

Warszawa, dn. 28.08.2020

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

Odwołujący:

Siemens Healthcare Sp. z o.o.

ul. Żupnicza 11

03-821 Warszawa

Tel. +48 22 870-81-07

Faks: +48-22 870-80-90

E-mail: dawid.kos@siemens-healthineers.com

Zamawiający :

Szpital Uniwersytecki w Krakowie

ul. Kopernika 36

31 – 501 Kraków

Tel. +48 12 424 70 00

Faks. +48 12 424 74 87

Strona internetowa Zamawiającego-link do postępowania: <https://pl.su.krakow.pl/dostawa-odczynnikow-materialow-kontrolnych-i-zuzywalnych-oraz-dierzawa-analizatorow-dfp-271-63-2020-adb>

Dotyczy: przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie na dostawę odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz dzierżawę trzech analizatorów immunochemicznych wraz z dzierżawą kompleksowego systemu informatycznego umożliwiającego obsługę procesu oraz wymianę danych z systemem szpitalnym LSI w dwóch lokalizacjach przy ul. Kopernika 15b w Krakowie oraz przy ul. Jakubowskiego 2 (NSSU) w Krakowie; nr sprawy **DFP.271.63.2020.ADB** , ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.06.2020r. pod nr 2020/S 117-283373, a zwane dalej „**Postępowaniem**”.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1, 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami) dalej zwanej „**ustawą**”, Siemens Healthcare Sp. z o.o. w Warszawie („**Odwołujący**”) niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności

dokonanych przez Zamawiającego, tj. Szpital Uniwersytecki w Krakowie – w Postępowaniu, a polegających na:

naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie – w wyniku zmiany SIWZ poprzez udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 57 (pismo Zamawiającego z 19.08.2020) do realizacji zamówienia na preferencyjnych warunkach jednego z wykonawców firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Roche”), która realizuje u Zamawiającego na podstawie umowy od sierpnia 2019, inne zamówienie, którego przedmiotem była kompleksowa dostawa odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz dzierżawa zintegrowanych systemów analitycznych wraz z kompleksowym systemem informatycznym umożliwiającym obsługę procesu i wymianę danych z systemem LSI każdy spięty w linię dla Zakładu Diagnostyki SU w dwóch lokalizacjach (cz. 1), a także dostawa odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz dzierżawa modułu biochemicznego i immunochemicznego wraz z kompleksowym systemem informatycznym umożliwiającym obsługę procesu oraz wymianę danych z systemem dla Zakładu Diagnostyki SU w jednej lokalizacji (cz. 2 i 3)”; nr sprawy przetargu nieograniczonego: NSSU DFP.271.27.2019.ADB z czasem realizacji 36 miesięcy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz innych wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim analizatory immunochemiczne do dzierżawy oraz odczynniki i materiały eksploatacyjne do tej aparatury, będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia i jego sposób realizacji w zmodyfikowanym brzmieniu w skutek udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 57 (pismo z 19.08.2020) uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął 19.08.2020, tj. w dzień zamieszczenia pytań i odpowiedzi oraz załącznika 1B i 1C po zmianach na stronie internetowej Zamawiającego: <https://pl.su.krakow.pl/dostawa-odczynnikow-materialow-kontrolnych-i-zuzywalnych->

[oraz-dzierzawa-analizatorow-dfp-271-63-2020-adb](#) - w związku z tym niniejsze odwołanie zostało zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 wniesione w przewidzianym ustawowo terminie.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu anulowanie odpowiedzi na pytanie nr 57 (pismo Zamawiającego z 19.08.2020) i udzielenie odpowiedzi: „Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe rozwiązanie”,
oraz
- 3) nakazanie Zamawiającemu cofnięcie modyfikacji pkt. 22 Warunków granicznych dla analizatora immunochemicznego (załącznik nr 1b do SIWZ) wprowadzonej odpowiedzią na pytanie nr 57 (pismo Zamawiającego z 19.08.2020) .

UZASADNIENIE

W dniu 18.06.2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, jednocześnie Zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”). W toku prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 19.08.2020 r. zamieścił na stronie internetowej pytania i odpowiedzi oraz modyfikację załączników nr 1B i 1C do SIWZ.

Po wnikliwej analizie opublikowanych pytań i odpowiedzi Odwołujący stwierdza, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 57 Zamawiający w sposób wadliwy, niezgodnie z przepisami ustawy dokonał zmiany SIWZ, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji, przez co uniemożliwia Odwołującemu (i prawdopodobnie także innym potencjalnym wykonawcom z wyjątkiem Roche) złożenia konkurencyjnej oferty, pomimo, że Odwołujący jest przedstawicielem jednego z czołowych producentów urządzeń objętych przedmiotem Postępowania. Poniżej przedstawiamy treść pytania 57 i udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi:

„Pytanie 57

Czy Zamawiający dopuszcza, aby przedmiotem oferty w zakresie dzierżawy trzech analizatorów immunochemicznych wraz z dzierżawą kompleksowego systemu informatycznego umożliwiającego obsługę procesu oraz wymianę danych z systemem szpitalnym LSI były analizatory i system informatyczny już dzierżawione przez Zamawiającego na podstawie

innej umowy z wykonawcą, spełniające wszystkie wymagania SIWZ? Analizatory byłyby używane, rok prod. 2019. Powyższe rozwiązanie wydaje się korzystne dla Zamawiającego, gdyż z jednej strony, bez szkody dla wydajności i dotychczas realizowanych oznaczeń na posiadanych już analizatorach będzie mógł wykonywać kolejne badania i Zamawiający nie będzie musiał przeznaczać dodatkowej powierzchni na sprzęt, na którym oznaczalby jedynie kilka parametrów.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza, aby przedmiotem oferty w zakresie dzierżawy trzech analizatorów immunochemicznych wraz z dzierżawą kompleksowego systemu informatycznego były analizatory (rok prod. 2019) i system informatyczny już dzierżawione przez Zamawiającego na podstawie innej umowy z Wykonawcą, spełniające wszystkie wymagania SIWZ. Zamawiający jednocześnie modyfikuje pkt 22 Warunków granicznych dla analizatora immunochemicznego (załącznik nr 1b do specyfikacji).”

– Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy do obowiązków Zamawiającego należy opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo, zgodnie z ust. 2 ww. przepisu ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przepis art. 7 ust. 1 ustawy wprost nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W Postępowaniu Zamawiający zasady te naruszył kształtując SIWZ w taki sposób, że oferta spółki Roche będzie miała zawsze nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad ofertami innych wykonawców, których analizatory i systemy informatyczne nie są obecnie – w przeciwieństwie do spółki Roche – dzierżawione przez Zamawiającego i zainstalowane w pomieszczeniach Zamawiającego.

Od sierpnia 2019 spółka Roche wykonuje bowiem u Zamawiającego umowę na inne badania, której przedmiotem była dostawa odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz dzierżawa zintegrowanych systemów analitycznych wraz z kompleksowym systemem informatycznym umożliwiającym obsługę procesu i wymianę danych z systemem LSI, każdy spięty w linię dla Zakładu Diagnostyki SU w dwóch lokalizacjach (cz. 1), a także dostawa odczynników, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz dzierżawa modułu biochemicznego i immunochemicznego wraz z kompleksowym systemem informatycznym umożliwiającym obsługę procesu oraz wymianę danych z systemem dla Zakładu Diagnostyki SU w jednej lokalizacji (cz. 2 i 3)” (nr sprawy przetargu nieograniczonego: NSSU DFP.271.27.2019.ADB) z czasem realizacji 36 miesięcy.

Na podstawie powyższej umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający dzierżawi obecnie od Roche m.in. analizatory immunochemiczne i system informatyczny, a w wyniku udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na Pytanie 57 (pismo Zamawiającego z 19.08.2020) zmieniającej SIWZ, Roche jako jedyny wykonawca może złożyć ofertę w Postępowaniu, w ramach której nie musi udostępnić Zamawiającemu trzech analizatorów immunochemicznych i wydzierżawić system informatyczny, ponieważ na potrzeby zamówienia objętego Postępowaniem może użyć analizatorów już znajdujących się w pomieszczeniach Zamawiającego wraz z systemem informatycznym. Tym samym koszt oferty złożonej w Postępowaniu przez Roche będzie istotnie niższy niż koszt oferty któregośkolwiek z pozostałych wykonawców, z których każdy musi zakupić analizatory, czyli ponieść koszty, które nie zostaną poniesione przez Roche. Kosztami do poniesienia przez innych niż Roche wykonawców są również koszty zakupu i instalacji systemu informatycznego, instalacji, szkolenia personelu i adaptacji związanej z dostawą analizatorów.

Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie SIWZ nie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji jedynie wówczas, gdyby każdy z wykonawców, który przystąpi do postępowania miał możliwość zaoferowania analizatorów Roche używanych obecnie przez Zamawiającego na identycznych warunkach. Nie jest jednak dostępny w Postępowaniu taki mechanizm, który pozwoliłby zapewnić innym niż Roche wykonawcom, korzystanie z tych analizatorów na warunkach nie gorszych niż te, którymi dysponuje Roche. Analizatory te nie są własnością Zamawiającego, lecz są dzierżawione od Roche. Roche nie ma powodu, aby zaoferować dzierżawę przedmiotowych analizatorów na warunkach, które uczyniłyby oferty innych wykonawców konkurencyjnymi.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że zawarta umowa w sierpniu 2019 przez Zamawiającego z Wykonawcą Roche na dzierżawę systemów analitycznych jest różna pod względem przedmiotu dzierżawy w stosunku do przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu. Umowa z sierpnia 2019 nie przewidywała czynności objętych przedmiotem Postępowania i użycie objętych nią analizatorów w sposób przewidziany odpowiedzią na Pytanie 57 (pismo Zamawiającego z 19.08.2020) stanowi naruszenie ustawy.

W postępowaniu, w wyniku którego zawarł umowę z sierpnia 2019 Zamawiający nie przewidział w specyfikacji możliwości zwiększenia zakresu zamówienia o dodatkowe badania. Gdyby to zrobił, mogło to stanowić istotny czynnik zwiększający grono zainteresowanych wykonawców. W specyfikacji Zamawiający określił, że wyspecyfikowany asortyment stanowi maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, co stanowi potwierdzenie powyższej tezy.

W związku z powyższym uzasadnieniem, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego jest w pełni uzasadnione i konieczne i Odwołujący podtrzymuje swoje żądania wyrażone w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez anulowanie odpowiedzi na pytanie nr 57 i udzielenie odpowiedzi zgodnie z odpowiedzią na tożsame pytanie nr 29 „Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe rozwiązanie” oraz cofnięcie modyfikacji pkt. 22 Warunków granicznych dla analizatora immunochemicznego (załącznik nr 1b do SIWZ) w przedmiotowym zakresie.

Kopię odwołania Odwołujący, zgodnie z art. 180 ust. 5 przekazał w dniu 28.08.2020r. Zamawiającemu.

W imieniu Siemens Healthcare sp. z o.o.

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo
- 2) Kopia odpisu z KRS
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 4) Potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu