



Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na: „*Sukcesywne dostarczanie materiałów zużywalnych niezbędnych do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych*” do Miejskiego Centrum Medycznego im. dr. Karola Jonschera w Łodzi. (Numer postępowania: 15/2021).

ZMIANA TERMINU SKŁADANIA OFERT

Na mocy art. 284 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający przedłuża termin składania ofert do dnia 10.05.2021r. do godz. 11:00. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 10.05.2021r. do godz. 11:30.

W konsekwencji powyższej zmiany w rozdz. XII SWZ zmianie ulega termin związania ofertą, tj. termin związania ofertą wynosi 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert (i upływa z dniem 08.06.2021 roku), przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

ODPOWIEDZI NA PYTANIA DO SWZ

W związku z zapytaniem do SWZ, jakie wpłynęły od Wykonawców, Zamawiający wyjaśnia:

Pytanie: (Dot. poz. 14) Mając na względzie regulacje swz dla przedmiotowego postępowania w trybie podstawowym a w szczególności opis przedmiotu zamówienia określony Załącznikiem nr 7 do swz, wnosimy o zrewidowanie tego Załącznika pod kątem, zakresu przedmiotowego, czyli konstrukcji wymaganych elementów przedmiotu zamówienia w celu wyeliminowania kolizji z art. 99 ust. 4 oraz art. 16 pkt. 1 i 17 ust. 1 ustawy pzp. Konflikt powołany jak wyżej wynika z faktu, że w obecnym stanie faktycznym i prawnym ofertę spełniającą wszystkie wymagania jest w stanie złożyć tylko i wyłącznie Spółka Fresenius Medical Care S.A.

Mając powyższe na względzie wnosimy o wyłączenie poz. 12 z Załącznika nr 7 do swz, które pozostają w pełnej kompatybilności z urządzeniami, którymi dysponuje Zamawiający, czyli Multifiltrate Pro M205001 wytwórcy Fresenius Medical Care.

Powyższe podyktowane jest faktem, że w obecnym stanie faktycznym i prawnym konstrukcja zadania nr 1 narusza ustawę pzp w zakresie art. 7 i 29 ust. 2, poprzez delegowanie zamówienia dla jednego beneficjenta, ograniczając tym samym udział innych podmiotów w procesie udzielenia zamówienia publicznego. Potwierdzeniem powyższego jest Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2017 r. (Sygn. Akt KIO/1910/17), stanowiąc:

„..... Jak wskazano powyżej, bezsporną w sprawie była okoliczność, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwiał złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy – firmie Fresenius. Wynikało to z faktu, iż wykonawca ten, jako jedyny może dostarczyć wszystkie składniki zamówienia wymienione w załączniku nr 2 do SIWZ. Brak wydzielenia pozycji nr 2 i 3 do osobnej części zamówienia oraz brak możliwości składania ofert częściowych uniemożliwił innym wykonawcom, posiadającym w ofercie produkty wskazane w tych pozycjach, ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie dotyczącym tych produktów. Dotychczasowa praktyka Zamawiającego polegała na podziale zamówienia na pakiety, co umożliwiało ubieganie się o udzielenie zamówienia m.in. Odwołującemu. Nie ulega wątpliwości, iż sporządzenie przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczy dostęp do udzielenia zamówienia do jednego wykonawcy, jest działaniem naruszającym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający konieczność takiego opisu przedmiotu zamówienia uzasadniał okolicznością, iż w nowej metodzie hemodiafiltracji, do której używał będzie przedmiotu zamówienia, dochodzi do mieszania płynów określonych w pozycji 2 i 3 załącznika nr 2 do SIWZ z innymi substancjami tam wskazanymi i nie jest wiadomym, jaki będzie skutek wymieszania płynów pochodzących od różnych producentów. Należy jednak zauważyć – czego Zamawiający nie kwestionował – iż płyny oferowane przez Odwołującego mają identyczny skład, zaś niemożność przewidzenia ww. skutków wymieszania substancji miała wynikać z innych, nieokreślonych przez Zamawiającego właściwości oferowanych produktów. Właściwości te nie były elementem opisu

przedmiotu zamówienia, podobnie jak wskazywane przez Zamawiającego badania kliniczne, które posiadać miały jedynie produkty marki Fresenius. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł konieczności posiadania takich badań. Zamawiający nie stwierdził, że produkty oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymogów SIWZ. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego produkty oferowane przez Odwołującego mogą nie być kompatybilne z urządzeniami marki Fresenius. Jednakże Zamawiający nie poparł tego twierdzenia żadnymi dowodami. Podniesiona okoliczność wystąpienia błędów w aparaturze, gdy stosowane były płyny różnych producentów – przy czym nie były to produkty Odwołującego – niczego nie dowodzi, w szczególności, iż przyczyny wystąpienia tych błędów – jak sam przyznał Zamawiający – nie są jeszcze znane. Zamawiający nie przedłożył też chociażby oświadczenia producenta urządzeń – firmy Fresenius, iż płyny innych producentów będą niekompatybilne z jego urządzeniami. Należy zauważyć, iż złożenie takiego oświadczenia leżałoby w interesie wykonawcy Fresenius, potwierdzałoby bowiem konieczność zakupu jego produktów. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż Zamawiający nie wykazał konieczności zakupu wszystkich produktów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia od jednego producenta.

W tej sytuacji potwierdzenie znajduje zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający – co sam przyznał – sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający ubiegać się o uzyskanie zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co – jak wykazał Odwołujący – było nieuzasadnione w realiach niniejszej sprawy. Wadliwość sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia polegała na zaniechaniu podzielenia zamówienia na części, w dodatku wbrew dotychczasowej praktyce, a Zamawiający nie wykazał, aby odstąpienie od tej praktyki było w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione. Jak zasadnie podniósł Odwołujący, podział zamówienia na części powinien stanowić zasadę, od której Zamawiający może odstąpić w uzasadnionych przypadkach.”

Ponad powyższe pragniemy wskazać, że wydzielenie pozycji 12, pozwoli na wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom nie będącym przedstawicielami firmy Fresenius Medical Care Polska S.A. oraz na zaoferowanie wyrobu medycznego (w pełni kompatybilnego z posiadanym przez Zamawiającego aparatem Multifiltrate) używanego od lat do dnia dzisiejszego przez wiele oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii w ośrodkach klinicznych, szpitalach specjalistycznych oraz w stacjach dializ na terenie całego kraju (np. SCCS w Zabrzu, Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego).

Color Trading podkreśla, że zgodnie z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględny zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmierzającego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentów zamówienia postanowienia w treści załącznika nr 7 do SWZ, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 16 i 99 ust. 4, 5 i 6 w związku z art. 266 ustawy PZP.

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.

Color Trading wskazuje, iż 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. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu.

Spółka Color Trading wskazuje, że w tym zakresie pomimo wejścia w życie od 1 stycznia 2021 r. ustawy PZP, swoją aktualność zachowuje dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wobec jedynie redakcyjnych zmian omawianych przepisów. Color Trading podziela zatem pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

„Nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

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.

W tym zakresie Color Trading podziela poglądy wyrażane dotąd przez KIO w poniżej przytoczonych orzeczeniach: wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

„fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia

w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać”

wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

„Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.”

wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17:

„Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień dokumentów zamówienia w każdy sposób, który zaspokoi potrzeby Zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko i wyłącznie na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców (vide: wyrok KIO z dnia 22 listopada 2017 r., KIO 2211/17).

Wnioskodawca Color Trading podkreśla ponadto, że zgodnie z art. 16 ust 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględny zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie je wykonać. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmierzającego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Krajowa Izba Odwoławcza w zachowującym aktualność pomimo zmiany ustawy PZP orzecznictwie podkreśla fakt, że swoboda zamawiającego w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia i stawianiu wykonawcom warunków, które muszą spełnić, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nieograniczona. Swobodę tę w sposób istotny ogranicza wyrażona w art. 16 ust. 1 ustawy PZP zasada uczciwej konkurencji (do 31 grudnia 2020 r. zasada ta znajdowała wyraz w art. 7 ust 1 ustawy PZP). Color Trading jest świadom faktu, iż charakter potrzeb zamawiającego może powodować pewne ograniczenia i nie każdy wykonawca będzie w stanie złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na charakter usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. Jednakże w przypadku niniejszego Postępowania mamy do czynienia z sytuacją zgoła odmienną – Zamawiający w taki sposób manipuluje opisem przedmiotu zamówienia, żeby udzielić zamówienia jednemu, wybranemu przez siebie uprzednio wykonawcy. Dlatego też Color Trading pragnie wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2020 r., KIO 1066/20, w którym Izba podkreśla, że wyłączenie z rynku nawet części wykonawców (a nie wszystkich – poza jednym – jak w obecnym przypadku) musi implikować po stronie Zamawiającego obowiązek racjonalnego oraz przekonującego wyjaśnienia przyczyn takiego działania:

„Zamawiający jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania.”

W związku z przeprowadzoną powyżej argumentacją, która w sposób bezsprzeczny wskazuje na ukształtowanie przez Zamawiającego warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu w sposób dyskryminacyjny, nakierowany na udzielenie zamówienia wyłącznie jednemu, wybranemu wcześniej przez Zamawiającego wykonawcy, wnosimy o wyjaśnienie podstaw konstrukcji pakietu stanowiącego opis przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji zmianę tego opisu poprzez wyłączenie pozycji nr 12.

Pragniemy również zauważyć, iż w unieważnionym postępowaniu (znak: 13/2021), wartość jaką zaoferowała Spółka Fresenius Mediacal Care, w poz. 12 wyniosła: 388.773,00 zł, co daje cenę 55,00 zł netto/szt., natomiast standardowa cena przetargowa oferowana przez Color Trading w innych postępowaniach, dla asortymentu z powołanej poz. 12, była średnio o 20% poniżej tej wartości, powodując znaczną korzyść ekonomiczną przy zachowaniu tożsamości przedmiotowej.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Materiały zużywalne będące przedmiotem niniejszego postępowania są dedykowane do urządzeń dzierżawionych przez Zamawiającego. Zgodnie z umową dzierżawy Zamawiający jest zobowiązany do korzystania z przedmiotu dzierżawy zgodnie z jego przeznaczeniem i instrukcją obsługi dostarczoną przez Wykonawcę. W w/w instrukcji zostały wskazane materiały eksploatacyjne, które są odpowiednie do użytku z tymi urządzeniami i które można z nimi bezpiecznie stosować. Wytwórca urządzeń dzierżawionych nie gwarantuje bezpieczeństwa i wydajności urządzeń w przypadku stosowania innych materiałów eksploatacyjnych, niż wymienione w instrukcji. Stanowi to zatem dla Zamawiającego zbyt duże ryzyko odnośnie odpowiedzialności nie tylko w zakresie funkcjonowania oraz ewentualnych awarii urządzeń, ale również z tytułu Odpowiedzialności Cywilnej w zakresie terapii prowadzonych na dzierżawionych urządzeniach z zastosowaniem innych materiałów, niż wskazane przez producenta dzierżawionych przez Zamawiającego aparatów.

*Dyrektor
Miejskiego Centrum Medycznego
im. dr. Karola Jonschera w Łodzi
/-/ mgr Konrad Łukaszewski*