

Warszawa, dnia 04 listopada 2024 r.

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

Zamawiający:
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
Im. Św. Jana z Dukli
Ul. Dr K. Jaczewskiego 7
20-090 Lublin
adres poczty elektronicznej: zampub@cozl.eu

Odwołujący:
Biochem Polska S.A.
Nowa 23, Stara Iwiczna,
05-500 Piaseczno
KRS nr: **0001020359**
reprezentowany przez
adw. Kamilę Podwapińską
„PSK Podwapińska, Brzezińska Adwokaci”
Spółka Partnerska
ul. Samochodowa 2 lok. 21, 02-652 Warszawa
e-mail: podwapinska@pskl.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Dostawa drobnego asortymentu/sprzętu medycznego (pompy elastomerowe, pojemniki na odpady, golarki, koce, fartuchy foliowe, myjki itp.) na potrzeby COZL.**”, Numer sprawy: **COZL/DZP/AW/3411/PN-147/24.**

WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia, które Zamawiający opublikował w dniu 25 października 2024 roku. **10-dniowy termin na złożenie odwołania upływa zatem w dniu 4 listopada 2024 roku, a odwołanie składane jest w terminie.**
2. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. **Potwierdzenie przelewu w załączeniu.**
3. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającemu **w dniu 4 listopada 2024 roku .**
4. Nr sprawy: **COZL/DZP/AW/3411/PN-147/24**
5. Nr publikacji ogłoszenia: 648490-2024
6. Link do dokumentów postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/999552>

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w zakresie czynności Zamawiającego polegających na sporządzeniu dokumentów zamówienia w zakresie

opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego pakietu 11:

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów produktu, który uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, naruszając tym samym zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,
- w sposób, wskazujący faktycznie na jeden produkt konkretnego producenta, a zatem w sposób który umożliwia zaoferowanie wyłącznie konkretnego asortymentu, co powoduje uprzywilejowanie konkretnych wykonawców i produktów i eliminuje z postępowania Odwołującego, który w wyniku działań Zamawiającego nie ma możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a zakwestionowane parametry nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego, a zmierzają jedynie do wyeliminowania konkurencyjnych firm w postępowaniu i zakupu konkretnego produktu.

W konsekwencji powyższego, zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp - poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych niezapewniających najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
2. art. 99 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie parametrów dotyczących produktu) w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki ich dobór, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty i wymuszają zaoferowanie produktów konkretnego producenta;
3. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp – poprzez opisanie parametrów produktów ograniczający do możliwości zaoferowania tylko jednego produktu, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie Odwołującemu, który oferuje produkt o parametrach nie gorszych niż opisany przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem ofertę może złożyć jeden wykonawca, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty przez Odwołującego, a zatem poprzez modyfikację opisu produktów w pakiecie 11 lub rozszerzenie opisu o rozwiązania opisane poniżej odpowiednio:

Pakiet 11 pozycja 1

Przenośny jałowy, aseptyczny system infuzyjny, posiadający zbiornik z elastomeru silikonowego zamiast poliizoprenu, oraz ogranicznik przepływu, zapewniający przepływ leku przez określony czas przy nominalnej prędkości przepływu. Urządzenie wyposażone w filtr cząstek stałych i powietrza na drenie. Selekcję zanieczyszczeń na przebiegu linii zapewnia podanie leku w bezpiecznym dla pacjenta i personelu w mikrobiologicznie zamkniętym systemie. Dren z klemą umożliwiającą zatrzymanie infuzji w sytuacjach awaryjnych z możliwością odłączenia klemy przed rozpoczęciem infuzji (zapobiega to przypadkowym manipulacjom pacjenta). W elementach mających kontakt z podawanym lekiem, wolne od DEHP. Zbiornik elastomeru umieszczony w zewnętrznej obudowie blokującej promieniowanie UV. Napełnianie systemu odbywa się przez centralnie umieszczony port wyposażony w: połączenie Luer Lock, przykręcaną pokrywę z wygodnym uchwytem, zawór uniemożliwiający cofanie się/wyciek płynu po odłączeniu strzykawki. System infuzyjny sprawdzony pod względem stabilności ze stosowanymi cytotstatykami (np.5-FU). Urządzenie zapewnia dostarczenie żądanej, nominalnej objętości w zakresie +/-10% nominalnego czasu wlewu.

Urządzenie pakowane pojedynczo, dla każdego pacjenta futerał. Prędkość przepływu 5ml/h; Objętość nominalna 275ml, objętość maksymalna 335ml. Nominalny czas podawania 48h. Objętość resztkowa poniżej 3ml. System infuzyjny sklasyfikowany jako wyrób medyczny klasy IIb.

Pakiet 11 pozycja 2

Przenośny jałowy, apirogeny system infuzyjny, posiadający zbiornik z elastomeru silikonowego zamiast poliizoprenu, oraz ogranicznik przepływu, zapewniający przepływ leku przez określony czas przy nominalnej prędkości przepływu. Urządzenie wyposażone w filtr cząstek stałych i powietrza na drenie. Selekcję zanieczyszczeń na przebiegu linii zapewnia podanie leku w bezpiecznym dla pacjenta i personelu w mikrobiologicznie zamkniętym systemie. Dren z klemą umożliwiającą zatrzymanie infuzji w sytuacjach awaryjnych z możliwością odłączenia klemy przed rozpoczęciem infuzji (zapobiega to przypadkowym manipulacjom pacjenta). W elementach mających kontakt z podawanym lekiem, wolne od DEHP. Zbiornik elastomeru umieszczony w zewnętrznej obudowie blokującej promieniowanie UV. Napełnianie systemu odbywa się przez centralnie umieszczony port wyposażony w: połączenie Luer Lock, przykręcaną pokrywę z wygodnym uchwytem, zawór uniemożliwiający cofanie się/wyciek płynu po odłączeniu strzykawki. System infuzyjny sprawdzony pod względem stabilności ze stosowanymi cytostatykami (np.5-FU). Urządzenie zapewnia dostarczenie żądanej, nominalnej objętości w zakresie +/-10% nominalnego czasu wlewu. Urządzenie pakowane pojedynczo, dla każdego pacjenta futerał. Prędkość przepływu 2ml/h; Objętość nominalna 275ml, objętość maksymalna 335ml. Nominalny czas podawania 120h. Objętość resztkowa poniżej 3ml. System infuzyjny sklasyfikowany jako wyrób medyczny klasy IIb.

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Po analizie treści dokumentacji zamówienia Odwołujący stwierdził jednak, że nie może ubiegać się o niniejsze zamówienie, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pakietu 11 w taki sposób, że można zaoferować tylko produkty jednego producenta – firmy Baxter, a produkty które posiada Odwołujący nie mogą być zaoferowane z uwagi na postawione parametry wykluczające inne produkty poza dokładnie opisanym przez Zamawiającego. W konsekwencji w sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i nie może liczyć na uzyskanie zamówienia. Tym samym wprost może ponieść szkodę w związku z bezprawnymi zachowaniami Zamawiającego. Prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami prawa, w tym w szczególności w tak istotnych obszarach jak opis przedmiotu zamówienia, jest obowiązkiem każdego Zamawiającego. Wskazywanie w postępowaniu na konkretny produkt, konkretnego producenta pozbawia możliwości konkurowania przez Wykonawców w postępowaniu i uzyskania zamówienia.

UZASADNIENIE

W dniu 25 października 2024 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie oraz dokumentację zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został wskazany w załączniku 2.11 do SWZ. W ramach pakietu nr 11 Zamawiający wskazał w formularzu pompy elastomerowe z ich parametrami:

Lp	ASORTYMENT
1	<p>Pompy elastomerowe dwudniowe. (LV5) Posiadające przenośny, jałowy, apirogenny system infuzyjny wykorzystujący zbiornik elastomerowy z syntetycznego poliizoprenu oraz ogranicznik przepływu, zapewniający przepływ leku przez określony czas przy nominalnej prędkości przepływu. Urządzenie wyposażone w filtr cząstek stałych wbudowany w zbiornik elastomerowy (bez filtra na przebiegu linii – zapewniający tym samym podanie leku w bezpiecznym dla pacjenta i personelu systemie z zamkniętą linią infuzyjną). Brak klamry zaciskowej w przebiegu linii z uwagi na możliwość samodzielnej lub przypadkowej manipulacji przez pacjenta. W elementach mających kontakt z podawanym lekiem, wolne od DEHP. Zbiornik elastomeru umieszczony w zewnętrznej obudowie blokującej promieniowanie UV do długości fali 380nm, umożliwiającej wizualną kontrolę postępu wlewu. Port do napełniania urządzenia wbudowany w kapturek wyposażony w połączenie Louer – Lock, zapewniające możliwość szczelnego podłączenia strzykawki i zabezpieczenia portu korkiem po wypełnieniu. System infuzyjny sprawdzony pod względem stabilności ze stosowanymi cytostatykami (np.5-FU). Urządzenie musi zapewniać dostarczenie żądanej, nominalnej objętości w zakresie +/- 10% nominalnego czasu wlewu. Urządzenie pakowane pojedynczo, dla każdego pacjenta futerał. Prędkość przepływu 5ml/h; Objętość nominalna 240ml (max. 300ml) Nominalny czas podawania 48h Objętość resztkowa 3ml System infuzyjny sklasyfikowany jako wyrób medyczny klasy IIb.</p>
2	<p>Pompy elastomerowe pięciodniowe.(LV2) Posiadające przenośny, jałowy, apirogenny system infuzyjny wykorzystujący zbiornik elastomerowy z syntetycznego poliizoprenu oraz ogranicznik przepływu, zapewniający przepływ leku przez określony czas przy nominalnej prędkości przepływu. Urządzenie wyposażone w filtr cząstek stałych wbudowany w zbiornik elastomerowy (bez filtra na przebiegu linii – zapewniający tym samym podanie leku w bezpiecznym dla pacjenta i personelu systemie z zamkniętą linią infuzyjną). Brak klamry zaciskowej w przebiegu linii z uwagi na możliwość samodzielnej lub przypadkowej manipulacji przez pacjenta. W elementach mających kontakt z podawanym lekiem, wolne od DEHP. Zbiornik elastomeru umieszczony w zewnętrznej obudowie blokującej promieniowanie UV do długości fali 380nm, umożliwiającej wizualną kontrolę postępu wlewu. Port do napełniania urządzenia wbudowany w kapturek wyposażony w połączenie Louer – Lock, zapewniające możliwość szczelnego podłączenia strzykawki i zabezpieczenia portu korkiem po wypełnieniu. System infuzyjny sprawdzony pod względem stabilności ze stosowanymi cytostatykami (np.5-FU). Urządzenie musi zapewniać dostarczenie żądanej, nominalnej objętości w zakresie +/-10% nominalnego czasu wlewu. Urządzenie</p>

pakowane pojedynczo, dla każdego pacjenta futerał.
Prędkość przepływu 2ml/h;
Objętość nominalna **240ml (max. 300ml)**
Nominalny czas podawania 120h
Objętość resztkowa 3ml
System infuzyjny sklasyfikowany jako wyrób medyczny klasy IIb.

Powyższy opis parametrów pozwala na złożenie oferty na produkty tylko jednego producenta – firmy Baxter.

Pragniemy nadmienić, że pompa o pojemności 275ml wypełniona do 240ml poda ten sam lek w ten sam sposób jak pompa 240ml. Nadmieniamy że pojemność nominalna 275ml pozwala na podaż leku z tolerancją zgodną z normą ISO 28620 czyli mieści się w zakresie 10-15%.

Ponadto elastomer silikonowy jest materiałem analogicznym, o analogicznej precyzji do poliizoprenu, co potwierdza również fakt, że oprócz dopuszczanych przez nas pomp firmy Ace Medical, zbiornik z elastomeru silikonowego posiada również znany i renomowany producent-firma BBraun,

Bezpodstawny jest również wymóg „bez filtra na przebiegu linii”. Brak filtra na drenie stanowi zwiększone zagrożenie pacjenta ze względu na ryzyko przedostania się pęcherzyków powietrza lub ewentualnych krystalizatów leku. Filtry cząsteczkowe na ostatnim odcinku zestawów do przetoczeń są powszechnie stosowane dla ochrony pacjenta przed infuzją ewentualnych krystalizatów leków, pęcherzyków powietrza lub zanieczyszczeń pochodzących ze zbiorników infuzyjnych. W żaden sposób również nie naruszają systemu zamkniętego, zapewniona jest pełna ochrona mikrobiologiczna podawanego leku.

Zwracamy również uwagę, że tylko pompy firmy Baxter nie posiadają filtra na drenie. Wszyscy inni producenci pomp m.in. Ace Medical, BBraun, Multimedical, Leventon stosują filtr na drenie dla ochrony pacjenta.

Bezpodstawny jest również wymóg „brak klamry zaciskowej w przebiegu linii” szczególnie jeśli możliwe jest zdjęcie klamry przed rozpoczęciem terapii. Pragniemy nadmienić, że zacisk ten jest ważny u pacjentów wychodzących do domu na czas terapii onkologicznej, ponieważ w przypadku wyczerpania leku pacjent musi mieć możliwość zatrzymania wlewu.

Analizując powyższe powzięć należy wniosek, iż Zamawiający ograniczając uczciwą konkurencję w zakresie pakietu 11 przedmiotowego postępowania ograniczył również możliwość zaoferowania produktów o parametrach nie gorszych, a w wielu aspektach lepszych niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 19 maja 2023 roku (KIO 1207/23) Izba wskazała, że uzasadnione potrzeby zamawiającego muszą współzystawać z wyraźnie wyróżnionymi w p.z.p. zasadami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji (...). Uzasadnione potrzeby zamawiającego to swoisty, niewyraźny normatywnie, pozaustawowy, ukształtowany przez praktykę orzeczniczą, weryfikator (miernik) legalności działań i zaniechań zamawiających. Jest to trwały element systemu zamówień publicznych, uniezależniony od skonkretyzowanych regulacji prawnych, kształtujących proces przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień. W istocie bowiem przyczyną i początkiem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest

zamiar i konieczność zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego wykonującego zadania stanowiące przedmiot jego, co do zasady, statutowej działalności.

W niniejszym postępowaniu równowaga ta nie została zachowana, ponieważ oczekiwania Zamawiającego co do parametrów produktu, nie stanowią o lepszej funkcjonalności pompy, a jedynym celem takiego opisu jest uzyskanie w postępowaniu produktu konkretnej firmy.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób pośredni – nie wprost uniemożliwił zaferowanie innych produktów niż produkt firmy Baxter. W takim przypadku Zamawiający powinien umożliwić dostęp innym wykonawcom do postępowania, bądź przez dopuszczenie rozwiązań innych producentów, bądź przez zmianę poszczególnych parametrów.

Nie ulega wątpliwości, że zasadniczym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami potrzeb.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania (bez merytorycznego uzasadnienia) - w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkownika.

Odwołujący złożył wniosek o dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający dopuszczenie produktów równoważnych o właściwościach nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego w SWZ i spełniających minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, jakościowe i funkcjonalne oraz gwarantujących realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami określonymi w SWZ. Do chwili złożenia odwołania Zamawiający nie wprowadził zmian w opisie przedmiotu zamówienia, zatem przedmiotowe odwołanie jest w pełni zasadne.

W orzecznictwie podnosi się, iż samo utrudnianie uczciwej konkurencji przez dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest błędem Zamawiającego. W wyroku z dnia 11 lipca 2023 roku (Kio 1797/23) wskazano: „Zgodnie z art. 99 ust. 4 p.z.p. zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie”.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;*
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;*

3) wydruk z rejestru przedsiębiorców wraz z pełnomocnictwem i opłatą skarbową.