

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu  
ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań  
tel. 61 8691100  
e-mail: [dzp@usk.poznan.pl](mailto:dzp@usk.poznan.pl), [pawel.tumidalski@usk.poznan.pl](mailto:pawel.tumidalski@usk.poznan.pl)

**Odwołujący:**

Roche Diagnostics Polska sp. z o.o.  
ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa  
NIP: 5272322068, KRS: 0000132695  
tel. +48 (22) 481 55 55 - 56, faks: +48 (22) 481 55 99  
Dział Zamówień Publicznych:  
tel. +48 (22) 481 55 48, faks: +48 (22) 481 55 98  
adres e-mail: [dzial.przetargow@roche.com](mailto:dzial.przetargow@roche.com)

**ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego Roche Diagnostics Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako „Odwołujący”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), w tym opisu przedmiotu zamówienia, a także sposobu opisu kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn.: „*Dostawa odczynników, materiałów zużywalnych, kontroli i kalibratorów USK w Poznaniu wraz z dzierżawą analizatorów i innych urządzeń oraz systemów wspomagających*”, nr referencyjny DZP/260/2023 (“Postępowanie”), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2024 r. pod nr 00005961-2024.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także poprzez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego i jego produktów,
- 2) **art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez określenie sposobu oceny ofert i przyznawania punktów za poszczególne parametry, w sposób nieobiektywny, sprzeczny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieproporcjonalny.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

**Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.**

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2024 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

### **UZASADNIENIE**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników, materiałów zużywalnych, kontroli i kalibratorów USB w Poznaniu wraz z dzierżawą analizatorów i innych urządzeń oraz systemów wspomagających. Szczegółowy opis parametrów wymaganych zawarto w Załączniku stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie premiujący jednego z producentów – Siemens, przez co uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty. Odwołujący poniżej przedstawia szczegółowe zarzuty.

- 1. W CZĘŚCI I PARAMETRY WYMAGANE WSPÓLNE DLA WSZYSTKICH LOKALIZACJI, pkt. 2 Wymagania odczynnikowe, pkt. 2.4,** Zamawiający postawił wymóg „Odczynnik do oznaczania CRP wysokoczułowego (CRP hs) o LoQ  $\leq 0,5$  mg/L i liniowości min. do 150 mg/L z możliwością automatycznego rozcieńczenia, pozwalającego na raportowanie wyniku min. 400 mg/L. W przypadku braku możliwości wydania wyniku min. 400 mg/L Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie 2 odczynników, których wspólne zastosowanie pozwoli uzyskać wymagane wartości wyników”.

Zgodnie z powyższym zapisem, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie dwóch odczynników wspólnie spełniających górny zakres pomiaru, ale z niewiadomego powodu nie wspomina aby zaoferowanie dwóch odczynników mogło spełnić dolne zakresy pomiaru i wymóg granicy oznaczalności (LoQ). Oznacza to, że Zamawiający nierówno traktuje wykonawców, którzy mają różne możliwości.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:**

„Odczynnik do oznaczania CRP wysokoczułowego (CRP hs) o LoQ  $\leq 0,5$  mg/L i liniowości min. do 150 mg/L z możliwością automatycznego rozcieńczenia, pozwalającego na raportowanie wyniku min. 400 mg/L. Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie 2 odczynników, których wspólne zastosowanie pozwoli uzyskać wymagane wartości wyników w zakresach niskich (0,5 mg/L) i wysokich (400 mg/L po rozcieńczeniu)”.

- 2. W CZĘŚCI I PARAMETRY WYMAGANE WSPÓLNE DLA WSZYSTKICH LOKALIZACJI, pkt. 3.2 Kontrola wewnątrzlaboratoryjna, ppkt. 3.2.2 i 3.2.8** Zamawiający postawił wymóg: „Rozbudowanie modułu kontroli wewnątrzlaboratoryjnej, poprzez zintegrowanie z oprogramowaniem pochodzącym od producenta zaoferowanych niezależnych materiałów kontrolnych” oraz „Materiały kontrolne konfekcjonowane w probówkach z kodem kreskowym typu “ładuj i używaj” - punkt oceniany.

Odwołujący podnosi, że tego rodzaju zapisy preferują rozwiązania dla konkretnego wykonawcy - firmy Siemens.

Zamawiający autorytatywnie wymaga oprogramowania i materiałów od niezależnego producenta mimo, że w punkcie pkt. 3.2.6 żąda, aby oferowane „oprogramowanie dawało możliwość analizy wyników kontroli jakości także w materiale kontrolnym innych producentów niż zaoferowane”. Zatem z jednej strony Zamawiający łączy wymóg jednego producenta oprogramowania i materiałów, z drugiej zaś wymaga aby owe oprogramowanie umożliwiało analizę wyników materiałów kontrolnych innych niż zaoferowane (innego producenta).

Dodatkowo, zgodnie z obowiązującym przepisami dotyczącymi standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych oraz zasadami GLP (Good Laboratory Practice) nie ma wymogu oznaczania materiału kontrolnego od niezależnego producenta/dostawcy. Natomiast zgodnie z definicją przewidzianego zastosowania, zawartej w art. 2 pkt 30 rozporządzenia 2017/745, do którego referuje art. 2 pkt 28 ustawy o wyrobach medycznych, Zamawiający jest zobowiązany jako użytkownik do używania produktów zgodnie z opisem: "przewidziane zastosowanie" - oznacza użycie, do którego wyrób jest przeznaczony zgodnie z danymi podanymi przez producenta na etykiecie, w instrukcji używania lub w materiałach lub oświadczeniach promocyjnych lub sprzedażowych oraz określonymi przez producenta w ocenie klinicznej. Postawiony wymóg nie znajduje uzasadnienia i jest jedynie ograniczeniem możliwości zaoferowania produktów zgodnie z zapisami ulotki produktowej.

**W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany wymogu pkt. 3.2.2 i dopuszczenie możliwości zaoferowania oprogramowania od dostawcy niezależnych materiałów kontrolnych, natomiast sam materiał kontrolny może pochodzić od niezależnego producenta lub od producenta odczynników wyszczególnionych i opisanych w ulotkach metodycznych.**

- 3. Dotyczy CZĘŚĆ I PARAMETRY WYMAGANE WSPÓLNE DLA WSZYSTKICH LOKALIZACJI pkt.2. WYMAGANIA ODCZYNNIKOWE ppkt. 2.9, Zamawiający postawił wymóg „Zamawiający wymaga dostarczenia materiałów w języku polskim, niezbędnych do przygotowania procedur badawczych w formie edytowalnej wraz z przedmiotem zamówienia”. Podkreślenia wymaga, że dokumenty udostępniane przez wykonawcę to dokumenty, za które ponosi on odpowiedzialność prawną. Dopuszczenie formy edytowalnej może spowodować zmianę oryginalnej treści dokumentów, co w konsekwencji uniemożliwia właściwy nadzór nad tymi dokumentami. Dodatkowo taki wymóg niesie ryzyko łatwego dostępu przez osoby trzecie, które nieintencjonalnie mogą dokonać istotnych zmian w dokumentach. Działanie takie może prowadzić do konsekwencji prawnych, a sprostowanie wszystkich wyedytowanych zmian może okazać się niemożliwe.**

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu pkt 2.9 “Zamawiający wymaga dostarczenia materiałów w języku polskim, niezbędnych do przygotowania procedur badawczych w formie pdf wraz z przedmiotem zamówienia”**

- 4. W CZĘŚCI II PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM ANALITYCZO-BIOCHEMICZNE (ul. Przybyszewskiego 49), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 1.2 oraz CZĘŚCI III PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM PRZY SOR (ul. Grunwaldzka 55), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 1.2.; Zamawiający postawił wymóg „System w pełni automatyczny, niewymagający ingerencji Operatora na jakimkolwiek etapie procesu”.**

Odwołujący podnosi, że ww. punkt jest niemożliwy do spełnienia przez analizatory dostępne na rynku, biorąc pod uwagę użycie niejasnego sformułowania „jakikolwiek etap procesu”. Tak ogólnie opisane sformułowanie, nie wyjaśnia jak Zamawiający rozumie „etapy procesu” np. czy Zamawiający ma przez to na myśli brak ingerencji operatora. Obsługa każdego systemu wiąże się z załadowaniem próbek, przeprowadzeniem koniecznych kalibracji (konieczność załadowania materiałów kontrolnych), czy też wykonaniem badań kontrolnych (konieczność załadowania materiałów kontrolnych). Potwierdza to również sam Zamawiający w kilku innych punktach wymogów granicznych, umieszczając np. wymóg – „Możliwość załadunku odczynników oraz płynów systemowych bez przerywania wykonywania badań w modułach biochemicznych i immunochemicznych”, w Części II Parametry wymagane dla lokalizacji Centralne Laboratorium analityczno-biochemiczne (ul. Przybyszewskiego 49) w pkt. 3 Część analityczna, ppkt. 3.11, które wskazują możliwą ingerencję Operatora.

Dodatkowo każdy z wykonawców może ten punkt rozumieć w inny sposób, co może doprowadzić do nieporównywalności ofert.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. punktu lub zmianę ww. wymogu na: „System w pełni automatyczny”.**

- 5. W CZĘŚCI II PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM ANALITYCZO-BIOCHEMICZNE (ul. Przybyszewskiego 49), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.4 oraz CZĘŚĆ III PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM PRZY SOR (ul. Grunwaldzka 55), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.3 oraz CZĘŚĆ IV PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 1, (ul. Długa 1/2), pkt. 2 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 2.2:**

Zamawiający postawił warunek: „Zaoferowane analizatory pracujące w oparciu o te same odczynniki, materiały zużywalne oraz oprogramowanie”. Jedynie w części dotyczącej ul. Długiej 1/2, Zamawiający opisał warunek jako “Zaoferowane analizatory **w części** pracujące w oparciu o te same odczynniki, jak w innych lokalizacjach”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dla lokalizacji ul. Długa, Zamawiający stronniczo ograniczył wymóg “tożsamości” (określenie “te same”) jedynie do odczynników. Ponadto wymóg “analizatory **w części** pracujące w oparciu o te same odczynniki” pozwala na różną interpretację słowa “w części”. Użycie tak opisanego wymogu dopuszcza zaoferowanie odczynników, których “w części” nie będzie można wykorzystać w innych lokalizacjach, bo tylko “w części” będą takie same. Wymóg “w części” nie precyzuje także w jakiej części analizatory mają pracować w oparciu o te same odczynniki. Nie wiadomo bowiem czy wystarczy zaoferować jeden odczynnik, który będzie można używać we wszystkich wymaganych lokalizacjach aby spełnić postawiony wymóg? Wykonawcy nie wiedzą także, czy koniecznym jest aby odczynników, które są “te same”, było więcej niż jeden?

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na “Zaoferowane analizatory pracujące w oparciu o te same odczynniki, co najmniej w 80%”**

- 6. W CZĘŚCI II PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM ANALITYCZO-BIOCHEMICZNE (ul. Przybyszewskiego 49), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.11**

oraz CZĘŚĆ III PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI CENTRALNE LABORATORIUM PRZY SOR (ul. Grunwaldzka 55), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy systemu zintegrowanego do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.8

oraz w CZĘŚCI IV PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 1 (ul. Długa 1/2), pkt. I Dzierżawa na okres 36 miesięcy zintegrowanego systemu do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 2 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 2.10

a także w CZĘŚCI V PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 2 (ul. Szamarzewskiego 84), pkt. 3 Dzierżawa na okres 36 miesięcy zintegrowanego systemu do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.11 Zamawiający postawił warunki: "Możliwość załadunku odczynników oraz płynów systemowych bez przerywania wykonywania badań w modułach biochemicznych i immunochemicznych. Nie dotyczy modułu ISE." Wymóg ten znacząco ogranicza konkurencyjność postępowania, gdyż większość oferentów posiada systemy zintegrowane, gdzie 1 lub 2 płyny systemowe nie mogą być załadowane w trakcie wykonywania badań i wymagają krótkiej przerwy w pracy aparatów. Jednocześnie z niewiadomych względów Zamawiający dopuścił wyjątek dla modułu ISE.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany ww. wymogów na:** "Możliwość załadunku odczynników bez konieczności wprowadzania modułów biochemicznych i immunochemicznych w stand -by. Nie dotyczy modułu ISE."

7. **W CZĘŚCI IV PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 1, (ul. Długa 1/2), pkt. 2 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 2.3** Zamawiający wymaga „Moduł biochemiczny o wydajności: oznaczeń metodą fotometryczną, bez ISE minimum 600 testów/godz. oraz samo ISE - minimum 400 testów /godz."

Odwołujący podnosi, że przy ilościach badań (wynikających z analizy wykonanej na etapie wizji lokalnej) podanych przez Zamawiającego, w ciągu doby wykonywane jest około 1150 oznaczeń fotometrycznych. Jest to liczba badań do wykonania w ciągu 3-4 godz. pracy przez analizator o wydajności 300 testów / godz.

**W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:** „Moduł biochemiczny o wydajności: oznaczeń metodą fotometryczną, bez ISE minimum 300 testów/godz. oraz samo ISE - minimum 400 testów /godz."

8. **W CZĘŚCI IV PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 1, (ul. Długa 1/2), pkt. 2 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 2.7** Zamawiający postawił następujący wymóg: „Liczba miejsc odczynnikowych moduł biochemiczny (platforma): minimum 50".

W ocenie Odwołującego ww. zapis jest całkowicie niezrozumiały, w szczególności w sytuacji, w której w Załączniku dotyczącym harmonogramu kontroli wewnętrznej, Zamawiający deklaruje wykonywanie oznaczeń kontrolnych jedynie dla 33 parametrów biochemicznych. Podkreślić należy również, że niektóre parametry (amylaza i amylaza w moczu, kreatynina i kreatynina w DZM itd.) mogą być oznaczane z wykorzystaniem tego samego zestawu odczynnikowego, zajmującego odpowiednio 1 miejsce. Także parametry ISE-Na, ISE-K i ISE –Cl wykorzystują inne specyficzne miejsca odczynnikowe dla modułu ISE. W takiej sytuacji, analizator/ moduł umożliwiający wykonanie 42 badań / 42 pozycje odczynnikowe w zupełności pokryje zapotrzebowanie Zamawiającego.

**Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:**

„Liczba miejsc odczynnikowych moduł biochemiczny (platforma): minimum 40".

9. W CZĘŚCI IV PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 1, (ul. Długa 1/2), pkt. 2 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 2.9 Zamawiający wymaga aby „Liczba miejsc odczynnikowych w module immunochemicznym wynosiła minimum 30.”

Jest to wymóg niezrozumiały i nieadekwatny do ilości parametrów immunochemicznych, które są wykonywane w tym laboratorium (25 różnych badań immunochemicznych). Konieczność zaoferowania analizatora o większej ilości miejsc odczynnikowych spowodowałoby przeszacowanie oferty i jej zawyżenie przez wszystkich oferentów.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającego zmiany ww. wymogu na:** „Liczba miejsc odczynnikowych w module immunochemicznym: minimum 25”

10. W CZĘŚCI V PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 2 (ul. Szamarzewskiego 84), pkt. A Dzierżawa na okres 36 miesięcy zintegrowanego systemu do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.1, Zamawiający postawił wymóg: „Moduł biochemiczny o wydajności: oznaczeń metoda fotometryczną, bez ISE **minimum 1700 testów / godz. oraz samo ISE - minimum 1200 testów/godz-** moduł realizowany przez 2 analizatory biochemiczne”.

Jednocześnie w ppkt. 3.3 wydajność dla modułu biochemicznego została określona na „**minimum 1200 testów / godz. oraz samo ISE minimum 600 testów/ godz. - moduł immunochemiczny o wydajności minimum 200 testów/godz.**”

Odwołujący podnosi, że Zamawiający mimo określenia warunków wydajności „**na minimum**”, próbuje w sztuczny sposób podnieść wymaganą teoretyczną wydajność w stosunku do rzeczywistych potrzeb do poziomu minimum 2400 testów/ godz. realizowanych przez 2 analizatory biochemiczne. W rzeczywistości, z danych otrzymanych od Zamawiającego na etapie analizy podczas wizji lokalnej, analizatory o wydajności 850 testów / godz. dla każdego systemu w zupełności wystarczą na zaspokojenie potrzeb laboratorium. Dodatkowo, tak wysoka wydajność opisana przez Zamawiającego, w jednoznaczny sposób wskazuje rozwiązanie firmy Siemens i w nieuzasadniony sposób preferuje tego dostawcę.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany wymog ppkt. 3.3 na :** „Moduł biochemiczny o wydajności: bez ISE minimum **850 testów/godz oraz samo ISE minimum 600 testów/ godz. - moduł immunochemiczny o wydajności minimum 200 testów/godz.**”

11. W CZĘŚCI V PARAMETRY WYMAGANE DLA LOKALIZACJI LABORATORIUM Nr 2 (ul. Szamarzewskiego 84), pkt. A Dzierżawa na okres 36 miesięcy zintegrowanego systemu do oznaczeń z zakresu chemii klinicznej, pkt. 3 CZĘŚĆ ANALITYCZNA, ppkt. 3.16, Zamawiający postawił wymóg: „Łączne zużycie wody oczyszczonej przez oferowane systemy podczas rutynowej pracy nie większe niż 50 litrów/godz.”.

Odwołujący podnosi, że warunek ten ogranicza konkurencyjność i możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców i takie zużycie wody w jednoznaczny sposób wskazuje rozwiązanie firmy Siemens i w nieuzasadniony sposób preferuje tego dostawcę. Dodatkowo obecne na rynku systemy zintegrowane charakteryzują się zbliżonym poborem wody do pracy rutynowej.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany wymog ppkt. 3.16 na:** „Łączne zużycie wody oczyszczonej przez oferowany system zintegrowany podczas rutynowej pracy nie większe niż 65 litrów/godz.”

\*\*\*

W myśl art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl natomiast art. 99 ust. 4 Pzp Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wraz z wejściem w życie nowej ustawy Pzp, ustawodawca utrzymał naczelne zasady odnoszące się do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził także przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Oznacza to, że specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie) skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

W dotychczas wypracowanym orzecznictwie ukształtowanym na bazie art. 29 uchylonej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (które nadal pozostaje aktualne), w którym utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). W uchwale z dnia 31 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 58/16 Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że „Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.” (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 48/16).

Także doktryna jednoznacznie potwierdza, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na rynku: *„zgodnie z motywem 74 dyrektywy 2014/24/UE specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. Podobne przepisy zawarte były także w dotychczasowej ustawie, tyle że w części dotyczącej kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2c*

p.z.p.2004). W nowym Prawie zamówień publicznych dodano wymaganie, aby określone przez zamawiającego cechy czy też parametry były proporcjonalne do wartości i celów danego zamówienia.” (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.)

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze postawione zarzuty odwołania stwierdzić należy, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w niniejszym Postępowaniu naruszył ww. standardy. Jak widać, tendencyjne opisanie przedmiotu zamówienia, bez uwzględniania różnorodności rozwiązań na rynku, które są jak już wyżej wskazano, równoważne lub równocenne pod względem klinicznym, stanowi zaprzeczenie zasady, aby cechy produktów były proporcjonalne m.in. do celu danego zamówienia.

Ustawodawca w art. 16 pkt 1 Pzp utrzymał także jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Bez wątpienia również i ta zasada została naruszona przez Zamawiającego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny.

Odwołujący wskazuje, że także poprzez parametry oceniane Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu faktyczne konkurowanie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Parametry punktowane w nie mniejszym stopniu co graniczne mogą prowadzić do całkowitego ograniczenia konkurencji. Stworzona w niniejszym postępowaniu punktacja uniemożliwia uczciwą konkurencję i dyskryminuje inne równoważne technologie, które dają co najmniej taki sam, a nawet lepszy efekt od preferowanych przez Zamawiającego rozwiązań charakterystycznych dla firmy Siemens.

Jakkolwiek ustalenie wagi kryterium pozacenowego wymaga preferowania jakości, tym niemniej w niniejszej sprawie Zamawiający nie korzysta z regulacji prawnych do optymalizacji zakupów, lecz wyłącznie w celu wyboru konkretnego dostawcy. Ten preferowany wykonawca może dowolnie dyktować cenę, gdyż Zamawiający stworzył ku temu wszelkie warunki. W ten sposób dochodzi do naruszenia jednej z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2018 r. o sygn. KIO 1996/18 uwzględniła zarzut naruszenia wcześniej obowiązującego art. 7 ust. 1 co do parametrów ocenianych (obecnie art. 16 ustawy Pzp), stwierdzając:

*„Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności (...). Natomiast zgodnie z art. 2 pkt. 5 lit. a ustawy ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała.*

W świetle tych przepisów zamawiający ma obowiązek dobrać inne kryteria poza cenowe z uwzględnieniem tego czy odnoszą się do przedmiotu zamówienia i są do niego proporcjonalne, a także ich ustanowienie nie spowoduje obiektywnie nieuzasadnionego naruszenia uczciwej konkurencji na danym rynku branżowym. Sytuacja w tym przypadku jest zatem zbliżona do przepisu art. 29 ust. 2 ustawy, co oznacza, że o ile odwołujący powinien wykazać, że kryterium jest ustawowo niedopuszczalne, tj. nie dotyczy przedmiotu zamówienia lub nie jest do niego proporcjonalne, czy wreszcie uprawdopodobnić, że narusza ono uczciwą konkurencję, to



zamawiający powinien wykazać, że wprowadzenie tego kryterium jest uzasadnione oceną jakości przedmiotu świadczenia, przy czym tej jakości nie można rozpoznawać w oderwaniu od obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Co oznacza, że zamawiający nie powinien kupować każdego potencjalnie możliwego do osiągnięcia według bieżącego stanu wiedzy rozwiązania, ale takie rozwiązania, choćby najnowocześniejsze, które służą zaspokajaniu potrzeb tego konkretnego zamawiającego.”

Także doktryna stoi na stanowisku, że naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp może nastąpić np. w przypadku, gdy zapisy SWZ nie tylko uniemożliwiają ubieganie się o dane zamówienie przez wykonawcę, ale również w sytuacji, gdy postanowienia SWZ stawiają takiego wykonawcę w zdecydowanie gorszej pozycji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców:

*„Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności, gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania” (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.).*

W literaturze przedmiotu wskazuje się na niedopuszczalność „przemycania” do opisu kryteriów oceny ofert takich zapisów, które promują rozwiązania konkretnych producentów, a które w świetle zasad tworzenia OPZ byłyby uznane za niedopuszczalne. Uzasadnieniem takiego sposobu działania nie może być stwierdzenie, że wykonawca ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza. Jako przykład takiego ograniczenia w piśmiennictwie podaje się m.in. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, iż dany wykonawca nie będzie mógł realnie konkurować z ofertami innych wykonawców:

*„Rolą kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest premiowanie takiego rozwiązania, które z jakichś, określonych i obiektywnych, przyczyn są dla zamawiającego korzystniejsze niż parametry bezwzględnie wymagane, jednakże nie mogą one naruszać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Zamawiający, wskazując w dokumentach zamówienia opis kryteriów, jakie planuje stosować celem oceny złożonych ofert, nie powinien używać ich do przemycenia zapisów promujących np. rozwiązania konkretnych producentów, które z punktu widzenia zasad tworzenia opisu przedmiotu zamówienia byłyby niedopuszczalne. Uzasadnieniem dla takiej sytuacji nie może być stwierdzenie, że wykonawca wszak ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza, ponieważ zaoferowanie innego niż punktowany przez zamawiającego produkt uniemożliwia w rzeczywistości skuteczne uzyskanie zamówienia ze względu na brak realnej możliwości uzyskania punktów w takim kryterium.** Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter*

graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. **Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców**" (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 16.).

Z taką sytuacją bez wątpienia mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż sposób oceny ofert stawia Roche w znacznie gorszej pozycji w stosunku do produktów firmy Siemens.

Ponadto w art. 16 pkt 3 Pzp utrzymano także kolejną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia tj. zasadę proporcjonalności. Przez ową proporcjonalność rozumie się podejmowanie tylko takich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stawianie tylko takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia. Oznacza to konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie i niezbędne do zamierzonego celu, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców (vide Kontrola UZP z 29 listopada 2017 r. o sygn. KND/10/17/DKD).

Odwołujący wnosi zatem o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu spornych kwestii. Żądanie Odwołującego ma na celu uzyskanie możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, a Zamawiającemu - uzyskanie konkurencyjnych cen, co sprzyja celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków publicznych. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który już na wstępie eliminuje potencjalnych Wykonawców zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, która stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku.

#### Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) wydruk z KRS Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.