonawca Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w zakresie części 7 i 8 wobec:

I. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz z Załącznikami nr 4g oraz 4h, stanowiącymi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4g do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 7 Postępowania. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny bądź też określił je w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta, tym samym wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego

wykonawcę. Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) - 13 sztuk w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp w następującym zakresie:

- 1) lp. 2 - wymóg wykonywania zabiegów w trybach: ISO HF, HD oraz HF;
- 2) lp. 3 - wymóg możliwości wyboru wypełniania drenów i dializatora podczas przygotowywania do każdego trybu wymienionego w pkt 2;
- 3) lp.7.1 - wymóg dotyczący pompy dializatu - przepływ dializatu dostosowany do efektywnego przepływu krwi;
- 4) lp. 9.1 - wymóg dozowania heparyny w zakresie minimum $1 \div 10$ ml/godz.;
- 5) lp. 10 - wymóg monitorowania ciśnienia tętniczego w zakresie: minimum $-300 \div +280$ mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg;
- 6) lp. 11 - wymóg monitorowania ciśnienia żylnego w zakresie minimum $-60 \div +500$ mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg;
- 7) lp. 12 - wymóg monitorowania ciśnienia przebłonowego w zakresie minimum $-60 \div +400$ mmHg;
- 8) lp. 13 - wymóg możliwości wprowadzenia typu dializatora do pamięci systemu urządzenia;
- 9) lp. 17 - wymóg czujnika wykrywania mikropęcherzyków powietrza za „jeziorkiem żylnym”;
- 10) lp. 20 - wymóg współpracy z monitorem masy ciała;
- 11) lp. 22 — wymóg możliwości zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin;
- 12) lp. 24 - wymóg możliwości przeglądania na aparacie historii przebiegu minimum 3 ostatnich wykonanych zabiegów;
- 13) lp. 25 - wymóg możliwości archiwizacji minimum 3 ostatnich zabiegów za pomocą karty pamięci z możliwością transferu danych z karty do komputera PC;

- co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp;

2. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4h do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 8 Postępowania. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny bądź też określił je w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta, tym samym wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę. Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące aparatów do terapii

nerkozastępczych (typ 2) - 8 sztuk w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp w następującym zakresie:

- 1) Ip. 2 - wymóg wykonywania zabiegów w trybach: ISO HF, HD, HF oraz HDF Online;
- 2) Ip. 3 - wymóg możliwości wyboru wypełniania drenów i dializatora podczas przygotowywania do każdego trybu wymienionego w pkt 2;
- 3) Ip. 7.1 - wymóg automatycznego zredukowania przepływu dializatu do 100-150 ml/min. podczas przygotowywania aparatu do pracy;
- 4) Ip. 7.2 - wymóg dotyczący pompy dializatu - przepływ dializatu dostosowany do efektywnego przepływu krwi;
- 5) Ip. 8.1 - wymóg dotyczący pompy krwi - regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 30 - 600 ml/ min.;
- 6) Ip. 9.1 - wymóg dozowania heparyny w zakresie minimum 1 ÷ 10 ml/godz.;
- 7) Ip. 10 - wymóg monitorowania ciśnienia tętniczego w zakresie: minimum -300 ÷ 300 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg;
- 8) Ip. 11 - wymóg monitorowania ciśnienia żylnego w zakresie minimum -100 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg;
- 9) Ip. 12 - wymóg monitorowania ciśnienia przezbłonowego w zakresie minimum -100 ÷ +400 mmHg;
- 10) Ip. 13 - wymóg możliwości wprowadzenia typu dializatora do pamięci systemu urządzenia;
- 11) Ip. 17 - wymóg czujnika wykrywania mikropęcherzyków powietrza za „jeziorkiem żylnym”;
- 12) Ip. 18 - wymóg objętościowego systemu pomiaru ultrafiltracji;
- 13) Ip. 20 - wymóg współpracy z monitorem masy ciała;
- 14) Ip. 22 - wymóg możliwości zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin;
- 15) Ip. 24 - wymóg możliwości przeglądania na aparacie historii przebiegu minimum 3 ostatnich wykonanych zabiegów;
- 16) Ip. 25 - wymóg możliwości archiwizacji minimum 3 ostatnich zabiegów za pomocą karty pamięci z możliwością transferu danych z karty do komputera PC;
- 17) Ip. 32 - wymóg zasilania z elektroenergetycznej sieci 230 V AC 50 Hz;

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

II. czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór

kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do faktycznego braku możliwości uzyskania zamówienia przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby zamawiającego.

Okoliczność ta znajduje uzewnętrznienie w doborze następujących kryteriów oceny ofert:

1. Załącznik nr 4g do SWZ:

- 1) lp. 7.3 - ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 100 - 800 ml/min.;
- 2) lp. 8.2 - regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 600 ml/min. jako kryterium oceny ofert
- 3) lp. 8.3 - automatyczna regulacja okluzji rolek pompy krwi, bez konieczności dokonywania ręcznych regulacji jako kryterium oceny ofert;
- 4) lp. 29 - centralny system blokowania kół jako kryterium oceny ofert;
- 5) lp. 36 - wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie (< 60 cm - 5 pkt; ≥60 cm - 0 pkt).

2. Załącznik nr 4h do SIWZ:

- 1) lp. 7.3.2 - ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min. jako kryterium oceny ofert;
- 2) lp. 23 - możliwość ustawienia ekranu w różnych położeniach jako kryterium oceny ofert;
- 3) lp. 27.1 - możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie jako kryterium oceny ofert;
- 4) lp. 29 - centralny system blokowania kół jako kryterium oceny ofert;
- 5) lp. 36 - wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie (< 60 cm - 5 pkt; ≥60 cm - 0 pkt).

- co w efekcie stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 134 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp

III. czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu kryteriów oceny ofert w sposób nieprecyzyjny i niejasny, a nadto w sposób uprawniający zamawiającego do nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez zastosowanie reguł interpretacyjnych nieznanymi uczestnikom postępowania na etapie przygotowywania oferty

- co w efekcie stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 134 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu;

- 2) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;
- 3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

W piśmie z dnia 11 maja 2021 roku odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części, wobec czego Izba odstępuje od przytoczenia uzasadnienia zawartego w odwołaniu w zakresie zarzutów, które zostały wycofane.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności wskazywał, że zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do OPZ postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego przygotowanie OPZ we wskazany sposób jest niczym nieuzasadnione i postanowienia wskazane przez odwołującego w dalszej części odwołania powinny ulec zmianie zgodnie z treścią jego żądań. W ocenie odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w zakresie aparatów do hemodializy, utrudniają odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia są nadmierne w stosunku do celu w jakim prowadzone jest postępowanie oraz w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że zamawiający oczekuje złożenia oferty na konkretne urządzenie producenta urządzenia - Fresenius Medical Care Polska S.A. Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego producenta. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. Opis przedmiotu zamówienia stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że obecne brzmienie OPZ w zakresie części 7 i 8

Postępowania wskazuje na konkretny produkt konkretnego producenta, co z pewnością nie pozwala złożyć oferty większej liczbie oferentów, a co z kolei ma oczywisty wpływ na nieuzyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na brak w nim konkurencji.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie, odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację:

I. zarzut dotyczący sformułowania przez zamawiającego w Załączniku nr 4g do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 7 Postępowania:

- l.p. 11 - wymóg „*Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -60 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg*”.

Odwołujący podnosił, że ww. parametr jest charakterystyczny wyłącznie dla jednego obecnego na rynku aparatu, tj. urządzenia Fresenius 5008S produkowanego przez Fresenius Medical Care Polska S.A. Wyjaśnił, iż pomiar ciśnienia żylnego w przedziale krwi dializatora i linii krwi stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy i zabiegów pokrewnych. Istotne jest poinformowanie personelu medycznego o spadku ciśnienia żylnego do 0 mmHg i poniżej, nie ma jednak znaczenia jaką niższą wartość przyjmuje ono poniżej 0 mmHg. Zastosowanie wymogu dolnej granicy ciśnienia w zakresie określonym przez zamawiającego stanowi wskazanie na jeden aparat jednego oferenta. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący w tym zakresie wnosił o zmianę l.p. 11 tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: „*Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -50 ÷ +450 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg*”.

II. zarzut dotyczący sformułowania przez zamawiającego w Załączniku nr 4h do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 8 Postępowania:

1) l.p. 7.1 - wymóg „*Automatyczne zredukowanie przepływu dializatu do 100 - 150 ml/min podczas przygotowywania aparatu do pracy*”.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że parametr ten jest charakterystyczny wyłącznie dla jednego obecnego na rynku aparatu, tj. urządzenia Fresenius 5008S produkowanego przez Fresenius Medical Care Polska S.A. Wskazywał, że regulacja szybkości przepływu dializatu stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy

i zabiegów pokrewnych. Istotna jest możliwość regulacji tego przepływu przez personel medyczny. Nie ma znaczenia klinicznego, aby regulacja ta dokonywana była automatycznie jeszcze przed rozpoczęciem zabiegu - podczas przygotowania aparatu do pracy. Zdaniem odwołującego, zastosowanie wymogu konkretnej metody regulacji szybkości przepływu dializatu określonej przez zamawiającego stanowi wskazanie na jeden aparat jednego oferenta. Odwołujący podkreślił, że określenie funkcji automatycznie zredukowanego przepływu dializatu do 100-150ml/min. nie jest w żaden sposób uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie. Chociaż zamawiający wskazuje zakres przepływu jakiego wymaga w ramach tej funkcji, to de facto mieści się w nim urządzenie jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w standardowej procedurze czas przygotowania i oczekiwania nie jest długi, więc oszczędność kilku litrów dializatu w porównaniu do używanych 150-180 L podczas zabiegu stanowi niewielką różnicę. W jego ocenie określenie wymagania w sposób opisany przez zamawiającego nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Odwołujący w tym zakresie wnosił o zmianę l.p. 7.1. tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: *„Funkcja automatycznie zredukowanego przepływu dializatu do 100-300ml/min podczas przygotowania aparatu do pracy”*.

2) l.p.7.2 – wymóg dotyczący pompy dializatu – *„Przepływ dializatu dostosowany do efektywnego przepływu krwi”*.

Odwołujący podnosił, iż parametr ten jest charakterystyczny wyłącznie dla jednego obecnego na rynku aparatu, tj. urządzenia Fresenius 5008S produkowanego przez Fresenius Medical Care Polska S.A. Zauważył, że regulacja szybkości przepływu dializatu stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy i zabiegów pokrewnych. Istotna jest możliwość regulacji tego przepływu przez personel medyczny. Nie ma jednak znaczenia klinicznego, by regulacja ta dokonywana była automatycznie jeszcze przed rozpoczęciem zabiegu - podczas przygotowania aparatu do pracy. Zastosowanie wymogu konkretnej metody regulacji szybkości przepływu dializatu określonej przez zamawiającego stanowi wskazanie na jeden aparat jednego oferenta. Zdaniem odwołującego, wprowadzenie do OPZ wskazanego wymagania w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w

postępowaniu tylko jednemu podmiotowi. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.* Odwołujący wnosił o wykreślenie ww. wymagania.

3) l.p. 11 - wymóg „*Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -100 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg*”.

Uzasadnienie ww. zarzutu jest tożsame, jak przywołane powyżej uzasadnienie dla zarzutu dotyczącego analogicznej pozycji Załącznika nr 4g do SWZ – l.p.11.

4) l.p. 22 - wymóg „*Możliwość zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin*”.

Uzasadniając ww. zarzut odwołujący wskazywał, iż przedmiotowe wymaganie jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie znajduje uzasadnienia z medycznego punktu widzenia w celu w jakim będzie wykorzystywane urządzenie. Wyjaśnił, iż zabiegi w przewlekłej niewydolności nerek nie przekraczają 5h, zatem z medycznego punktu widzenia wymaganie w zakresie tego parametru nie ma znaczenia dla celu w jakim prowadzone jest postępowanie, tj. celu w jakim będą wykorzystywane urządzenia. Wymagany minimalny czas promuje Fresenius Medical Care Polska S.A. i w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, umożliwiając złożenie ważnej oferty tylko jednemu podmiotowi. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.* Odwołujący powołał się również na ostępowanie prowadzone przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy, gdzie zamawiający uwzględnił jego żądanie dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 22 tabeli poprzez nadanie mu następującej treści: „*Możliwość zaprogramowania nieprzerwanego prowadzenia zabiegu w każdym typie filtracji przez minimum 8 godzin*”.

Konkludując swoje stanowisko w odniesieniu do sposobu opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego odwołujący stwierdził, że zamawiający, jako organizator postępowania, posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb, jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb zamawiającego. Dodał, że do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia

uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Odwołujący powołał się na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 20 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO/UZP 28/11); z dnia 9 czerwca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 514/08); z dnia 7 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 254/08); z dnia 11 grudnia 2017 r. (sygn. akt: 2478/17); z dnia 22 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2211/17); z dnia 14 lipca 2020 r. (sygn. akt: KIO 1066/20).

Odwołujący podkreślił, że kompilacja parametrów urządzeń zawartych w OPZ w Załącznikach 4g oraz 4h do SWZ jest ewidentnym przykładem na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. W wyniku takiego opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części 7 i 8 Postępowania nastąpiła faktyczna eliminacja dużego segmentu rynku, a ważną ofertę może złożyć jedynie jeden wykonawca.

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się również do kwestii równoważności. Zdaniem odwołującego, postanowienia SWZ umożliwiają zamawiającemu dowolną ocenę zaofiarowanych przez wykonawców rozwiązań równoważnych i arbitralne odrzucenie ofert zawierających takie rozwiązania, jednocześnie uniemożliwiając wykonawcom skuteczne kwestionowanie takich decyzji zamawiającego, ponieważ w SWZ nie sprecyzowano w zakresie których parametrów równoważność będzie weryfikowana. Odwołujący wskazał, że brak wnioskowanych przez niego zmian w treści dokumentów zamówienia, tj. w treści OPZ, stanowiących Załącznik nr 4g oraz 4h do SWZ, skutkowałoby koniecznością odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jej niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia. Tym samym, zdaniem odwołującego, zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący mu dostęp do zamówienia.

Następnie odwołujący odniósł się do okoliczności, które w jego ocenie świadczą o tym, że zamawiający ukształtował kryteria oceny ofert w sposób dyskryminujący oraz, że faktycznie maksymalną liczbę punktów w postępowaniu będzie w stanie zdobyć wyłącznie producent urządzeń marki Fresenius.

III. zarzut dotyczący ukształtowania kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych

wyłącznie dla sprzętu jednego producenta – w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w załączniku nr 4g do SWZ (dla części 7 Postępowania):

1) l.p. 8.3 – „*Automatyczna regulacja okluzji rolek pompy krwi, bez konieczności dokonywania ręcznych regulacji*” - jako kryterium oceny ofert.

W ramach zarzutu podnoszonego w odniesieniu do ww. kryterium oceny ofert odwołujący wskazywał, że zapis ten jest bezpodstawny i faworyzuje tylko jednego oferenta jakim jest Fresenius Medical Care Polska S.A., gdyż regulację okluzji rolek pompy krwi wykorzystuje się przy zmianie linii krwi na linie o mniejszej średnicy segmentu pompy (linie pediatryczne) i wtedy może mieć zastosowanie zmiana okluzji. Odwołujący zauważył, iż zamawiający nie wskazuje wymogów, które mogłyby dać podstawę do uznania, że będzie stosował linie o innej średnicy segmentu pompy w związku z czym regulacja ta dla terapii dorosłych jest zbędna, a ma jedynie służyć faworyzacji jednego oferenta. Nadmieniał też, że urządzenie Fresenius Medical Care Polska S.A. zgodnie z instrukcją i zaleceniami producenta pracuje tylko na jednej wielkości średnicy segmentu pompy jakim jest 8 mm. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.* Odwołujący wnosił o usunięcie kryterium oceny ofert w zakresie automatycznej regulacji okluzji rolek pompy krwi, bez konieczności dokonywania ręcznych regulacji.

2) l.p. 29 – „*Centralny system blokowania kół*” - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący podnosił, że ww. wymóg jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego został postawiony przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że niezbędne jest zablokowanie aparatu, by nie mógł się on poruszyć w sytuacji niepożądanego, a zatem blokada kół jest niezbędnym wymogiem, ale wystarczające dla unieruchomienia aparatu jest zablokowanie dwóch spośród czterech kół. Jego zdaniem, system centralnego blokowania kół nie jest w żaden sposób uzasadniony potrzebami zamawiającego, a stosowany jest jedynie przez jednego producenta. W ocenie odwołującego wymóg ten w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję w postępowaniu poprzez wskazanie na aparat jednego producenta oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 29 tabeli OPZ - poprzez nadanie mu następującej treści: „*Możliwość blokowania kół 5 pkt. 0 pkt brak możliwości blokowania kół.*”.

Jednocześnie odwołujący dodał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych do hemodializy dla Dolnośląskiego Szpitala Specjalistycznego im. T. Marciniaka - Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu, a także

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy, zamawiający uwzględnił jego żądania dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

3) l.p. 36 – „Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie (< 60 cm - 5 pkt; >60 cm - 0 pkt)”.

W odniesieniu do ww. kryterium oceny ofert odwołujący wskazywał, że ma ono na celu uprzywilejowanie jednego urządzenia producenta Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A. i zdobycie przez niego maksymalnej liczby punktów. Zdaniem odwołującego wskazany parametr nie ma wpływu na terapię. Wyjaśnił, iż stanowiska do zabiegów hemodializ są tak zaprojektowane, aby był swobodny dostęp do aparatu oraz możliwość jego manewrowania, choćby z powodu konieczności dezynfekcji po każdym zabiegu, dlatego tak ściśle określenie parametru punktowanego i mały margines różnicy może wskazywać na celowe działanie jakim jest ograniczenie dostępności do zamówienia przez innych oferentów. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 36 tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: „Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie (< 60 cm - 5 pkt; ≥60 cm - 3 pkt; >70 – 0 pkt).”.

IV. zarzut dotyczący ukształtowania kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta – w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w Załączniku nr 4h do SWZ:

1) l.p. 23 – „Obsługa aparatu poprzez ekran dotykowy - możliwość ustawienia ekranu w różnych położeniach” - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotowy parametr w żaden sposób nie wpływa na możliwość prowadzenia zabiegu oraz na jego skuteczność, w związku z czym niezasadnym i nadmiernym jest przyznanie za niego aż 5 pkt jakościowych. Odwołujący podkreślił, iż ekran służy do programowania danych zabiegu i odczytu przez personel kwalifikowany i aby takich zmian dokonać należy podejść do urządzenia, a w takiej sytuacji, niezależnie od tego czy aparat jest wyposażony w ekran obrotowy, czy nie, operator ma pełen dostęp do ekranu dotykowego. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 23 tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: *„Obsługa aparatu poprzez ekran dotykowy - możliwość ustawienia ekranu w różnych położeniach jako kryterium oceny ofert - 1 pkt”* lub alternatywnie o wykreślenie tego zapisu.

2) l.p. 27.1 – *„Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie”* - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotowy parametr jest charakterystyczny wyłącznie dla jednego obecnego na rynku aparatu, tj. urządzenia Fresenius 5008S produkowanego przez Fresenius Medical Care Polska S.A.

Odwołujący podkreślał, że korzystanie ze ssawek koncentratu wodorowęglanowego jest raczej krokiem wstecz i w tym przypadku służy tylko ograniczeniu możliwości uzyskania punktów przez oferentów, którzy takiego parametru nie spełniają. Koncentrat wodorowęglanowy w suchych kapsułach lub workach jest nowocześniejszy i bezpieczniejszy ze względu na zerowe ryzyko kontaminacji podczas użytkowania, a także bezpieczniejsze przechowywanie, ponieważ proszek zawarty w kapsułach suchych jest nieaktywny i dopiero po zmieszaniu z wodą podczas procesu przygotowania koncentratu uzyskuje właściwości koncentratu. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 27 tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: *„Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie: TAK - 3 pkt / Możliwość korzystania z koncentratu suchego. Tak - 5 pkt”* lub alternatywnie - wykreślenie tego zapisu.

3) l.p. 36 – *„Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie (< 60 cm - 5 pkt; >60 cm - 0 pkt)”*.

Uzasadnienie ww. zarzutu jest tożsame, jak przywołane powyżej uzasadnienie dla zarzutu dotyczącego analogicznej pozycji Załącznika nr 4g do SWZ – l.p.36.

V. zarzut dotyczący ukształtowania kryteriów oceny ofert w sposób nieprecyzyjny i niejasny, a nadto w sposób uprawniający zamawiającego do nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący powołał się na opisane w SWZ zasady oceny punktowej: *„W przypadku wymagań, które nie stanowią warunków granicznych, a podlegają ocenie punktowej, Zamawiający przyznaje:*

a) 0 punktów dla danego parametru, gdy ten parametr nie jest oferowany;

b) 0 punktów dla danego parametru, gdy ocenie podlega wartość parametru i wartość oferowanego parametru jest niższa niż wymagane minimum lub większa niż wymagane maximum;

c) maksymalną ilość punktów, podaną dla danego parametru, gdy parametr jest oferowany i ocenie podlega tylko jego wystąpienie lub ocenie podlega wartość parametru i wartość oferowanego parametru jest wyższa niż wymagane minimum lub niższa niż wymagane maximum

W przypadku braku opisu lub błędnego opisu danego parametru podlegającego ocenie punktowej Wykonawca otrzyma 0 (zero) punktów za ten parametr."

W ocenie odwołującego zasady te są niezrozumiałe i umożliwiają zamawiającemu przyznawanie punktów za poszczególne parametry w sposób wręcz dowolny, w szczególności, w sytuacji gdy ocenie podlega parametr, w którym występują wartości minimalne i maksymalne, tj. zakres przepływu dializatu, regulacja przepływu pompy krwi. Dla zobrazowania tej kwestii odwołujący powołał się na przykład dotyczący zakresu przepływu dializatu ustalony w części 7 Postępowania na $100 > 800$ ml/min.

Zdaniem odwołującego, czytając literalnie zasady ustalone przez zamawiającego należy stwierdzić, że zamawiający 5 pkt. przyzna wyłącznie wykonawcy, który zaoferuje urządzenie o wartościach granicznych - min. i max. odpowiednio wyższych niż 100 ml/min. oraz niższych niż 800 ml/min.

„maksymalną ilość punktów, podaną dla danego parametru, gdy parametr jest oferowany i ocenie podlega tylko jego wystąpienie lub ocenie podlega wartość parametru i wartość oferowanego parametru jest wyższa niż wymagane minimum lub niższa niż wymagane maximum".

W przypadku zaś zaoferowania urządzenia posiadającego szerszy zakres dla danego parametru, np. 50-900 ml/min. lub też o parametrach oczekiwanych przez zamawiającego, tj. 100-800 ml/min. - wykonawca taki, zgodnie z ustalonymi zasadami, winien otrzymać 0 pkt w ramach tego kryterium jakościowego.

Odwołujący podniósł, że ustalenie takich zasad przyznawania punktów, które będą premiować urządzenia o parametrach niższych niż oczekiwane przez zamawiającego bądź też spowodują wprowadzanie nowych norm interpretacyjnych dla tych zasad już na etapie oceny ofert - ponieważ jego zdaniem trudno przypuszczać, że zamawiający rzeczywiście przyzna punkty jakościowe w oparciu o zasady, które przyznają punkty w ramach kryterium oceny ofert, urządzeniom nie posiadającym pożądanym przez zamawiającego funkcjonalności.

Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie art. 240 ust. 2 ustawy Pzp podkreślając przy tym, iż kryteria oceny ofert oraz zasady ich naliczania powinny być na tyle klarowne, spójne i jednoznaczne, aby wyłączyć jakąkolwiek swobodę zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dalszej kolejności odwołujący zaprezentował na przykładzie jak – jego zdaniem – można w odmienny sposób rozumieć przyjętą przez zamawiającego metodologię przyznawania punktów w poszczególnych parametrach.

Następnie, odwołujący wskazał na dyskryminacyjny charakter kryteriów oceny ofert, stwierdzając, że zamawiający w taki sposób manipuluje kryteriami oceny ofert, aby faktycznie uniemożliwić pozyskanie zamówienia szerokiemu kręgowi podmiotów, przy czym założony cel osiąga poprzez przyznawania punktów w ramach kryterium jakości wyłącznie za parametry charakterystyczne dla urządzenia produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.

Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, a także na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2016 r. (sygn. akt: KIO 1738/16) oraz z dnia 13 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 2615/19) oraz na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r. wydaną w sprawie o sygn. akt KIO/KD 16/20.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż - zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne u jednego producenta i takie sporządzenie kryteriów oceny oferenta ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy.

Sygn. akt: KIO 956/21

W dniu 25 marca 2021 roku wykonawca Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w zakresie części 7 i 8 Postępowania wobec czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do faktycznego braku możliwości uzyskania zamówienia przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby zamawiającego. Okoliczność ta - zdaniem odwołującego - znajduje uzewnętrznienie w doborze następujących kryteriów oceny ofert:

1. Załącznik nr 4g do SWZ:

1) l.p. 8.2 – „*Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 600 ml/min*” - jako kryterium oceny ofert;

2) l.p. 18.1 – „*Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową*”- jako kryterium oceny ofert.

2. Załącznik nr 4h do SWZ:

1) l.p. 7.3.2 – „Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min.”

- jako kryterium oceny ofert;

2) l.p. 18.1 – „Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową” - jako kryterium oceny ofert;

3) l.p. 20 – „Współpraca z monitorem masy ciała” - jako kryterium oceny ofert;

4) l.p. 24 – „Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu dwóch lub więcej ostatnich wykonanych zabiegów” - jako kryterium oceny ofert;

- co w efekcie stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w odwołaniu, tj. poprzez ich usunięcie lub zmianę;

2) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;

3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, iż w wyniku wniesionego przez niego odwołania, zamawiający w dniu 15 marca 2021 roku zmodyfikował SWZ (w tym OPZ – Załączniki nr 4g i 4h do SWZ) częściowo uwzględniając zarzuty stawiane przez odwołującego, zaś w pozostałym zakresie modyfikacji nie dokonał lub dokonał modyfikacji niektórych parametrów w taki sposób, iż nadal jedynym wykonawcą, który jest w stanie realnie uzyskać zamówienie jest Fresenius Medical Care S.A. Odwołujący podał, że przedmiotem jego odwołania są parametry, które zmieniono w wyniku modyfikacji SWZ z dnia 15 marca 2021 roku.

W ocenie odwołującego zamawiający ukształtował kryteria oceny ofert w sposób dyskryminujący oraz w taki sposób, iż faktycznie maksymalną liczbę punktów będzie w stanie zdobyć wyłącznie producent urządzeń marki Fresenius. W wyniku modyfikacji SWZ zamawiający wprowadził nowe kryteria oceny ofert w zakresie parametrów jakościowych, które jeszcze umacniają i tak już uprzywilejowaną pozycję wyrobów produkcji Fresenius Medical Care S.A. Odwołujący stwierdził, że zmiana dotychczasowych warunków udziału

w postępowaniu na kryteria oceny ofert stanowi przejaw działania mającego na celu zaburzenie równowagi konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami. Takie działanie stanowi jedynie pozorną likwidację bariery dostępu do rynku zamówień publicznych. Odwołujący będzie mógł bowiem złożyć ofertę, ale realnie nie będzie miał szansy na pozyskanie zamówienia, gdyż wszystkie punktowane parametry są cechami charakterystycznymi urządzenia produkcji marki Fresenius.

I. Odnośnie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert ustanowionych dla części 7 Postępowania odwołujący wskazywał, że:

1) l.p. 8.2 – *„Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 600 ml/ min.”* - jako kryterium oceny ofert

Odwołujący wskazywał, że w zakresie tego parametru zamawiający doprecyzował sposób przyznawania punktów, uwzględniając jednocześnie podnoszony przez niego w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku zarzut, że sposób przyznawania punktów jest niejasny, nieprecyzyjny i w zasadzie daje zamawiającemu pełną swobodę w przyznawaniu punktacji na etapie oceny złożonych ofert. Dokonano zmiany z: *„Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 600 ml/min. - TAK - 5 pkt; NIE - 0 pkt.”*

na: *„Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 600 ml/ min. - TAK - 5 pkt; NIE - 0 pkt. Punkty nie będą przyznane, jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 20 ml/min. i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza niż 600 ml/min.”.*

Zdaniem odwołującego poprzez modyfikację SWZ zamawiający wprowadził dwie nowe wartości, które uszczegóławiają i precyzują sposób przyznawania punktów za ten parametr, tj. *„wartość minimalną podanego wymagania”* ustalono na 20 ml/ min., zaś *„maksymalną wartość podanego wymagania”* określono na 600 ml/min.

W ocenie odwołującego wartość maksymalna została określona w sposób nadmierny, gdyż w praktyce tak wysokie przepływy nie mają zastosowania, niezależnie od deklaracji producenta. Odwołujący zauważył, że choć wielkość przepływu krwi przez dializator jest istotnym czynnikiem wpływającym na skuteczność zabiegu, to jest on jednak ograniczony poborem krwi z cewnika bądź przetoki tętniczo-żylniej. Dodał, że im wyższy przepływ przez dializator, tym wyższa musi być minutowa objętość wyrzutowa serca, by zapewnić odpowiedni przepływ krwi przez inne narządy organizmu pacjenta. Tak więc im większy przepływ przez dializator, tym wyższe ryzyko wystąpienia lub nasilenia niewydolności serca, na którą i tak już cierpi istotny odsetek pacjentów dializowanych.

Odwołujący podkreślił, że nie stosuje się przepływów wyższych niż 500 ml/min., wobec czego przedział 20 - 500 ml/min (przy czym wartości graniczne rozumiane jako minimalna i maksymalna wartość wymagania) jest klinicznie wystarczający.

Odwołujący wnosil o zmianę l.p. 8.2 tabeli - poprzez nadanie mu następującej treści: *„Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 - 500 ml/min. - TAK - 5 pkt.; NIE - 0 pkt. Punkty nie będą przyznane, jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 20 ml/ min. i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza niż 500 ml/min.”.*

2) l.p. 18.1 – *„Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową”* - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że w wyniku modyfikacji SWZ zamawiający wprowadził do Załącznika nr 4g dodatkowe kryterium oceny ofert o treści: *„Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową - TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt”.*

Odwołujący zauważył, że w pierwotnie ukształtowanym warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, aby ultrafiltracja dokonywana była metodą objętościową lub elektromagnetyczną, co nie naruszało równowagi konkurencyjnej między wykonawcami. Natomiast w wyniku dokonanej modyfikacji SWZ zamawiający wprowadził zmianę premiującą metodę objętościową. Zmiana ta – zdaniem odwołującego – nie znajduje merytorycznego uzasadnienia, a stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, które korzystają właśnie z takiej metody ultrafiltracji.

Odwołujący wyjaśnił, że pomiar ultrafiltracji jest istotnym wymogiem zabiegu hemodializy, jednakże wymaganie objętościowego pomiaru ultrafiltracji wraz z kontrolowaną w sposób ciągły ultrafiltracją nie jest jedynym dostępnym na rynku rozwiązaniem. Istnieją różne metody pomiaru, a alternatywnym i spełniającym wymogi kliniczne jest metoda ciągłego elektromagnetycznego pomiaru ultrafiltracji z kontrolowaną w sposób ciągły ultrafiltracją, która jakościowo nie różni się od wymagania zamawiającego. W opinii odwołującego ukształtowanie takiego kryterium nie ma żadnego uzasadnienia w zakresie celu w jakim ma być wykorzystywane urządzenie. Natomiast parametr ten jest rozwiązaniem charakterystycznym dla Fresenius Medical Care Polska S.A., a zatem jego wprowadzenie jako kryterium oceny ofert (w szczególności łącznie z innymi kryteriami) w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji - stanowi przejaw dążenia zamawiającego do stworzenia sytuacji, w której realną szansę na pozyskanie zamówienia będzie mieć wyłącznie preferowany przez niego wykonawca.

Odwołujący wnosil o zmianę l.p.18.1 tabeli - poprzez usunięcie kryterium.

Jednocześnie odwołujący dodał, że w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy zamawiający uwzględnił jego żądanie dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

II. Odnośnie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert ustanowionych dla części 8 Postępowania odwołujący wskazywał, że:

1) l.p. 7.3.2 – „*Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min.*” - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że w zakresie tego parametru zamawiający doprecyzował sposób przyznawania punktów, uwzględniając jednocześnie podnoszony przez niego w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku zarzut, że sposób przyznawania punktów jest niejasny, nieprecyzyjny i w zasadzie daje zamawiającemu pełną swobodę w przyznawaniu punktacji na etapie oceny złożonych ofert. Dokonano zmiany z: „*Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 -1000 ml/min. - TAK - 5 pkt; NIE - 0 pkt.*”

na: „*Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 -1000 ml/min. - TAK – 5 pkt; NIE - 0 pkt. Punkty nie będą przyznane, jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 0 ml/min. i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza niż 1000 ml/min.*”.

Zdaniem odwołującego poprzez modyfikację SWZ zamawiający wprowadził dwie nowe wartości, które uszczegóławiają i precyzują sposób przyznawania punktów za ten parametr. „*Wartość minimalną podanego wymagania*” ustalono na 0 ml/min., zaś „*maksymalną wartość podanego wymagania*” określono na 1000 ml/min.

W ocenie odwołującego parametry te zostały określone w sposób nadmierny, gdyż w praktyce tak wysokie oraz niskie przepływy nie mają zastosowania, niezależnie od deklaracji producenta. Odwołujący wyjaśnił, że zwykle wymagane przepływy dializatu są nie wyższe niż 600 ml/min. Dodał, że hemodializa jest zabiegiem, w którym z założenia stosowany jest dializat, do którego z krwi pacjenta transportowane są usuwane toksyny, a zatem wymaganie jego przepływu w zakresie od 0 ml/min. uniemożliwia prawidłowe i skuteczne prowadzenie zabiegu. Tym samym wymaganie określone przez zamawiającego nie jest niczym uzasadnione. Odwołujący podkreślił, że równoważnym wymogiem są parametry przepływu w przedziale 300 - 800 ml/min., które są zgodne z celem w jakim parametr ten został wskazany przez zamawiającego. Natomiast ukształtowanie kryterium dotyczącego przepływu dializatu w zakresie 0 - 1000ml/min. jest cechą charakterystyczną dla urządzenia jednego producenta - Fresenius Medical Care Polska S.A. i w konsekwencji - w szczególności łącznie z innymi kryteriami - stanowi przejaw dążenia zamawiającego

do sytuacji, w której realną szansę na pozyskanie zamówienia będzie mieć wyłącznie preferowany przez niego wykonawca. Jako dowód powołał *Instrukcję obsługi urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A.*

Odwołujący wnosił o zmianę l.p.7.3.2. tabeli - poprzez usunięcie kryterium.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy zamawiający uwzględnił jego żądanie dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

2) l.p. 18.1 tabeli – *„Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową”* - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w swoim odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku kwestionował ukształtowanie przez zamawiającego przedmiotowego parametru jako warunku udziału w Postępowaniu i wnioskował o zmianę zapisu na: *„Objętościowy lub elektromagnetyczny system pomiaru ultrafiltracji”*, przy czym w argumentacji podnosił, że jest to system charakterystyczny dla urządzeń produkcji Fresenius, nie wnoszący żadnej wartości dodanej z punktu widzenia zabiegu, jaki ma być wykonywany na urządzeniu. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i usunął ten wymóg, ale jednocześnie uczynił z niego jedno z kryteriów oceny ofert o treści: *„Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową - TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt”*.

Następnie odwołujący przytoczył argumentację tożsamą, jak przywołana powyżej jako uzasadnienie dla zarzutu dotyczącego analogicznej pozycji Załącznika nr 4g do SWZ – l.p.18.1.

Ponadto, odwołujący dodał, że działanie zamawiającego jest przejawem próby obejścia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, który uznał argumentację odwołującego w niniejszym zakresie i w wyniku modyfikacji zlikwidował barierę, która uniemożliwiała odwołującemu dostęp do postępowania, jednakże likwidacja ta jest wyłącznie pozorna, gdyż odwołujący poprzez ukształtowany system punktów za parametry jakościowe (które nie mają uzasadnienia klinicznego) jest realnie pozbawiony szansy na pozyskanie zamówienia.

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 18.1 tabeli - poprzez usunięcie kryterium.

3) l.p. 20 – *„Współpraca z monitorem masy ciała”* - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że w swoim odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku kwestionował ukształtowanie przez zamawiającego przedmiotowego parametru jako warunku udziału w Postępowaniu i wnioskował o jego usunięcie, przy czym w argumentacji podnosił, że jest to system charakterystyczny dla urządzeń produkcji Fresenius, nie

wnoszący żadnej wartości dodanej z punktu widzenia zabiegu, jaki ma być wykonywany na urządzeniu. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i usunął ten wymóg, ale jednocześnie uczynił z niego jedno z kryteriów oceny ofert o treści: „*Współpraca z monitorem masy ciała - TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt*”. W ocenie odwołującego zastosowana przez zamawiającego modyfikacja nie ma merytorycznego, medycznego uzasadnienia dla prowadzenia zabiegu hemodializy, a stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, które mają taką funkcjonalność.

Odwołujący wyjaśnił, że pomiar masy ciała pacjenta przed i po zabiegu stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy i zabiegów pokrewnych. Parametry te powinny być uzupełnione o przynajmniej czasowy pomiar ultrafiltracji, by zapobiec zarówno nadmiernemu, jak i niedostatecznemu odwodnieniu pacjenta. Istotne jest by personel medyczny był świadomy tych parametrów. Odwołujący podkreślił przy tym, że nie ma znaczenia, jaką metodą uzyskiwane są te informacje - czy z łącznego źródła informacji o masie ciała przed i po zabiegu uzupełnionego przez pomiar ultrafiltracji, czy też poprzez śróddializacyjny pomiar masy ciała. Zastosowanie wymogu konkretnej metody detekcji określonej przez zamawiającego stanowi wskazanie na jeden aparat jednego oferenta, a w konsekwencji - w szczególności łącznie z innymi kryteriami oceny ofert - stanowi przejaw dążenia zamawiającego do sytuacji, w której realną szansę na pozyskanie zamówienia będzie mieć wyłącznie preferowany przez niego wykonawca.

Zdaniem odwołującego, działanie zamawiającego jest przejawem próby obejścia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, który uznał argumentację odwołującego w niniejszym zakresie i w wyniku modyfikacji zlikwidował barierę, która uniemożliwiała odwołującemu dostęp do postępowania, jednakże likwidacja ta jest jednak wyłącznie pozorna, gdyż odwołujący poprzez ukształtowany system punktów za parametry jakościowe (które nie mają uzasadnienia klinicznego) jest realnie pozbawiony szansy na pozyskanie zamówienia.

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 20 tabeli - poprzez usunięcie kryterium.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy zamawiający uwzględnił jego żądanie dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

4) l.p. 24.1 – „*Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu dwóch lub więcej ostatnich wykonanych zabiegów*” - jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że w swoim odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku kwestionował ukształtowanie przez zamawiającego parametru „*Możliwość przeglądania*

na aparacie historii przebiegu minimum 3 ostatnich wykonanych zabiegów” jako warunku udziału w Postępowaniu i wnioskował o jego usunięcie, przy czym w argumentacji podnosił, że jest to system charakterystyczny dla urządzeń produkcji Fresenius, nie wnoszący żadnej wartości dodanej z punktu widzenia zabiegu, jaki ma być wykonywany na urządzeniu. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i usunął ten wymóg, ale jednocześnie uczynił z niego jedno z kryteriów oceny ofert o treści: „Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu dwóch lub więcej ostatnich wykonanych zabiegów - TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt”.

Odwołujący podkreślił, że powyższe wymaganie nie znajduje uzasadnienia z medycznego punktu widzenia w celu w jakim będzie wykorzystywane urządzenie. Wyjaśnił, że wiele dostępnych na rynku urządzeń daje możliwość zapisania danych zabiegu, jednak możliwość zapisania danych trzech (oraz minimum dwóch) ostatnich zabiegów jest charakterystyczna dla urządzenia producenta Fresenius Medical Care Polska S.A. W ocenie odwołującego zastosowana przez zamawiającego modyfikacja nie ma merytorycznego, medycznego uzasadnienia dla prowadzenia zabiegu hemodializy, a stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, które mają taką funkcjonalność.

Odwołujący dodał też, że dane dotyczące danego zabiegu zapisywane są w dokumentacji medycznej danego pacjenta, więc nie ma potrzeby, aby odtwarzać je z pamięci urządzenia. Podczas zabiegów nerkozastępczych, takich jak HD czy HDF, standardową praktyką jest zapisanie parametrów ostatniego zabiegu, gdyż rotacja pacjentów na jednym aparacie i przeglądanie historii zabiegów dalszej niż ostatni mogłoby prowadzić do pomyłki i wpisania parametrów zabiegu innego pacjenta.

Zdaniem odwołującego wprowadzenie do OPZ wskazanego jako kryterium oceny ofert parametru charakterystycznego dla aparatów produkcji Fresenius w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji - w szczególności łącznie z innymi kryteriami oceny ofert - stanowi przejaw dążenia zamawiającego do sytuacji, w której realną szansę na pozyskanie zamówienia będzie mieć wyłącznie preferowany przez niego wykonawca.

Odwołujący dodał, że działanie zamawiającego jest przejawem próby obejścia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, który uznał argumentację odwołującego w niniejszym zakresie i w wyniku modyfikacji zlikwidował barierę, która uniemożliwiała odwołującemu dostęp do postępowania, jednakże likwidacja ta jest wyłącznie pozorna, gdyż odwołujący poprzez ukształtowany system punktów za parametry jakościowe (które nie mają uzasadnienia klinicznego) jest realnie pozbawiony szansy na pozyskanie zamówienia.

Odwołujący wnosił o zmianę l.p. 24.1 tabeli - poprzez usunięcie kryterium.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku na dostawę aparatów do hemodializy zamawiający uwzględnił jego żądanie dotyczące podobnie ukształtowanego parametru.

Dalej, odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne dla podnoszonego zarzutu w zakresie ustanowienia dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert.

W ocenie odwołującego, zamawiający wszelkimi możliwymi środkami dąży do takiego ukształtowania treści SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, aby wyeliminować jak największą liczbę potencjalnych oferentów. Według odwołującego świadczy o tym również fakt zamieszczenia kryteriów dodatkowych w modyfikacji SWZ oraz swoiste „przeniesienie” dotychczasowych warunków udziału w postępowaniu do katalogu kryteriów oceny ofert. Odwołujący podniósł, że zabiegi takie tylko wzmacniają i tak już bardzo wysoką pozycję urządzeń oferowanych przez Fresenius Medical Care S.A., przy jednoczesnym uniemożliwieniu dostępu do tego postępowania innym wykonawcom. Bariera ta manifestuje się nie tylko w faktycznym uniemożliwieniu złożenia podmiotom konkurencyjnym do Fresenius, w tym odwołującemu, ważnej oferty, ale również w faktycznym uniemożliwieniu pozyskania zamówienia poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminacyjny, tj. punktowanie parametrów charakterystycznych dla jednego wykonawcy, ale jednocześnie nie wpływających w sposób istotny za zdatność urządzeń do przeprowadzania zabiegów. Zdaniem odwołującego, zamawiający w taki sposób manipuluje kryteriami oceny ofert, aby faktycznie uniemożliwić pozyskanie zamówienia szerokiemu kręgowi podmiotów, a założony cel osiąga poprzez przyznawanie punktów w ramach kryterium jakość wyłącznie za parametry charakterystyczne dla urządzenia produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A. W jego ocenie, takie działanie zamawiającego należy uznać za próbę obejścia przepisów ustawy Pzp, które bezwzględnie obowiązują zamawiającego. Jest ono nieetyczne oraz jest ewidentnym przykładem prowadzenia Postępowania w sposób dyskryminacyjny, z naruszeniem określonej w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Następnie odwołujący wskazał, że taki sposób kształtowania kryteriów oceny ofert narusza także Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą Dyrektywę 2004/18/WE, przy czym powołał się na motyw 90 tej Dyrektywy. Odwołujący powołał się na wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc., a także na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2016 r. (sygn. akt: KIO 1738/16) i z dnia 13

stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 2615/19) oraz na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r. (sygn. akt: KIO/KD 16/20).

Reasumując odwołujący stwierdził, że w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne u jednego producenta i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy.

Sygn. akt: KIO 618/21

Zamawiający w dniu 1 marca 2021 roku przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem Platformy SmartPZP UCK.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 618/21 nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

W dniu 11 maja 2021 roku odwołujący złożył pismo, w którym zawarł oświadczenie o cofnięciu odwołania w części, a mianowicie w zakresie następujących zarzutów:

I. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w Postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz z Załącznikami nr 4g oraz 4h, stanowiącymi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4g do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 7 Postępowania w następującym zakresie:

- l.p. 2, l.p. 3, l.p. 7.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 20, l.p. 22, l.p. 24, l.p. 25;

2. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4h do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 8 Postępowania w następującym zakresie:

- l.p. 2, l.p. 3, l.p. 8.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 18, l.p. 20, l.p. 24, l.p. 25, l.p. 32;

II. ukształtowanie kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta w następującym zakresie:

1. Załącznik nr 4 g do SWZ:

- l.p. 7.3, l.p. 8.2.;

2. Załącznik nr 4 h do SWZ:

- l.p. 7.3.2.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 618/21 w zakresie powyżej wskazanych zarzutów, natomiast w pozostałym zakresie Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Sygn. akt: KIO 956/21

Zamawiający w dniu 26 marca 2021 roku przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem Platformy SmartPZP UCK.

W dniu 29 marca 2021 roku wykonawca Fresenius Medical Care Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Fresenius Medical Care Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „Fresenius” lub „przystępującym”) zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 12 maja 2021 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawach o sygn. akt: KIO 618/21 i 956/21, w której oświadczył, iż wnosi o oddalenie obu odwołań w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w tych sprawach.

Ponadto, w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 maja 2021 roku, przystępujący w sprawie o sygn.

akt: KIO 956/21 złożył pismo tej w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, a także przedstawił swoje stanowisko zarówno w odniesieniu do zarzutów objętych odwołaniem w sprawie KIO 956/21, jak i w odniesieniu do zarzutów objętych odwołaniem w sprawie KIO 618/21.

Sygn. akt: KIO 618/21

Sygn. akt: KIO 956/21

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 12 maja 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej zwanej: „SWZ”) z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 15.03.2021 r., a także z dokumentów złożonych przez odwołującego, z zastrzeżeniem, o którym mowa poniżej.

Izba pominęła jako zbędne dla rozstrzygnięcia obu odwołań dowody z dokumentów dotyczących postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, załączonych przez odwołującego do odwołania, tj.: dowody ze:

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym na dostawę aparatów do hemodializy dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku wraz z załącznikiem nr 2 oraz pisma zamawiającego w przedmiocie modyfikacji SIWZ uwzględniającej znaczną część zarzutów odwołującego;
- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym na dostawę sprzętu medycznego oraz wyposażenia oddziałów szpitalnych dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu wraz z załącznikiem nr 1 oraz odpowiedzi na odwołanie uwzględniającej wszystkie zarzuty odwołującego;

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym na dostawę wyrobów do hemodializy wraz z dzierżawą aparatów dla Dolnośląskiego Szpitala Specjalistycznego im. T Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej wraz z załącznikiem nr 1 oraz odpowiedzi na odwołanie uwzględniającej wszystkie zarzuty odwołującego.

Izba pominęła dowód w postaci wyciągu z Instrukcji obsługi aparatu AK 98 prod. Baxter, złożonego przez zamawiającego (dokument w języku angielskim), jako że zamawiający nie przedstawił tłumaczenia tego dokumentu na język polski.

Zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Natomiast opinię p. Prof. dr hab. A. D.-Ś. – Kierownika Katedry i Kliniki Nefrologii, Transplantologii i Chorób Wewnętrznych, złożoną przez zamawiającego, Izba uwzględniła jako stanowisko własne zamawiającego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniach, odpowiedzi zamawiającego na odwołania, piśmie przystępującego oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 maja 2021 roku. Jednocześnie w przypadku pisma przystępującego Izba pominęła jego argumentację dotyczącą zarzutów podniesionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 618/21, jako że wykonawca ten nie przystąpił do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego o parametrach technicznych określonych w Załącznikach nr 4a, 4b, 4c, 4d, 4e, 4f, 4g, 4h, 4i, 4j, 4k, 4l, 4m i 4n do SWZ wraz z instalacją oraz przeszkoleniem pracowników zamawiającego. Zamówienie podzielone jest na części. Odwołanie dotyczy Części 7 – Aparat do dializ typ 1 (13 szt.) o parametrach technicznych określonych w Załączniku 4g do SWZ oraz Części 8 - Aparat do dializ typu 2 (8 szt.) o parametrach technicznych określonych w Załączniku 4h do SWZ.

W Załączniku nr 4g do SWZ – Część 7 - zamawiający wskazał m.in. na następujące parametry graniczne /kryteria oceny ofert (objęte zarzutami odwołań):

| L.p. | Parametry wymagane | Warunek graniczny | Parametry oferowane, opis, komentarz | Ocena w punktach | |
|------|--|---|--------------------------------------|------------------|--|
| 8 | Pompa krwi | TAK | | | |
| | 1 | Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 30 – 500 ml/ min. Podać | TAK | | |
| | 2 | Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 – 600 ml/ min. Podać. | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt <i>Punkty nie będą przyznane jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 20 ml/min i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza od 600 ml/min</i> |
| | 3 | Automatyczna regulacja okluzji rolek pompy krwi, bez konieczności dokonywania ręcznych regulacji. | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt |
| 11 | Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -60 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg. Podać. | TAK | | | |
| 18 | Objętościowy lub elektromagnetyczny system pomiaru ultrafiltracji. Opisać | TAK | | | |

| | | | | | |
|----|---|--|---------|--|------------------------------------|
| | 1 | Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową | TAK/NIE | | TAK – 5 NIE – 0 |
| 29 | | Centralny system blokowania kół. | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt |
| 36 | | Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie – podać. | TAK | | < 60 cm – 5 pkt ≥ 60 cm – 0 pkt |

Uwaga: kursywą oznaczone są zmiany wprowadzone na podstawie modyfikacji z 15.03.2021r.

W Załączniku nr 4h do SWZ – Część 8 - zamawiający wskazał m.in. na następujące parametry graniczne /kryteria oceny ofert (objęte zarzutami odwołań):

| L.p. | Parametry wymagane | Warunek graniczny | Parametry oferowane, opis, komentarz | Ocena w punktach |
|------|---|-------------------|--------------------------------------|------------------|
| 7 | Pompa dializatu | | | |
| 1 | Automatyczne zredukowanie przepływu dializatu do 100 - 150 ml/min podczas przygotowywania aparatu do pracy. | TAK | | |
| 2 | Przepływ dializatu dostosowany do efektywnego przepływu krwi. | TAK | | |
| 3 | Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 300 - 800 ml/min. Podać. | TAK | | |

| | | | | | |
|----|---|---|---------|--|--|
| | 1 | Regulacja skokowa maksymalnie co 100 ml/min. Podać. | TAK | | |
| | 2 | Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min. Podać | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt <i>Punkty nie będą przyznane jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 0 ml/min i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza od 1000 ml/min</i> |
| 11 | | Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -100 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg. Podać. | TAK | | |
| 18 | | Objętościowy <i>lub elektromagnetyczny</i> system pomiaru ultrafiltracji. | TAK | | |
| | 1 | <i>Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową</i> | TAK/NIE | | TAK – 5 NIE – 0 |
| 20 | | Współpraca z monitorem masy ciała | TAK/NIE | | TAK – 5 NIE – 0 |
| 22 | | Możliwość zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin. Podać. | TAK | | |
| 23 | | Obsługa aparatu poprzez ekran dotykowy. | TAK | | |
| | 1 | Możliwość ustawienia ekranu w różnych położeniach. | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt |
| 24 | | Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu minimum 3 ostatnich wykonanych zabiegów ostatniego wykonanego zabiegu. Opisać. | TAK | | |
| | 1 | Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu dwóch | TAK/NIE | | TAK – 5 |

| | | | | | |
|----|---|---|---------|--|------------------------------------|
| | | <i>lub więcej ostatnich wykonanych zabiegów.</i> | | | <i>NIE – 0</i> |
| 27 | | Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie lub opcjonalnie korzystania z koncentratu suchego. Opisać | TAK | | |
| | 1 | Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt |
| 29 | | Centralny system blokowania kół. | TAK/NIE | | TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt |
| 36 | | Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie – podać. | TAK | | < 60 cm – 5 pkt ≥ 60 cm – 0 pkt |

Uwaga: kursywą oznaczone są zmiany wprowadzone na podstawie modyfikacji z 15.03.2021r.

Izba zważyła co następuje:

Sygn. akt: KIO 618/21

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów, które zostały wycofane przez odwołującego, tj. w zakresie:

1) zarzutu opisanego w pkt I.1. *petitum* odwołania w odniesieniu do wymagań sformułowanych przez zamawiającego w Załączniku nr 4g do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w zakresie części 7 postępowania, tj. wymagań wskazanych w następujących pozycjach Załącznika 4g do SWZ: l.p. 2, l.p. 3, l.p. 7.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 20, l.p. 22, l.p. 24, l.p. 25;

2) zarzutu opisanego w pkt I.2. *petitum* odwołania w odniesieniu do wymagań sformułowanych przez zamawiającego w Załączniku nr 4h do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w zakresie części 8 postępowania, tj. wskazanych w następujących pozycjach Załącznika 4h do SWZ: l.p. 2, l.p. 3, l.p. 8.1, l.p. 9.1, l.p. 10, l.p. 12, l.p. 13, l.p. 17, l.p. 18, l.p. 20, l.p. 24, l.p. 25, l.p. 32;

3) zarzutu opisanego w pkt II.1. *petitum* odwołania, a dotyczącego doboru kryteriów oceny ofert opisanych w Załączniku nr 4g do SWZ dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w zakresie części 7 postępowania w pozycjach l.p. 7.3 i l.p. 8.2;

4) zarzutu opisanego w pkt II.2. *petitum* odwołania, a dotyczącego doboru kryteriów oceny ofert opisanych w Załączniku nr 4h do SWZ, a dotyczącego aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w zakresie części 8 postępowania w pozycji l.p. 7.3.2.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Tytułem wstępu Izba zauważa, że w interesie zamawiającego jest zamówienie sprzętu wysokiej jakości z uwzględnieniem parametrów najwyższej jakości. Jak sam zamawiający wskazywał, jest on jednym z największych szpitali klinicznych w Polsce, świadczącym usługi medyczne i oferującym pacjentom kompleksową diagnostykę i leczenie na najwyższym światowym (posiada III stopień referencyjności). Jako szpital o najwyższym stopniu referencyjności zapewnia pacjentom, kadrze medycznej a także studentom Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego dostęp do najnowocześniejszych technologii, światowej wiedzy medycznej i badań klinicznych. Poprzez stałą rozbudowę infrastruktury i modernizację wyposażenia, dokłada wszelkich starań aby usługi świadczone na rzecz pacjentów, były usługami najwyższej jakości. Niezbędne też jest, aby dysponował najwyższej jakości aparaturą medyczną.

W ocenie Izby zamawiający ma prawo preferować rozwiązania, w szczególności dodatkowo punktować, które zapewnią mu określone funkcjonalności. Zamawiający opisując poszczególne wymagania mógł wziąć pod uwagę nie tylko względy medyczne/kliniczne, ale także i ekonomiczne, ergonomiczne, funkcjonalne, czy choćby dydaktyczne.

Jak zostanie przedstawione poniżej zamawiający w odniesieniu do większości kwestionowanych przez odwołującego parametrów przedstawił rzeczową argumentację, wskazującą na jego uzasadnione potrzeby w zakresie doboru poszczególnych parametrów granicznych, czy też dodatkowo punktowanych. Z drugiej strony, odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że sposób doboru parametrów przez zamawiającego w istocie powoduje, że wyłącznie Fresenius 5008 może zostać skutecznie zaoferowany w tym postępowaniu. Odwołujący nie przedłożył nawet karty katalogowej oferowanego przez siebie urządzenia, jak i urządzenia Braun, na które powoływał się w toku rozprawy. Nie można natomiast uznać za miarodajne dowodów w postaci specyfikacji dotyczących postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, jak i decyzji tychże zamawiających co do uwzględnienia zarzutów odwołującego.

Odnosnie poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu należy podnieść co następuje.

I. Zarzut dotyczący ukształtowania w postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz z Załącznikami nr 4g oraz 4h, stanowiącymi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa:

1. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4g do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 1) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 7 Postępowania

- w tym przypadku odwołujący podtrzymał jedynie zarzut w odniesieniu do parametru minimalnego sformułowanego w pozycji l.p. 11 tabeli, stanowiącej Załącznik nr 4g do SWZ:

„Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -60 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg”.

Zarzut potwierdził się.

Powołane przez odwołującego w podstawie prawnej ww. zarzutu przepisy stanowią:
Art. 16 pkt 1, 2 i 3 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.

Art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp:

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

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

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

Odwołujący odnośnie parametru wymaganego i opisanego w pozycji l.p. 11 Załącznika nr 4g do SWZ wskazywał, że nie ma znaczenia, do jakiej niższej wartości poniżej 0 mmHg spadło ciśnienie żyłne, lecz istotne jest, że spadło ono do 0 mmHg i poniżej. Wymaganie, aby określić jaką konkretnie wartość poniżej 0 mmHg przyjmuje ciśnienie żyłne wyłącznie ogranicza konkurencyjność.

Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił nawet rzeczowej argumentacji. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził jedynie, że: „Odwołujący wnioskował o zmianę wymagania na: *„Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum -50 ÷ +450 mmHg z dokładnością minimum ± 10 mmHg.*”. Zamawiający utrzymał wymaganie”. Na rozprawie zamawiający wyjaśniał jedynie, że dokonał analizy rynku, z której wynika, iż są dostępne rozwiązania dające możliwość pomiaru w przedziale zakreślonym przez niego, co czyni zadość zasadzie uczciwej konkurencji, ale jednocześnie nie potrafił w jakikolwiek sposób uzasadnić dlaczego ustanowił taki wymóg, tzn. przedziału o określonej wartości.

W ocenie Izby wymóg ten jest zatem nadmiarowy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, dlatego też Izba nakazała modyfikację SWZ w tym zakresie poprzez uwzględnienie w zakresie monitorowania ciśnienia żylnego wartości minimum nie mniejszej niż „-50” i nie większej niż „+450” mmHg. Izba podzieliła argumentację odwołującego - wobec braku przeciwnych twierdzeń zamawiającego - iż wskazanie konkretnej wartości pomiaru ciśnienia żylnego poniżej 0 mmHg nie ma znaczenia z punktu widzenia medycznego, a istotne jest tylko to, że wartość ta spada poniżej 0 mmHg, co jest niebezpieczne dla zdrowia pacjenta. Izba nakazała zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji SWZ w zakresie tego parametru z uwzględnieniem wartości minimum nie mniejszej niż „-50”, co oznacza, że zamawiający może przyjąć wyższą wartość np. „-20”, „-30”, ale nie niższą niż „- 50”, co umożliwi odwołującemu złożenie oferty w tym postępowaniu. Z tych też przyczyn, Izba nakazała uwzględnienie przy określeniu górnej wartości parametru wartości „+450”, sprecyzowanej przez odwołującego w żądaniu, mimo że odwołujący nie uzasadnił swojego wniosku co do zakresu żądanej zmiany w odniesieniu do górnej granicy monitorowania ciśnienia żylnego.

2. sformułowanie przez zamawiającego w Załączniku nr 4h do SWZ wymogów dotyczących parametrów aparatów do terapii nerkozastępczych (typ 2) w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie części 8 Postępowania:

- w tym przypadku odwołujący podtrzymał zarzut w odniesieniu do parametrów minimalnych sformułowanych w pozycji l.p. 7.1., l.p. 7.2., l.p. 11 oraz l.p. 22 tabeli, stanowiącej Załącznik nr 4h do SWZ.

Jako podstawę prawną zarzutu odwołujący wskazał na przytoczone powyżej przepisy art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4, 5 i 6 tej ustawy.

Izba uznała, że potwierdził się jedynie zarzut w odniesieniu do parametru minimalnego opisanego w pozycji l.p. 11 - „*Monitorowanie ciśnienia żylnego w zakresie minimum - 100 ÷ +500 mmHg z dokładnością minimum \pm 10 mmHg*”.

Argumentacja Izby jest tożsama jak wskazana powyżej przy uzasadnieniu uwzględnienia zarzutu w odniesieniu do parametru wymaganego opisanego w analogicznej pozycji l.p. 11 tabeli, Załącznika nr 4g do SWZ.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ poprzez uwzględnienie w zakresie parametru monitorowania ciśnienia żylnego wartości minimum nie mniejszej niż „-50” i nie większej niż „+450” mmHg.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu z następujących powodów.

a) zarzut dotyczący parametru minimalnego opisanego w pozycji l.p. 7.1.: „*Automatyczne zredukowanie przepływu dializatu do 100 - 150 ml/min podczas przygotowywania aparatu do pracy*”.

W ramach zarzutu odwołujący wskazywał, że parametr ten jest charakterystyczny wyłącznie dla jednego urządzenia – Fresenius 5008S. Przyznał też, że regulacja szybkości przepływu dializatu stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy, ale istotna jest możliwość regulacji tego przepływu przez personel medyczny. Podkreślił, że nie ma znaczenia klinicznego, aby ta regulacja dokonywana była automatycznie jeszcze przed rozpoczęciem zabiegu. Odwołujący zwrócił też uwagę, że w standardowej procedurze czas przygotowania i oczekiwania nie jest długi, więc oszczędność kilku litrów dializatu w stosunku do zużywanego w trakcie zabiegu stanowi niewielką różnicę.

Z kolei zamawiający podnosił, że odwołujący zaproponował dwukrotnie większą wartość maksymalną przepływu dializatu (ze 150 na 300 ml/min), co powoduje ryzyko niepotrzebnego, nadmiernego jego zużycia podczas przygotowania aparatu do pracy. Podkreślił, że rocznie wykonuje ponad 11 000 dializ, a zatem ekonomicznie uzasadnione jest minimalizowanie kosztów, czemu ma m.in. służyć zmniejszone zapotrzebowanie na dializat, kiedy nie są wykonywane dializy.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego i uznała, że względy ekonomiczne uzasadniają opisanie parametru w pozycji l.p. 7.1 Załącznika nr 4h do SWZ tak jak to uczynił zamawiający. Zamawiający opisując wymagania sprzętowe może brać pod uwagę nie tylko względy kliniczne/medyczne, choć oczywiście one powinny mieć priorytetowe znaczenie, ale także względy kosztowe związane z użytkowaniem danego sprzętu.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

b) zarzut dotyczący parametru minimalnego opisanego w pozycji l.p. 7.2: „Przepływ dializatu dostosowany do efektywnego przepływu krwi”.

Uzasadniając ww. zarzut odwołujący w zasadzie przywołał analogiczną argumentację jak w przypadku parametru opisanego w pozycji l.p. 7.1.

Zauważyć przy tym należy, że niezrozumiałe jest dlaczego odwołujący w swojej argumentacji powołuje się na kwestię regulacji szybkości przepływu dializatu przed rozpoczęciem zabiegu, a także na kwestię konkretnej metody regulacji szybkości przepływu dializatu. Argumentacja ta była adekwatna jedynie w odniesieniu do pozycji l.p. 7.1, a nie l.p. 7.2, gdzie jest mowa o przepływie dializatu dostosowanym do efektywnego przepływu krwi. Co więcej we wniosku o zmianę SWZ w tym zakresie odwołujący odwoływał się do pozycji l.p. 7.1. Na rozprawie odwołujący przedstawił dodatkowe uzasadnienie, wskazując, że co do zasady nie zmienia się w trakcie zabiegu przepływ dializatu, a jedynie regulowany jest przepływ krwi.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że funkcjonalność automatycznego doboru płynu dializacyjnego do przepływu krwi pacjenta zapewnia optymalizację pracy i mniejszą absorbcję personelu, a zatem jest lepszym rozwiązaniem od ustawiania ręcznego. Wskazał, że każdorazowa zmiana parametru przepływu krwi wymusza konieczność zmiany przepływu płynu dializacyjnego. Zwrócił też uwagę na wymiar ekonomiczny, albowiem automatyczny dobór zapewnia możliwość optymalizacji zużycia płynu.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego i uznała, że wymagany parametr ma znaczenie funkcjonalne dla zamawiającego. Przede wszystkim ma wpływ na większą automatyzację zabiegu dializy, co w konsekwencji przekłada się na optymalizację pracy personelu. Jak wyjaśniał zamawiający automatyczny dobór płynów do przepływu krwi zapewnia ciągłość zabiegu, bez konieczności nadmiernego angażowania personelu, tj. bez konieczności jego podejścia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

c) zarzut dotyczący parametru minimalnego opisanego w pozycji l.p. 22: „*Możliwość zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin*”.

W ramach zarzutu odwołujący wskazywał, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie znajduje uzasadnienia z medycznego punktu widzenia w celu w jakim będzie wykorzystywane urządzenie. Odwołujący wskazywał, że zabiegi w przewlekłej niewydolności nerek nie przekraczają 5h, zatem z medycznego punktu widzenia wymaganie w zakresie tego parametru nie ma znaczenia dla celu w jakim będą wykorzystywane urządzenia. Wymagany minimalny czas promuje Fresenius Medical Care Polska S.A.

Zamawiający zaś podnosił w odpowiedzi na odwołanie, że możliwość nieprzerwanego prowadzenia filtracji przez okres min. 20 godzin jest związana z zapewnieniem niektórych procedur wynikających ze względów medycznych, tj. stanu pacjenta i doboru sposobu jego leczenia. Zamawiający podkreślał, że Stacja Dializ w ośrodku akademickim musi posiadać możliwość przeprowadzenia szerokiej gamy zabiegów, w tym zabiegów typu SLED oraz zabiegów dializy z powodu zatruc egzogennych. W takich wypadkach konieczne jest prowadzenie zabiegów przez wiele godzin często – dłuższych niż 8 godzin.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez zamawiającego. Jak wynikało z przedstawionych stanowisk stron standardowa procedura dializy trwa 4 - 5 godzin i jest ona optymalna dla pacjenta. Jednak zdarzają się, choć raczej rzadko, przypadki, gdy takie zabiegi muszą trwać dłużej. Wynikało to nawet z treści stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie, gdzie odwołujący przytaczał takie przypadki (zatrucia), ale jednocześnie wskazywał, że ośrodek zamawiającego – stacja dializ - nie jest dedykowany dla tego typu zabiegów. Podkreślał też, że badania prowadzone w Europie wskazują, że dializy długie, które są prowadzone, trwają do 8 godzin, ale na pewno nie 20 godzin.

W ocenie Izby wymóg, aby oferowany aparat posiadał możliwość zaprogramowania zabiegu w pracy ciągłej (bez przerwy) w każdym typie filtracji przez minimum 20 godzin, jest uzasadniony. Nawet jeśli takie zabiegi są przeprowadzane sporadycznie, lecz w ocenie zamawiającego musi się on także liczyć z koniecznością ich przeprowadzenia w przyszłości, to świadczy to o tym, że w tym zakresie zamawiający wykazał swoje potrzeby, a polegające na konieczności zabezpieczenia odpowiedniego sprzętu dla wykonywania tego typu zabiegów, tj. trwających dłużej niż standardowa hemodializa. Z kolei odwołujący nie wykazał i nie uprawdopodobnił w żaden sposób, że zabieg hemodializy nie może, czy też,

że nie powinien w każdym przypadku trwać dłużej niż 8 godzin (wyznacznik czasowy proponowanej przez odwołującego zmiany i podnoszony w argumentacji na rozprawie) i, że faktycznie zamawiający nie będzie miał możliwości skorzystania z tej funkcji urzędnika w takim zakresie jak wymagany.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

II. Zarzut dotyczący ukształtowania kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta:

W ocenie Izby zarzut odwołania w tym zakresie nie potwierdził się.

Powołane przez odwołującego w podstawie prawnej ww. zarzutu przepisy stanowią:

Art. 16 pkt 1, 2 i 3 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.

Art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp: SWZ zawiera co najmniej:

- 18) opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;

Art. 240 ust. 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Poniżej uzasadnienie w odniesieniu do zarzutów odwołującego dotyczących poszczególnych parametrów dodatkowo punktowanych

1. dobór kryteriów oceny ofert - Załącznik nr 4g do SWZ (część 7 Postępowania):

- w tym przypadku odwołujący podtrzymał zarzut w odniesieniu do kryteriów oceny ofert opisanych w pozycjach l.p. 8.3, l.p. 29, l.p. 36 tabeli, stanowiącej Załącznik nr 4g do SWZ.

a) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 8.3 – „*Automatyczna regulacja okluzji rolek pompy krwi, bez konieczności dokonywania ręcznych regulacji. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Zdaniem odwołującego, ukształtowanie powyższego zapisu jest bezpodstawne i faworyzuje tylko jednego oferenta jakim jest Fresenius Medical Care Polska S.A., gdyż regulację okluzji rolek pompy krwi wykorzystuje się przy zmianie linii krwi na linie o mniejszej średnicy segmentu pompy (linie pediatryczne) i wtedy może mieć zastosowanie zmiana okluzji. Odwołujący nadmienił też, iż urządzenie Fresenius Medical Care Polska S.A. zgodnie z instrukcją i zaleceniami producenta pracuje tylko na jednej wielkości średnicy segmentu pompy jakim jest 8 mm.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że Stacja Dializ prowadzi dializy osób dorosłych, u których wymagane jest stosowanie różnych rodzajów drenów, nawet pediatrycznych, a ponadto na tych samych aparatach mogą być również dializowane dzieci z Kliniki Pediatrii, stąd konieczność szybkiej automatycznej regulacji okluzji rolek. Zamawiający posiada dwie stacje dializ - dorosłych i dzieci. Pacjenci dorośli dializowani są w obu stacjach dializ. Zamawiający podkreślił, że aparaty wyposażone w system zapewniający automatyczną regulację, bez konieczności ręcznej regulacji zapewnia dla stacji dializ większą automatyzację, mniejszą absorbcję personelu i wpływa na bezpieczeństwo pracy. Zamawiający powołał się też na aspekt ekonomiczny takiego rozwiązania.

Niekoniecznie zrozumiał jest aspekt ekonomiczny takiego rozwiązania, albowiem nie został on poparty szerszą argumentacją. Niemniej jednak, zamawiający, który zna swoje potrzeby wskazał, że prowadzi dializy osób dorosłych, gdzie także jest czasem wymagane stosowanie drenów pediatrycznych, a ponadto, iż na tych aparatach mogą być dializowane także dzieci z Kliniki Pediatrii. Co więcej, odwołujący sam podnosił, że przy liniach pediatrycznych segmentu pompy może mieć zastosowanie zmiana okluzji rolek pompy krwi.

Powyższe wskazuje, że opisany przez zamawiającego w l.p. 8.3. parametr może mieć znaczenie dla zamawiającego i nie jest on bezpodstawny. Odwołujący powoływał się, że zamawiający nie wskazuje wymogów, które mogłyby dać podstawę do twierdzenia, że będzie stosował linie o innej średnicy segmentu pompy. Nawet jeśli tak jest, to odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie będzie stosował linii pediatrycznych. W ocenie Izby zamawiający ma prawo dodatkowo punktować sprzęt, który w większym stopniu zabezpieczy jego potrzeby związane z leczeniem pacjentów. A ze stanowiska zamawiającego wynika, że nie wyklucza przeprowadzenia dializy także dzieci, a także, iż u osób dorosłych mogą być przypadki, gdy wykorzystuje się dreny pediatryczne.

Tym samym izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

b) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 29 – „*Centralny system blokowania kół. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Odwołujący w ramach zarzutu dotyczącego ww. kryterium oceny ofert podnosił, że postawiony przez zamawiającego wymóg jest nadmierny. Niezbędne jest bowiem zablokowanie aparatu, by nie mógł się on poruszyć w sytuacji niepożądanej, przy czym zablokowanie dwóch z czterech kół od strony technicznej jest wystarczające do spełnienia wymogu możliwości unieruchomienia aparatu. Według odwołującego, system centralnego blokowania kół nie jest w żaden sposób uzasadniony potrzebami zamawiającego, a stosowany jest jedynie przez jednego producenta.

Z kolei zamawiający uzasadniał wprowadzenie powyższego kryterium oceny ofert wskazując, iż możliwość centralnego blokowania kół jest funkcjonalnością związaną z jego ergonomiczną pracą i eksploatacją wpływającą m.in. na bezpieczeństwo i czas związany z przygotowaniem urządzenia. Wskazał też, że odwołujący postulował zmianę opisu kryterium na „*Możliwość blokowania kół*”, co jest zapisem nieprecyzyjnym i może też oznaczać, według zamawiającego, możliwość blokowania każdego z kół oddzielnie, a takie rozwiązanie jest rozwiązaniem gorszym od blokowania centralnego kół.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że nie jest to warunek graniczny, lecz parametr dodatkowo punktowany. Sam odwołujący przyznał, że niezbędna dla pracy urządzenia jest możliwość jego zablokowania. System centralnego blokowania kół wydaje się najbardziej optymalny. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację zamawiającego i uznała, że w pełni uzasadnione jest opisanie tego wymagania w ten sposób jak uczynił to zamawiający (również w zakresie wagi punktowej). Izba także podzieliła argumentację zamawiającego, iż wniosek odwołującego jest nieprecyzyjny, gdyż „*Możliwość blokowania kół*” można rozumieć jako dla każdego z kół oddzielnie, co niewątpliwie jest gorszym rozwiązaniem od centralnego systemu blokowania kół.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

c) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 36 – „*Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie – podać. TAK < 60 cm – 5 pkt ≥ 60 cm – 0 pkt*”.

Odwołujący podnosząc zarzut w ww. zakresie wskazywał na to, że przedmiotowe kryterium ma na celu uprzywilejowanie jednego urządzenia Fresenius 5008S produkcji Fresenius Medical Care Polska S.A. i zdobycie przez niego maksymalnej liczby punktów. Podkreślił, że wskazany parametr nie ma wpływu na terapię, zaś stanowiska do zabiegów hemodializ są tak zaprojektowane, aby był swobodny dostęp do aparatu oraz możliwość jego manewrowania.

Z kolei zamawiający wskazywał, że zaplanowana i przygotowana przestrzeń w nowej Stacji Dializ wymaga, by preferować urządzenia o jak najmniejszej szerokości. Rozwiązanie

o mniejszej szerokości, zajmujące mniejszą powierzchnię pracy, przekłada się na łatwiejszy dostęp do chorego podczas zabiegu. Jest to zwłaszcza istotne podczas konieczności wykonywania różnych zabiegów, w tym reanimacji pacjenta. Takie rozwiązanie daje możliwość zmieszczenia w stacji dializ większej ilości aparatów, co przekłada się na możliwość leczenia większej ilości chorych, a to z kolei ma przełożenie na wynik finansowy Stacji Dializ.

Także w odniesieniu do ww. wymagania Izba podzieliła argumentację zamawiającego, uznając, iż zamawiający ma prawo dodatkowo punktować urządzenia o mniejszych wymiarach, co też ułatwia dostęp do pacjenta. Rację miał też odwołujący, że w opisie kryterium o dodatkowych punktach decyduje mały margines różnicy, niemniej jednak, nawet małe różnice w zakresie szerokości podstawy urządzenia wpływają na łatwiejszy dostęp do pacjenta, czy też mogą powodować, że w sali zmieści się większa liczba urządzeń. Co do zasady słusznie odwołujący wskazywał też na rozprawie na samą konstrukcję urządzenia – szersza podstawa, góra węższa, jednak nie zmienia to oceny Izby, iż dla zagospodarowania przestrzeni i dostępu do pacjenta ma znaczenie szerokość podstawy urządzenia, która jest punktowana w ramach tego kryterium.

Wobec powyższego Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

2. dobór kryteriów oceny ofert - Załącznik nr 4h do SWZ (część 8 Postępowania):

- w tym przypadku odwołujący podtrzymał zarzut w odniesieniu do kryteriów oceny ofert opisanych w pozycjach l.p. 23, l.p. 27.1, l.p. 29, l.p. 36 tabeli, stanowiącej Załącznik nr 4h do SWZ

- co w efekcie - w ocenie odwołującego - stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 134 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp (brzmienie przepisów przywołane powyżej).

a) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 23 – „*Obsługa aparatu poprzez ekran dotykowy - Możliwość ustawienia ekranu w różnych położeniach. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Odwołujący podnosił, że ww. parametr w żaden sposób nie wpływa na możliwość prowadzenia zabiegu oraz jego skuteczność, dlatego też niezasadne i nadmierne jest przyznanie za niego aż 5 pkt. Dodał też, iż ekran służy do programowania danych zabiegu i odczytu przez personel kwalifikowany i aby takich zmian dokonać należy podejść do urządzenia, a w takiej sytuacji niezależnie od tego czy aparat jest wyposażony w ekran obrotowy czy nie operator ma pełen dostęp do ekranu dotykowego. Jednocześnie

odwołujący wnosił o zmniejszenie ilości punktów przyznanych za spełnienie tego parametru do 1 pkt lub o jego wykreślenie.

Natomiast zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał, że możliwość regulacji ekranu do obsługi aparatu ma istotne znaczenie dla komfortu, ergonomii pracy użytkownika, a tym samym i bezpieczeństwa pacjenta. Wskazywał, iż możliwość dostosowania widoczności na ekranie poprzez jego regulację do osoby obsługującej, warunków otoczenia wpływa na eliminację ewentualnych ryzyk związanych błędami ludzkimi. Na rozprawie zamawiający dodatkowo powoływał się na prowadzoną przez siebie działalność dydaktyczną w zakresie kształcenia studentów medycyny (łatwiejsza prezentacja treści wyświetlanych na ekranie poprzez możliwość jego regulacji).

Co do zasady należy zgodzić się z tym, że parametr ten nie wpływa na możliwość i skuteczność przeprowadzenia zabiegu i raczej jest irrelevantny z punktu widzenia bezpieczeństwa pacjenta, w tym zakresie twierdzenia zamawiającego Izba uznała za nieuzasadnione. Niemniej jednak możliwość ustawienia ekranu w różnych pozycjach ma wpływ na komfort i ergonomię pracy użytkownika, a zatem w tym względzie dodatkowe punktowanie tego parametru jest uzasadnione. Czy powinno być to 5 pkt czy 1 pkt to jest to niewątpliwie kwestia ocenna. Nie bez znaczenia jest też prowadzona przez zamawiającego działalność dydaktyczna, choć oczywiście pozostaje kwestią otwartą, czy omawianie informacji wyświetlających się na ekranie będzie możliwe w obecności innych pacjentów. Z drugiej strony zamawiający powoływał się na posiadanie sali jedno-, dwu-stanowiskowej.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarówno samo wymaganie, jak i jego waga punktowa są uzasadnione. W konsekwencji uznała, że zarzut nie potwierdził się.

b) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 27.1. – *„Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt”*.

Odwołujący odnosząc się do ww. wymagania wskazywał, że jest ono charakterystyczne wyłącznie dla jednego obecnego na rynku aparatu, tj. urządzenia Fresenius 5008S. Ponadto wskazywał, że korzystanie ze ssawek koncentratu wodorowęglanowego jest raczej krokiem wstecz, gdyż koncentrat wodorowęglanowy w suchych kapsułach lub workach jest nowocześniejszy i bezpieczniejszy ze względu na zerowe ryzyko kontaminacji podczas użytkowania, a także bezpieczniejsze przechowywanie, ponieważ proszek zawarty w kapsułach suchych jest nieaktywny i dopiero po zmieszaniu z wodą podczas procesu przygotowania koncentratu uzyskuje właściwości koncentratu. Jednocześnie odwołujący wnosił o zmianę opisu pozycji l.p. 27 poprzez nadanie treści następującej: *„Możliwość podłączenia ssawki do koncentratu wodorowęglanowego w płynie:*

TAK - 3 pkt/ Możliwość korzystania z koncentratu suchego. Tak.- 5 pkt" lub alternatywnie wykreślenie tego zapisu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał zaś, iż dopuszcza możliwość podłączenia ssawki do koncentratu zarówno w płynie, jak i koncentratu suchego, ale preferuje rozwiązanie do koncentratu w płynie ze względu na jego dostępność i popularność w wielu ośrodkach. Powołał się na własne doświadczenia z ostatnich miesięcy, które wskazują, że w przypadku koncentratu suchego dochodziło do konieczności wstrzymania jego klinicznego stosowania do czasu dostarczenia nowej partii koncentratu (w partii koncentratu wytrącał się osad, dyskwalifikując go do dalszego używania). Podkreślał, że brak możliwości użycia koncentratu w takich wypadkach uniemożliwiłoby prowadzenie zabiegów dializ.

W tym przypadku należałoby uznać, że oba rozwiązania mają swoje wady i zalety, które zostały wskazane przez strony. Jednakże biorąc pod uwagę doświadczenia własne zamawiającego, jak i powszechność rozwiązań z zastosowaniem koncentratu w płynie, Izba uznała, że zamawiający ma prawo „premiować” dodatkowymi punktami rozwiązania, które według jego są rozwiązaniami korzystniejszymi. Podkreślić też należy, że odwołujący w żaden sposób nie próbował wykazać, czy nawet uprawdopodobnić swoich twierdzeń w zakresie tego, iż możliwość korzystania z koncentratu suchego jest lepszym rozwiązaniem, czy też bezpieczniejszym.

Wobec powyższego Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

c) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 29 – *„Centralny system blokowania kół. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt”*.

Zarzut nie potwierdził się.

Argumentacja Izby jest tożsama jak wskazana powyżej przy uzasadnieniu oddalenia zarzutu w odniesieniu do kryterium oceny ofert opisanego w analogicznej pozycji l.p. 29 tabeli, Załącznika nr 4g do SWZ.

d) zarzut dot. kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 36 – *„Wymiar (szerokość) aparatu przy podstawie – podać. TAK < 60 cm – 5 pkt ≥ 60 cm – 0 pkt”*.

Zarzut nie potwierdził się.

Argumentacja Izby jest tożsama jak wskazana powyżej przy uzasadnieniu oddalenia zarzutu w odniesieniu do kryterium oceny ofert opisanego w analogicznej pozycji l.p. 36 tabeli, Załącznika nr 4g do SWZ.

Sygn. akt: KIO 956/21

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 956/21 oddalono w całości.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu w sposób nadmierny, nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, a nadto w sposób dyskryminacyjny, naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór kryteriów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do faktycznego braku możliwości uzyskania zamówienia przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby zamawiającego.

Okoliczność ta – w ocenie odwołującego – znajduje uzewnętrznienie w doborze kryteriów oceny ofert opisanych w Załączniku nr 4g do SWZ w pozycjach: l.p. 8.2 oraz l.p. 18.1, a także w Załączniku nr 4h do SWZ w pozycjach: l.p. 7.3.2; l.p. 18.1; l.p. 20 i l.p. 24.

Odwołujący w tym zakresie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 18 w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp. Brzmienie tych przepisów zostało przywołane powyżej w niniejszym uzasadnieniu w odniesieniu do sprawy o sygn. akt: KIO 618/21, w której to odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie tych samych przepisów prawa. Uwagi ogólne, poczynione przez Izbę przy przedstawieniu uzasadnienia rozstrzygnięcia do sprawy o sygn. akt: KIO 618/21 w zakresie zarzutów dotyczących doboru kryteriów oceny ofert, należy uznać za aktualne także na gruncie niniejszej sprawy, tj. o sygn. akt: KIO 956/21.

Poniżej uzasadnienie w odniesieniu do zarzutów odwołującego dot. poszczególnych kryteriów oceny ofert:

1. dobór kryteriów oceny ofert - Załącznik nr 4g do SWZ (część 7 Postępowania):

a) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w pozycji l.p. 8.2 – „*Regulacja przepływu pompy krwi w zakresie minimum: 20 – 600 ml/min.*”.

Odwołujący w ramach zarzutu dotyczącego ww. kryterium wskazywał, że zamawiający w wyniku modyfikacji SWZ doprecyzował sposób przyznawania punktów za ten parametr, uwzględniając zarzut odwołującego sformułowany w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku, iż sposób przyznania punktów jest nieprecyzyjny i daje zamawiającemu pełną swobodę w przyznawaniu punktacji. Zdaniem odwołującego poprzez modyfikację SWZ wprowadzono dwie nowe wartości, które uszczegóławiają i precyzują sposób przyznawania punktów za ten parametr. „*Wartość minimalną podanego wymagania*” ustalono na 20 ml/min., zaś „*maksymalną wartość podanego wymagania*” określono na 600 ml/min, przy

czym odwołujący kwestionował wartość maksymalną, która w jego ocenie została określona w sposób nadmierny, gdyż w praktyce tak wysokie przepływy nie mają zastosowania.

Odwołujący podawał, że wielkość przepływu krwi przez dializator jest istotnym czynnikiem wpływającym na skuteczność zabiegu. Jest on jednak ograniczony poborem krwi z cewnika bądź przetoki tętniczo-żylniej. Im wyższy przepływ przez dializator, tym wyższa musi być minutowa objętość wyrzutowa serca, by zapewnić odpowiedni przepływ krwi przez inne narządy organizmu pacjenta, a tym samym im większy przepływ przez dializator, tym wyższe ryzyko wystąpienia lub nasilenia niewydolności serca, na którą i tak już cierpi istotny odsetek pacjentów dializowanych. Tak więc nie stosuje się przepływów wyższych niż 500 ml/min, wobec czego przedział 20 - 500 ml/min. jest klinicznie wystarczający.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił uzasadniania dla tak opisanego wymagania, w tym dla wymaganego zakresu regulacji przepływu pompy krwi. Natomiast w toku rozprawy wskazywał na prowadzoną przez siebie działalność dydaktyczną oraz na to, że ma prawo i obowiązek uczyć studentów co się dzieje przy wszystkich możliwych sytuacjach, nawet tych ekstremalnych (przy czym wyjaśnił, że nie testuje ekstremalnych sytuacji na pacjentach tylko na urządzeniach symulujących prawdziwego pacjenta).

Oddalając zarzut dotyczący ww. parametru, który jest przez zamawiającego dodatkowo punktowany, Izba wzięła pod uwagę dwa aspekty.

Po pierwsze, modyfikacja SWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 15 marca 2021 roku w odniesieniu do pozycji l.p. 8.2. Załącznika nr 4g do SWZ nie zmieniła wartości zakresu regulacji przepływu pompy krwi, który został utrzymany na pierwotnie określonym poziomie, tj.: „*minimum: 20 – 600 ml/min.*”. W odniesieniu do tej pozycji odwołujący już w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku sformułował zarzut, wskazując m.in., iż: „*Tak więc nie stosuje się przepływów wyższych niż 500 ml/min. Wobec powyższego przedział 10-500 ml/min jest klinicznie wystarczający*”. Zarzut ten został następnie wycofany przez odwołującego w piśmie z dnia 11 maja 2021 roku, złożonym w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Modyfikacja SWZ z dnia 15 marca 2021 roku jedynie miała na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości w jaki sposób zamawiający będzie oceniał przedmiotowe wymaganie, co znalazło swój wyraz w dodaniu zapisu o treści: „*Punkty nie będą przyznane jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 20 ml/min i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza od 600 ml/min.*”. W pozostałym zakresie treść przedmiotowego wymagania pozostała bez zmian, w tym co do wartości wymaganego zakresu regulacji. Zatem, zarzut w tym zakresie Izba uznała za spóźniony.

Po drugie, Izba uznała też, że uzasadnienie zamawiającego odwołujące się do prowadzonej działalności dydaktycznej na rzecz studentów, jest wystarczające do tego, aby uznać prawidłowość tak sformułowanego wymagania. Wprawdzie odwołujący podnosił, że firmy chętnie udostępniają ośrodkom akademickim w celach naukowych swoje urządzenia, to jednak należało uznać, że zamawiający określając swoje wymagania, w tym dodatkowo punktowane, mógł wziąć pod uwagę nie tylko aspekt medyczny/kliniczny prowadzonej działalności, ale także i dydaktyczny, czy też względy ekonomiczne lub inne, które pozwolą mu otrzymać sprzęt odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom. Dodać też należy, że choć przekonująca była argumentacja odwołującego, iż przy wysokich przepływach krwi, serce zdecydowanie intensywniej pracuje, jest też ryzyko spadków ciśnienia, to jednak nie została ona poparta innymi dowodami, a co istotne ze stanowiska odwołującego na rozprawie wynikało, że także nie stosuje się przepływów krwi na poziomie 500 ml/min, bo byłby to zabieg zbyt agresywny dla zdrowia pacjenta, lecz stosuje się przepływy na poziomie 200-350ml, ekstremalnie 400 ml/min, przy czym sam wnioskując o zmianę wymagania zaproponował określenie wartości maksymalnej na poziomie „500 ml/min. Zatem, argumentacja odwołującego nie jest zbieżna z przedstawionym przez niego wnioskiem o modyfikację SWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się, przy czym zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu miało to, że kwestionowany przez odwołującego zakres regulacji przepływu pompy krwi nie uległ zmianie w stosunku do treści SWZ określonej pierwotnie, tj. w dniu 15 lutego 2021 roku.

b) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 18.1 – „*Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Odwołujący podnosił, że w wyniku modyfikacji SWZ z dnia 15 marca 2021 roku zamawiający wprowadził zmianę polegającą na „premiowaniu” pomiaru ultrafiltracji metodą objętościową, która to metoda stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, natomiast nie ma merytorycznego uzasadnienia. Odwołujący podkreślił, że istnieją różne metody pomiaru ultrafiltracji, a alternatywnym i spełniającym wymogi kliniczne jest metoda ciągłego elektromagnetycznego pomiaru z kontrolowaną w sposób ciągły ultrafiltracją, która jakościowo nie różni się od wymagania zamawiającego. Zdaniem odwołującego, kryterium to (w szczególności łącznie z innymi kryteriami) w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający odnośnie ww. kryterium wskazywał, że doświadczenia własne zamawiającego z ostatnich miesięcy wskazują na dużą awaryjność innych metod pomiaru ultrafiltracji niż objętościowa, co skutkowało unieruchomieniem aparatów na kilka tygodni

do czasu naprawy lub ponownej kalibracji. Preferowanie metody objętościowej wynika również z zapewnienia wysokiej dokładności pomiarowej, przy jednoczesnym braku konieczności kalibracji układu pomiarowego pomiędzy okresami przeglądowymi (nawet co 2 lata). Całość, w ocenie zamawiającego, wpływa na optymalizację pracy stacji dializ.

Izba uznała za przekonującą argumentację zamawiającego, który w oparciu o własne doświadczenia, sformułował kryterium dodatkowo punktowane, a które pozwoli premiować urządzenia zapewniające wysoką dokładność pomiarową i nie wymagające kalibracji. Z drugiej strony odwołujący, poza przedstawieniem własnych twierdzeń w tym zakresie, nie uprawdopodobnił nawet, że inne metody pomiaru ultrafiltracji jakościowo nie różnią się od wymagania zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

2. dobór kryteriów oceny ofert - Załącznik nr 4h do SWZ (część 8 Postępowania):

a) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 7.3.2 – *„Ustawienie przepływu dializatu w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt. Punkty nie będą przyznane jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 0 ml/min i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza od 1000 ml/min.”.*

Odwołujący podnosił, że zamawiający doprecyzował sposób przyznawania punktów za niniejszy parametr, uwzględniając jednocześnie zarzut podnoszony w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku, że wskazany przez niego sposób przyznawania punktów jest niejasny, nieprecyzyjny i w zasadzie daje zamawiającemu pełną swobodę w przyznawaniu punktacji na etapie oceny złożonych ofert. Według odwołującego, poprzez modyfikację SWZ wprowadzono dwie nowe wartości, które uszczegóławiają i precyzują sposób przyznawania punktów za ten parametr. *„Wartość minimalną podanego wymagania”* ustalono na 0 ml/min., zaś *„maksymalną wartość podanego wymagania”* określono na 1000 ml/min. W ocenie odwołującego parametry te zostały określone w sposób nadmierny, gdyż w praktyce tak wysokie oraz niskie przepływy nie mają zastosowania, niezależnie od deklaracji producenta. Odwołujący zauważył przy tym, że zazwyczaj przepływy dializatu są nie wyższe, niż 600 ml/min. Hemodializa jest zabiegiem, w którym z założenia stosowany jest dializat, do którego z krwi pacjenta transportowane są usuwane toksyny. Odwołujący stwierdził, że wymaganie jego przepływu w zakresie od 0 ml/min uniemożliwia prawidłowe i skuteczne prowadzenie zabiegu, a zatem nie jest uzasadnione. W ocenie odwołującego, równoważnym wymogiem są parametry przepływu w przedziale 300 - 800 ml/min., które są zgodne z celem w jakim omawiany parametr został wskazany przez zamawiającego. Przepływ dializatu

w zakresie 0 - 1000ml/min. jest cechą charakterystyczną dla urządzenia jednego producenta - Fresenius Medical Care Polska S.A.

Zamawiający natomiast wskazywał, że utrzymał wymaganie i nie dokonał jego modyfikacji. Podkreślił, że szerokie spektrum regulacji szybkości przepływu daje możliwość zamawiającemu dostosowanie warunków dializy do specyfiki prowadzonego leczenia, np. małymi przepływami. Dotyczy to na przykład zabiegów typu SLED, gdzie może zaistnieć konieczność stosowania przepływów dializatu rzędu poniżej 300 ml/min np. 150 - 200 ml/min.

Oddalając zarzut dotyczący ww. parametru, który jest przez zamawiającego dodatkowo punktowany, Izba wzięła pod uwagę dwa aspekty.

Po pierwsze, modyfikacja SWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 15 marca 2021 roku w odniesieniu do pozycji l.p. 7.3.2 Załącznika nr 4h do SWZ nie zmieniła wartości zakresu ustawienia przepływu dializatu, który został utrzymany na pierwotnie określonym poziomie, tj.: *„w zakresie nie mniejszym niż 0 - 1000 ml/min.”*. W odniesieniu do tej pozycji odwołujący już w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 roku sformułował zarzut, wskazując m.in., iż: *„zwykle wymagane, przepływy dializatu są nie wyższe, niż 600 ml/min. Hemodializa jest zabiegiem, w którym z założenia stosowany jest dializat, do którego z krwi pacjenta transportowane są usuwane toksyny. Tak więc wymaganie jego przepływu w zakresie od 100 ml/min uniemożliwia prawidłowe i skuteczne prowadzenie zabiegu, zatem wymaganie określone przez Zamawiającego jest niczym nieuzasadnione. Wskazać również trzeba, że równoważnym wymogiem do wskazanego przez Zamawiającego są parametry przepływu w przedziale 300-800 ml/min., które są zgodne z celem w jakim omawiany parametr został wskazany przez Zamawiającego. Natomiast określenie wymagania w zakresie omawianego parametru, tj. przepływ dializatu w zakresie 100-1000 ml/min. jest charakterystyczny dla jednego producenta Fresenius Medical Care Polska S.A.”*. Zarzut ten został następnie wycofany przez odwołującego w piśmie z dnia 11 maja 2021 roku, złożonym w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Modyfikacja SWZ z dnia 15 marca 2021 roku jedynie miała na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości w jaki sposób zamawiający będzie oceniał przedmiotowe wymaganie, co znalazło swój wyraz w dodaniu zapisu o treści: *„Punkty nie będą przyznane jeżeli wartość minimalna podanego wymagania będzie większa od 0 ml/min i/lub wartość maksymalna podanego wymagania będzie mniejsza od 1000 ml/min”*. W pozostałym zakresie treść przedmiotowego wymagania pozostała bez zmian, w tym co do wartości wymaganego zakresu ustawienia przepływu dializatu. Zatem, zarzut w tym zakresie Izba uznała za spóźniony.

Po drugie, Izba uznała też za przekonujące uzasadnienie zamawiającego odwołujące się do kwestii konieczności zapewnienia szerokiego spektrum regulacji szybkości przepływu, co ma m.in. umożliwić mu dostosowanie warunków zabiegu do specyfiki prowadzonego leczenia.

Zamawiający co prawda odniósł się w przykładzie do małych przepływów, a nie tych przekraczających poziom 600 ml/min., lecz z drugiej strony brak było jakichkolwiek prób uprawdopodobnienia ze strony odwołującego, że w praktyce nie ustawia się przepływu dializatu na tak wysokim poziomie.

Przede wszystkim jednak Izba uznała ten zarzut za zarzut spóźniony, jako że dotyczył on wymagania, które co do swej istoty nie uległo zmianie w związku z modyfikacją SWZ z 15 marca 2021 roku, lecz pozostało w brzmieniu pierwotnym (z dodatkowym zapisem wyjaśniającym sposób przyznawania punktów).

b) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 18.1 – „*Pomiar ultrafiltracji metodą objętościową. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Argumentacja Izby jest tożsama jak wskazana powyżej przy uzasadnieniu oddalenia zarzutu w odniesieniu do kryterium oceny ofert opisanego w analogicznej pozycji l.p. 18.1 tabeli, Załącznika nr 4g do SWZ.

c) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 20 – „*Współpraca z monitorem masy ciała. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt*”.

Odwołujący podnosił, że w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 r. kwestionował ukształtowanie przez zamawiającego niniejszego parametru jako warunku udziału w Postępowaniu i wnioskował o usunięcie niniejszego wymogu. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i usunął niniejszy wymóg, jednocześnie czyniąc z niego jedno z kryteriów oceny ofert. W ocenie odwołującego modyfikacja ta nie ma merytorycznego, medycznego uzasadnienia dla prowadzenia zabiegu hemodializy, a stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, które mają taką funkcjonalność. Odwołujący jednocześnie wskazywał, że pomiar masy ciała pacjenta przed i po zabiegu stanowi istotny kliniczny element zabiegów hemodializy i zabiegów pokrewnych, ale nie ma znaczenia, jaką metodą uzyskiwane są te informacje. Zastosowanie wymogu konkretnej metody detekcji określonej przez zamawiającego stanowi wskazanie na jeden aparat jednego oferenta.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że możliwość wykorzystania danych pomiarowych z monitora masy ciała zapewni dodatkowo, poza wagą pacjenta, informacje o składzie ciała (na przykład masa wody) istotne w procesie

dializowania. Taka współpraca z urządzeniem zapewnia optymalizację pracy w stacji dializ i znacząco ułatwia pracę personelowi.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego, uznając, iż ma on prawo dodatkowo punktować parametr dotyczący współpracy z monitorem masy ciała. Zaznaczyć przy tym należy, że nie jest to warunek graniczny, lecz pozwalający na uzyskanie dodatkowych punktów. Funkcjonalność ta umożliwiła pozyskanie danych pomiarowych (dotyczących i masy ciała i informacji dotyczących składu ciała istotnych z punktu widzenia przeprowadzanego zabiegu) z monitora masy ciała, a w konsekwencji pozwala na ustalenie optymalnej ultrafiltracji, jak i ma wpływ na ułatwienie pracy personelowi pielęgniarskiemu.

Sam odwołujący wskazywał, że pomiary stanowią istotny kliniczny element zabiegów hemodializy, przy czym podkreślał, że są różne metody ich uzyskania. Funkcjonalność premiowaną przez zamawiającego odwołujący kwestionował tylko i wyłącznie z tego powodu, że w jego ocenie preferuje ona urządzenia producenta Fresenius. Na rozprawie podnosił, że ocena składu ciała przy tej metodzie jest dokonywana z pewnym prawdopodobieństwem (a nie pewnością pomiaru), ale swoich twierdzeń w tym zakresie nie wykazał.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

d) zarzut dotyczący kryterium oceny ofert opisanego w l.p. 24 – *„Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu dwóch lub więcej ostatnich wykonanych zabiegów. TAK – 5 pkt NIE – 0 pkt”*.

Odwołujący podnosił, że w odwołaniu z dnia 25 lutego 2021 r. kwestionował ukształtowanie przez zamawiającego parametru *„Możliwość przeglądania na aparacie historii przebiegu minimum 3 ostatnich wykonanych zabiegów”* jako warunku udziału w Postępowaniu i wnioskował o usunięcie niniejszego wymogu. Zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego i usunął ten wymóg, jednocześnie czyniąc z niego jedno z kryteriów oceny ofert. W ocenie odwołującego powyższe wymaganie nie znajduje uzasadnienia z medycznego punktu widzenia w celu w jakim będzie wykorzystywane urządzenie. Wiele dostępnych na rynku urządzeń daje możliwość zapisania danych zabiegu jednak możliwość zapisania danych trzech (oraz minimum dwóch) ostatnich zabiegów jest charakterystyczna dla urządzenia producenta Fresenius Medical Care Polska. Odwołujący wskazywał, że zastosowana przez zamawiającego modyfikacja nie ma merytorycznego, medycznego uzasadnienia dla prowadzenia zabiegu hemodializy, a stanowi jedynie wyraz premiowania urządzeń Fresenius, które mają taką funkcjonalność. Zwrócił również uwagę na fakt, że dane dotyczące danego zabiegu zapisywane są w dokumentacji medycznej danego pacjenta, więc nie ma potrzeby, aby odtwarzać je z pamięci urządzenia.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że zamawiający w ramach swojej działalności prowadzi, poza leczeniem, również nauczanie studentów Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego. Opisana funkcjonalność daje możliwość praktycznego omawiania rzeczywistych przypadków pacjentów i sposobu ustawienia parametrów dializowania. Wszystko w połączeniu z uzupełnieniem o bieżące wyniki badań stanowi o pokazaniu praktycznych aspektów całego procesu dializoterapii.

Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego, uznając, iż w ramach kryteriów oceny ofert może dodatkowo punktować rozwiązania, które ułatwią mu prowadzenie działalności dydaktycznej. Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że funkcjonalność polegająca na przeglądaniu na aparacie historii więcej niż jednego zabiegu daje możliwość praktycznego omawiania takich przypadków, jak i daje możliwość lepszego zobrazowania procesu dializy (niezależnie od tego, że dane te i tak znajdują się w karcie pacjenta, na co wskazywał odwołujący w swoim stanowisku).

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie w sprawie KIO 956/21 w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Stosownie do § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania

po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, przy czym zgodnie z § 7 ust. 3 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Natomiast przepis § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, iż w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Rozstrzygając o kosztach Izba uwzględniła okoliczność, że zamawiający w toku rozprawy przedłożył jeden rachunek na kwotę 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego bez wskazania, której ze spraw ten rachunek dotyczy, w związku z czym w poczet kosztów postępowania odwoławczego każdej ze spraw (tj. KIO 618/21 i KIO 956/21), Izba zaliczyła połowę ww. kwoty, tj. po 1.800 zł.

W sprawie o sygn. akt: KIO 618/21, Izba rozdzieliła stosunkowo koszty postępowania odwoławczego, tj. kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego i wynagrodzenie pełnomocników stron. Z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołującego dotyczących 2 kwestionowanych przez niego parametrów spośród 12, które podlegały rozstrzygnięciu, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego strony w stosunku 1 do 6, i obciążyła kosztami odwołującego w części 5/6 a zamawiającego w części 1/6.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie KIO 618/21 kwotę 15.000 uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 1.800 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, co daje łączną kwotę: 20.400 zł. 1/6 z kwoty 20.400 zł to kwota 3.400 zł. Zamawiający winien zatem ponieść koszty w kwocie 3.400 zł, a odwołujący w kwocie 17.000 zł.

Uwzględniając, iż zamawiający poniósł koszty wynagrodzenia swojego pełnomocnika w kwocie 1.800 zł, Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.600 zł.

W sprawie o sygn. akt: KIO 956/21, w której Izba oddaliła odwołanie w całości, zasądzono od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1.800 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: