

Raszyn, dnia 06.04.2020r.

Nasz znak: MLP/549/20

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

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny

ul. Żołnierska 18

10-561 Olsztyn

Tel.: 89 538 62 28

e-mail: zamowienia@wss.olsztyn.pl

Elektroniczna skrzynka podawcza ePUAP : / WSSzpital/SkrytkaESP

Adres strony internetowej: www.wss.olsztyn.pl

Odwołujący:

MEDLAB PRODUCTS SP. Z O.O.

Ul. Gałczyńskiego 8

05-090 Raszyn

Tel.: 22 720 35 12

Faks: 22 846 29 26

e-mail: mlp.biuro@medlab-products.com.pl

Przedmiot zamówienia: Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego.

Nr postępowania: DZPZ / 333 /7 UEPN / 2020

Wskazanie numeru Biuletynu Zamówień Publicznych albo Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu – Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, numer ogłoszenia 2020/S 061-145270 data zamieszczenia ogłoszenia: 26.03.2020r.

Wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie:

www.wss.olsztyn.pl oraz na platformie przetargowej ePUAP

Termin ukazania się specyfikacji istotnych warunków zamówienia: 26.03.2020r. na stronie www.wss.olsztyn.pl.

ODWOŁANIE

Wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w szczególności - od kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia w Części nr 18 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego”. Nr postępowania: DZPZ/ 333 /7 UEPN / 2020.

W imieniu Medlab Products Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ul. Gałczyńskiego 8, zwanym dalej „Wykonawcą” lub „Odwołującym”, działając na podstawie art. 182 ust. 2 w związku z art. 180 ust. 2 pkt. 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę odwołanie od kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia w Części nr 18 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP (sygnatura postępowania: DZPZ/ 333 /7 UEPN /2020), zwanym dalej „Postępowaniem”.

I. Zamawiającemu zarzucam działanie niezgodne z przepisami Ustawy poprzez podjęcie następujących czynności w Postępowaniu:

- określenie dla Części nr 18 kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady Prawa zamówień publicznych (w szczególności równego traktowania wykonawców i proporcjonalności);
- opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, w sposób pośredni, źródła pochodzenia produktów, co prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez Odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

II. Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez określenie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert;
- art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert dla Części nr 18, które w sposób nieuzasadniony promuje wykonawców oferujących analizator OB z wbudowanym mieszadłem wewnętrznym, oraz utrudnia uzyskanie zamówienia publicznego innym wykonawcom oferującym rozwiązanie równoważne;
- art. 2 ust. 5 ustawy PZP poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w Części nr 18 w kontekście przyznawanej ilości punktów za parametr oceniany oceny jakościowo-użytkowej, które nie gwarantuje Zamawiającemu wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;

- art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, w sposób pośredni, źródła pochodzenia produktów, co prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez Odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

- art. 82 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy PZP, poprzez możliwość dowolnej oceny treści oferty, na zgodność SIWZ w oparciu o ocenę próbek oferowanego asortymentu w zakresie Części 18, w konsekwencji wybór oferty na podstawie kryteriów, które nie były określone w SIWZ.

III. Mając na względzie powyższe, wnoszę o:

Uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

IV. Nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, poprzez:

- A. Odstąpienie w Części 18 od parametru „Ocena jakościowo – użytkowa” i ustalenie jako kryterium oceny ofert tylko kryterium cenowego tj.: „Cena 100%”, bowiem ustalony parametr oceniany w zakresie części 18 „Mieszadło wewnętrzne wbudowane Tak – 5 Nie - 1” narusza zasady uczciwej konkurencji i prowadzi do wyboru oferty z góry wybranego wykonawcy.
- B. Odstąpienie od wymogu zawartego w Załączniku nr 2 do SIWZ znajdującego się pod tabelą asortymentowo - cenową Części 18 - „(...) *Wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodzą od jednego producenta (aby zapobiec wypadaniu igły z uchwytu w czasie pobierania krwi) (...)*” poprzez zmianę zapisu tego punktu, na następujący:
„*Wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodzą od jednego producenta tj. wytwórcy (aby zapobiec wypadaniu igły z uchwytu w czasie pobierania krwi) – w przypadku zaoferowania części systemu różnych wytwórców - wykonawca musi złożyć oświadczenie o kompatybilności elementów systemu, zgodnie z wymogiem art. 30 ust 1 pkt. 1 Ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych.*”
- C. Szczegółowego określania sposobu przeprowadzenia oceny próbek, których Zamawiający wymaga w zakresie części 18 w pkt. 1 Formularza parametrów ocenianych. To jest - dokładnego określenia sposobu i metodyki przeprowadzenia prób, określenia kryteriów ocenianych i ich wartość, które będą świadczyły o spełnieniu opisanych kryteriów. Dopuszczenia do udziału w próbach Wykonawców, którzy złożyli oferty.

V. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy.

VI. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy i dyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert, które prowadzą do wyboru z góry wybranego wykonawcy Odwołujący pozbawiony zostaje możliwości złożenia ważnej oferty i ubiegania się o zamówienie w niniejszym postępowaniu, co narusza jego interes prawny i finansowy.

- VII. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Ustawy.
- VIII. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 26.03.2020r. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 2 ust. 1 Ustawy został zachowany.
- IX. Odwołujący przesłał przy użyciu środków komunikacji publicznej kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 06.04.2020r. tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pt.: „**Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego**”. Nr postępowania: **DZPZ/ 333 /7 UEPN / 2020**.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 2 ust. 5 ustawy PZP, należy wskazać co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje 45 niepodzielnych części i został szczegółowo opisany w tabelach asortymentowej, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ.

Kryteria oceny ofert zostały zawarte w rozdziale XIII SIWZ. W zakresie części nr 18, 21-23, 37, 38, 42 kryteriami oceny ofert jest: cena 60%, ocena jakościowo – użytkowa 40%. W zakresie pozostałych części kryterium oceny ofert jest cena 100%.

W pkt. 4 roz. XIII Zamawiający zawarł informację, iż „sposób oceny parametrów użytkowo – jakościowych nastąpi na podstawie kryteriów i punktacji określonych w formularzu parametrów ocenianych stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ”.

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ w zakresie Części nr 18 podlega ocenie parametr „Mieszadło wewnętrzne wbudowane” TAK – 5, NIE -1

Zdaniem Odwołującego tak ukształtowany parametr oceny jakościowo – użytkowej jest:

1. nieuzasadniony;
2. prowadzi do wyboru oferty z góry wybranego wykonawcy;
3. nie gwarantuje Zamawiającemu wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego określonego w Części 18.

Ad. 1

Przedmiotem zamówienia Części 18 jest szereg produktów do pobierania krwi do badań, Zamawiający natomiast Ocenę jakościowo-użytkową o wadze 40 pkt. ograniczył do oceny jednego parametru, cechy pobocznej analizatora do OB., która to cecha ma mniej niż marginalne znaczenie dla użytkowania produktów będących przedmiotem zamówienia Części 18.

Analizator do OB. Służy do pomiaru pobocznego, mało znaczącego już dzisiaj parametru, jakim jest tempo opadu krwinek czerwonych krwi. Zastąpiły go inne, nowocześniejsze parametry mierzone bezpośrednio w analizatorach biochemicznych lub hematologicznych. Najlepszym dowodem marginalnego znaczenia tego badania jest to, że wśród ponad 720 000 próbek, na które ogłoszono przetarg, Zamawiający planuje zakupić jedynie 11 400 próbek do OB. A **więc zaledwie 1,5% całej ilości próbek!!!** Zapotrzebowana ilość próbek oznacza, że Zamawiając zakłada wykonanie dziennie mniej niż 20! badań OB. Wykonanie takich badań będzie trwało 1 godzinę dziennie, jeśli zostaną wykonane razem. Do takiej ilości badań nie jest potrzebny duży, w pełni zautomatyzowany, analizator z wbudowanym mieszadłem. Wystarczy najprostszy, zwykły o ilości miejsc pomiarowych do 20 z osobnym niewielkim mieszadłem. W taki właśnie sposób przez ostatnie lata Zamawiający wykonywał te badania. W przypadku gdy badania OB. są wykonywane pojedynczo, a taki sposób ich wykonania jest praktykowany w Laboratorium Zamawiającego, wystarczyłoby tylko kilka statywów, które pozwoliłyby na manualny proces wykonania pomiaru i odczytu.

Ad. 2

Parametr oceniany jakim jest „Mieszadło wewnętrzne wbudowane” który dotyczy dzierżawionego analizatora do OB. z poz. 16 Formularza cenowego dla części 18 postępowania narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem tylko jeden wykonawca, spośród wielu oferujących systemy próżniowe na rynku, uzyska w tym kryterium 5 pkt. (40%), ponieważ tylko jeden wykonawca oferuje analizator do OB. z wbudowanym mieszadłem. Pozostali wykonawcy uzyskują jedynie 1 pkt. (8%). Taką dużej straty punktowej żaden inny wykonawca nie zniweluje kryterium cenowym.

Obrazuje to następujące zestawienie, do którego dane (wykonawcy, wartości złożonych ofert oraz informacja o tym, czy oferowany analizator posiada mieszadło wewnętrzne) zostały wzięte z analogicznego postępowania przetargowego, przeprowadzone przez Zamawiającego w 2018r. (postępowanie DZPZ / 333 /15 UEPN / 2018)

Nazwa Wykonawcy	Wartość oferty / Ilość otrzymanych punktów w kryterium cena 60%	Podana wartość / Ilość punktów otrzymanych w kryterium „mieszadło wewnętrzne wbudowane” Tak – 5, Nie - 1	Suma punktów
Becton Dickinson Polska Sp. z o.o.	Nie startował	TAK – 5 40 pkt.	40 pkt. + pkt. przyznane za cenę (wystarczy 28,1 pkt.!))
Medlab Products Sp. z o.o.	318 500,31 60 pkt.	NIE – 1 8 pkt.	68,00 (w tym wartość punktów za cenę 60)
Eclipse Sp. z o.o. Sp. k	358 995,52 53,23 pkt.	NIE – 1 8 pkt.	61,23 w tym wartość punktów za cenę 53,23)
Biomedico	322 061,55 59,34 pkt.	NIE – 1 8 pkt.	67,34 (w tym wartość punktów za cenę 59,34)

Według wiedzy Odwołującego, tylko Aparat BD Sedi-40 firmy Becton Dickinson posiada wewnętrzne mieszadło wbudowane w czytnik tj. zintegrowany moduł mieszania. W Polsce dystrybutorem systemu próżniowego i analizatora do OB BD Sedi-40 jest firma Becton Dickinson Polska Sp. z o.o.

Dowód: Strona 22 z „Katalogu produktów Diagnostics Preanalytical Systems”

Poza Aparatem BD Sedi-40, na rynku Polskim oferowane są następujące analizatory do OB:

- Automatyczne analizatory VACUETTE® do oznaczania OB firmy Greiner Bio-One oferowane przez firmę Eclipse Sp. z o.o. Sp. k

- Automatyczny analizator do oznaczania OB 30 miejscowy firmy Caretium oferowany przez firmę Biomedico, Medlab Products Sp. z o.o.
- Automatyczny analizator do oznaczania OB KIMASED AUTO firmy Kima Vacutest oferowany przez firmę PZ Cormay S.A.

Jednakże żaden z ww. analizatorów nie posiada wbudowanego mieszadła wewnętrznego. Wykonawcy oferujący te analizatory otrzymają zaledwie 8 na 40 pkt., co oznacza, że de facto zostają pozbawieni uzyskania zamówienia publicznego, chociaż są w stanie złożyć ważne oferty i zapewnić Zamawiającemu wykonanie zamówienia publicznego z należytą starannością.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie na przykład w wyroku KIO z 14.08.2013 (**Sygn. akt: KIO 1819/13****Sygn. akt: KIO 1835/13****Sygn. akt: KIO 1839/13**), w którym czytamy: „Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w jednym z orzeczeń – przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (...) Warunki zamówienia ukształtowane przez zamawiającego nie mogą prowadzić do sytuacji, gdy jeden producent na rynku może decydować o tym, który z wykonawców uczestniczących w postępowaniu złoży najkorzystniejszą ofertę w odniesieniu do ww. kryterium oraz jaką cenę zaoferuje. Powyższe w sposób nieuzasadniony prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Znaczna waga nadana omawianym pod kryterium powoduje, że konkurowanie w pozostałych kryteriach nie jest w stanie wyrównać w sposób racjonalny braku równowagi przy ocenie ofert pomiędzy wykonawcą oferującym produkty preferowanego przez zamawiającego producenta, a wykonawcą oferującym oprogramowanie innych producentów.”

Dowód: Ulotka katalogowa automatycznych analizatorów VACUETTE® do oznaczania OB firmy Greiner Bio-One

Print Screen strony internetowej firmy Biomedico oferującej analizator firmy Caretium

Strona z folderu produktowego MLVacuCol

Print Screen strony internetowej firmy Kima Vacutest oferującej analizator KIMASED AUTO

Ad. 3

Jak Odwołujący wskazał powyżej, Zamawiający poprzez ustanowione kryterium jakościowe w sposób wyraźny faworyzuje konkretnego wykonawcę, czym narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Pozwala to również temu Wykonawcy na złożenie oferty cenowej o kilkaset tysięcy złotych wyższej niż wartość oferty jakiegokolwiek innego wykonawcy. Przyjmując że wartość postępowania będzie analogiczna do tej z roku 2018 (~320 000 zł), wskazany z góry wykonawca, przez narzucone kryterium, mając wynikające z ustalonego kryterium 42 pkt przewagi nad innymi wykonawcami, może takie postępowanie wygrać z ofertą o wartości nawet 500 000 zł, a więc o prawie 200 000 zł wyższą !!! od oferty z najniższą ceną (obrazuje to wyżej zamieszczona tabela).

Zatem w kontekście przyznawanej ilości punktów za parametr oceniany oceny jakościowo-użytkowej jakim jest „Mieszadło wewnętrzne wbudowane”, Zamawiający dokona wyboru oferty, która de facto nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu ceny (cena ta będzie zawyżona) i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

„Obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego

udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu. Podkreślić należy również, że ma to istotne skutki dla racjonalności wydatkowania środków publicznych oraz postępu technicznego i organizacyjnego wykonawców przez wymuszanie takiego postępu konkurencją rynkową.”

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, należy wskazać co następuje:

W Załączniku nr 2 dla Części 18 pod tabelą asortymentowo - cenową Zamawiający zamieścił wymogi, które oferowane produkty muszą spełniać.

„Wymagania graniczne dla igieł i uchwytów , stanowiących bezpieczny zestaw do pobierania krwi : Iгла wraz z uchwytem ma tworzyć bezpieczny komplet , który po podłączeniu tych dwóch elementów zabezpieczy igłę po pobraniu chroniąc personel przed zakłuciem .Wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodzą od jednego producenta (aby zapobiec wypadaniu igły z uchwytu w czasie pobierania krwi) (podkreślenie Odwołującego) Zamawiający dopuszcza dwa rodzaje zabezpieczeń: mocowanie osłonki zabezpieczającej igłę po pobraniu do igły lub uchwytu . Uchwyty wraz z zabezpieczeniem igły po pobraniu , pakowane osobno (nie pakowane wraz z igłami) umożliwiające zastosowanie dowolnego rozmiaru igły systemowej . Zamawiający wymaga pełnej kompatybilności asortymentu w ramach części 18. Jeden obowiązujący termin ważności dla próbek do koagulologii, podany na etykiecie każdej pojedynczej próbki, niezależnie od otwarcia opakowania zbiorczego próbek oraz od tego, czy próbki trzymane są w worku zbiorczym, czy poza nim. Jeden obowiązujący termin ważności dla próbek do OB, podany na etykiecie każdej pojedynczej próbki, niezależnie od otwarcia opakowania zbiorczego próbek oraz od tego czy próbki trzymane są w worku zbiorczym czy poza nim.”

Postawiony parametr graniczny „Wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodzą od jednego producenta (aby zapobiec wypadaniu igły z uchwytu w czasie pobierania krwi)” narusza w sposób istotny art. 29 ust. 3 Ustawy, bowiem prowadzi do uprzywilejowania jednych wykonawców i do wyeliminowania produktów oferowanych przez innych wykonawców mogących w sposób należyty wykonać zamówienie publiczne.

Po pierwsze - Zamawiający nie określił, czy wymóg „Wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodzą od jednego producenta (aby zapobiec wypadaniu igły z uchwytu w czasie pobierania krwi)” dotyczy tylko igieł i uchwytów, czy również próbek?

Po drugie - niezależnie od tego, czy wymóg jednego producenta dotyczy tylko igieł i uchwytów, czy obejmuje również próbki Zamawiający wymagając, aby wszystkie elementy systemu zamkniętego pochodziły od jednego producenta, narusza w sposób istotny art. 29 ust. 3 Ustawy, bowiem prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania produktów oferowanych przez innych wykonawców, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Wymóg pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, ani też uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Rozumiemy, iż potrzebą tą jest kompatybilność produktów, jednak kompatybilność ta nie musi być osiągnięta i zagwarantowana jedynie przez produkty “jednego producenta”.

Wręcz przeciwnie - wymóg ten, nie jest konieczny do zapewnienia kompatybilności wszystkich elementów systemu zamkniętego. Producenci produktów systemów podciśnieniowego pobierania krwi produkują je według ogólnie przyjętych standardów i norm, które powodują, że można je używać zamiennie od różnych producentów tak samo jak igły i strzykawki.

Wymóg „pochodzenia elementów systemu od jednego producenta” nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych nie wymaga, aby współpracujące ze sobą wyroby medyczne pochodziły od jednego producenta, wręcz bardzo wyraźnie wskazuje, że mogą pochodzić one od różnych producentów i wytwórców. Jedyny wymóg jaki nakłada Ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, to wymóg określony w art. 30 ust 1 pkt. 1, zgodnie z którym, wykonawca tj. **„podmiot, który w celu wprowadzenia do obrotu jako system lub zestaw zabiegowy zestawia razem wyroby medyczne oznakowane znakiem CE, nie przekraczając ich przewidzianego zastosowania i ograniczeń w używaniu określonych przez ich wytwórców” potwierdza złożonym oświadczeniem, że „zweryfikowano wzajemną kompatybilność wyrobów medycznych zgodnie z instrukcjami wytwórców i przeprowadzono wskazane w nich działania zgodnie z tymi instrukcjami”.**

Zatem, w świetle obowiązujących przepisów prawa, takie oświadczenie złożone przez dostawcę (Wykonawcę) jest wystarczające i gwarantuje właściwą współpracę oferowanych wyrobów medycznych, czego nie gwarantuje zapis wprowadzony przez Zamawiającego bowiem pojęcie „producent” nie istnieje w ustawie z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (patrz wyjaśnienie poniżej) i tym samym może być różnie interpretowane.

Odwołujący, który jest jednocześnie wytwórcą części produktów, które zaoferowałby w niniejszym postępowaniu, gwarantuje kompatybilność oferowanych przez siebie produktów - wszystkich elementów systemu zamkniętego pomimo, że nie pochodzą one od „jednego producenta”.

Odwołujący swoje twierdzenie o kompatybilności i prawidłowej współpracy próbek i akcesoriów różnych producentów, opiera na:

- badaniach produktów będących przedmiotem niniejszego postępowania przeprowadzonych u swoich Klientów w momencie ich wprowadzeniem na rynek;
- ponad dwudziestopięcioletnim doświadczeniu zawodowym, w czasie którego dystrybuował na rynku polskim dwa inne systemy podciśnieniowego pobierania krwi zanim wprowadził swój własny system podciśnieniowy pod nazwą handlową MLVacuCol, który oferuje łącznie z akcesoriami innych wytwórców;
- pozytywnych opiniach o kompatybilności od klientów - użytkowników próbek MLVacuCol i akcesoriów do pobierania krwi firmy Hongyu Medical, którzy pracują na tych produktach pochodzących od różnych producentów od kilku lat.

Dowód: Opinie, zaświadczenia Zamawiających.

Należy również w tym miejscu dodać, że pojęcie „producent” nie ma zastosowania do wyrobów medycznych, gdyż nie występuje w ustawie o wyrobach medycznych. Ustawa ta bowiem, w swoim art. 2.1 pkt. 45 używa dla podmiotów biorących udział w procesie wytwarzania wyrobu medycznego pojęcia wytwórcy. Przypisując im o wiele szerszy zakres odpowiedzialności i kompetencji niż tylko produkcja wyrobów medycznych. A więc w przypadku postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem są wyroby medyczne nie może być ono uznane za dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenie jak tego wymaga art. 29 ust 1 ustawy PZP.

To, że wprowadzony parametr graniczny "aby wszystkie elementy systemu pochodziły w całości od jednego producenta", prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców, wynika z faktu, że uprzywilejowuje on w niniejszym postępowaniu niektórych wykonawców, którzy deklarują, że ich produkty pochodzą od jednego producenta, co zresztą nie zawsze jest zgodne z prawdą. Tymczasem na świecie istnieją dziesiątki producentów i wytwórców produktów będących przedmiotem niniejszego postępowania, z których jedni zajmują się produkcją próbek, a inni akcesoriów. Produkty te są ze sobą wzajemnie kompatybilne i można je oferować w systemach i zestawach w sposób przewidziany dyrektywą MDD 93/42/EWG UE i dyrektywą IVD 98/79/WE UE a na gruncie prawa polskiego ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych. Należy tu dodać, że w wielu wypadkach jakość systemów składających się z wyrobów różnych producentów jest dużo wyższa dzięki temu, że każdy z nich specjalizuje się w produkcji wyrobów przez siebie produkowanych.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia godzące w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, należy wskazać również, co następuje:

Zgodnie z zapisem ust 2 art. 29 ustawy: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Pojęcie sposobów naruszenia uczciwej konkurencji o którym mowa w art. 29 ust. 2 zostało doprecyzowane w wyroku KIO z dnia 22.01.2009r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni – przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni – przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.”

„Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób określający konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez Zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.” Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: "Przepis art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego." Uchwała KIO z dnia 4 kwietnia 2016 sygn. KIO/KD/21/16 – Podkreślenie Odwołującego

Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający poprzez wprowadzenie wymogu, aby wszystkie elementy systemu pochodziły od jednego producenta, doprowadził do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego, który również byłby w stanie złożyć ważną i zgodną z przepisami prawa ofertę, gdyby nie wprowadzenie przez Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia parametrów, które nie wynikają z żadnych przepisów prawa i są w sprzeczności z normami, a których wprowadzenie uprzywilejowuje niektórych dostawców, choć nie gwarantuje wyższej jakości zaoferowanych produktów.

W zakresie naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy PZP, poprzez możliwość dowolnej oceny treści oferty, na zgodność SIWZ poprzez ocenę próbek oferowanego asortymentu w zakresie Części 18, należy wskazać co następuje:

W załączniku nr 6 do SIWZ w pkt. 1 Zamawiający zawarł wymóg:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom Zamawiający żąda próbek oferowanego asortymentu w podanym poniżej zakresie :

W zakresie Części nr 18

1. *Próbki na potwierdzenie spełniania wymagań opisanych w formularzu cenowym*
 - *25 sztuk próbek z pozycji 4, 5, 10 formularza cenowego*
 - *30 sztuk uchwytów z pozycji 2 formularza cenowego*
 - *30 sztuk igieł nr 8/10 z pozycji 13 formularza cenowego”*

Odwolujący zdaje sobie sprawę, że Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może żądać w szczególności: „próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego”, ale obowiązkiem Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z należytą starannością i przejrzystością.

Zamawiający żądając próbek z określonych pozycji asortymentowych w ilościach przekraczających zwykłą wizualną ocenę próbek, prawdopodobnie zamierza przeprowadzić ocenę próbek poprzez wykonanie na nich próby biologicznej. Jest to oczywiście domysł Odwołującego, ale już sam fakt zamieszczenia tego wymogu w Załączniku nr 6 do SIWZ „Formularz parametrów ocenianych” może oznaczać, że próbki de facto służyć będą ocenie jakościowej, a nie ocenie spełniania określonych wymogów SIWZ, tym bardziej, że SIWZ nie precyzuje procedury przeprowadzenia oceny zgodności z określonymi w SIWZ wymogami. Nie precyzuje również oceny uzyskanych wyników, jakie parametry i wyniki będą powodowały, że wymóg uznany zostanie za spełniony oraz czy Wykonawcy, którzy złożyli ofertę mogą brać udział w przeprowadzeniu tej oceny. Taka ocena próbek jest de facto oceną jakościową, a nie oceną, czy oferowane dostawy będą odpowiadały określonym wymaganiom Zamawiającego, zwłaszcza, iż w pozycji 4, 5, 10 Zamawiający, poza standardowym opisem przedmiotu zamówienia postawił np. wymóg kompatybilności z aparatem, czas wykrzepiania do 30 min.

Bez szczegółowego określania sposobu przeprowadzenia oceny próbek, których Zamawiający wymaga w zakresie części 18 w pkt. 1 Formularza parametrów ocenianych tj. dokładnego określenia sposobu i metodyki przeprowadzenia prób, określenia kryteriów ocenianych i ich

wartość, które będą świadczyły o spełnieniu opisanych kryteriów oraz dopuszczenia do udziału w próbach Wykonawców, którzy złożyli oferty, Zamawiający będzie miał możliwość przeprowadzenia w sposób dowolny zarówno procedury oceny jak i oceny spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, a zatem ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią SIWZ, będzie naruszała zasadę przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy PZP, a sam wybór oferty nastąpi z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

1. *Pełnomocnictwo*
2. *Aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego*
3. *Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości 15000 zł.*
4. *Dowód przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu*
5. *Strona 22 z „Katalogu produktów Diagnostics Preanalytical Systems”*
6. *Ulotka katalogowa automatycznych analizatorów VACUETTE® do oznaczania OB firmy Greiner Bio-One, Print Screen strony internetowej firmy Biomedico oferującej analizator firmy Caretium, Strona z folderu produktowego MLVacuCol, Print Screen strony internetowej firmy Kima Vacutest oferującej analizator KIMASED AUTO*
7. *Opinie, zaświadczenia Zamawiających, szt. 9*