



Wrocław, 07 września.2021r.

**4. Wojskowy Szpital Kliniczny  
z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu**  
ul. Rudolfa Weigla 5, 50-981 Wrocław

### **MODYFIKACJA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

*dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów medycznych wraz z najmem dwóch aparatów do pomiaru zmian nasycenia tlenem, znak sprawy: 4 WSzKzP.SZP.2612.49.2021*

Zamawiający 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ we Wrocławiu działając na podstawie art. 135 ust.2 oraz 137 ust.1 ustawy z dnia 11września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r.poz.2019 ze zm.) dalej Pzp informuje, że wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w ww. postępowaniu przetargowym:

**Pytanie nr 1- dotyczy pakietu nr 42 poz. 2 – „** *Niniejszym, działając na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zmianami; dalej: „ustawa nnpzp), mając na uwadze, zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego specyfikację warunków zamówienia; dalej: SWZ, dotyczącą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, (...) w wyniku dokonanej szczegółowej analizy treści powołanej SWZ, wnosi poniższy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ oraz ewentualnie dokonanie zmian (modyfikacji SWZ), w celu usunięcia konfliktu z obowiązującymi przepisami.*

*I tak odpowiednio Zamawiający w zakresie pakietu nr 42 SWZ, wymaga zaoferowania: „... poz. 2 Czujnik jednopacjentowy, sterylny, nie zawierający lateksu, bez DEHP, samoprzylepny dla noworodków poniżej 3 kg, w kształcie „L” ,dł. kabla min. 90cm (bez wtyczki i plastra), posiadający w integralnym opakowaniu sześć naklejek do mocowania czujnika w kształcie kółek pokrytych klejem z obu stron ułatwiających aplikację i przedłużających żywotność czujnika, sensor w technologii OxiMAX - tożsamość z Oximax potwierdzona certyfikatem lub oświadczeniem oryginalnego wytwórcy technologii Oximax ( certyfikat / oświadczenie dołączyć do oferty ), kalibrowany cyfrowo i analogowo zapewniający dokładność ( %SpO2) w zakresie 70- 100 % - 2 cyfry, w zakresie 60% - 80% – 3 cyfry – dokładność dla obu zakresów SPO2 potwierdzona w dokumentach rejestracyjnych lub w instrukcji obsługi zaoferowanych czujników – wymagane dołączenie do oferty). Prawidłowa identyfikacja czujnika przez pulsoksymetrię z funkcją wyświetlania nazwy poprzez wyświetlenie nr katalogowego podłączonego czujnika zgodnego z nr katalogowym na opakowaniu czujnika. Potwierdzone w dokumentach rejestracyjnych lub w instrukcji obsługi zaoferowanych czujników wskazanie do stosowania u pacjentów pobudzonych, w ruchu oraz z niską perfuzją - wymagane dołączenie potwierdzenia do oferty. Fotodetektor czujnika zabezpieczony miedzianą osłoną Faraday'a w celu redukcji interferencji elektromagnetycznych...”*

*Dodatkowo Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą:*

- 1) Certyfikatu/Oświadczenia oryginalnego wytwórcy technologii OXIMAX potwierdzającego, że czujnik jest w technologii OxiMax, bądź tożsamy z OxiMax – dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*
- 2) Dokumentu rejestracyjnego potwierdzającego, iż czujnik kalibrowany cyfrowo i analogowo zapewnia dokładność ( % SpO2) w zakresie 70 – 100% - 2 cyfry w zakresie 60-80% - 3 cyfry – dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*
- 3) Dokumentu rejestracyjnego potwierdzającego, iż zaoferowane czujniki przeznaczone są do stosowania u pacjentów pobudzonych, w ruchu oraz z niską perfuzją - dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*

*Mając na względzie powyższe wnosimy o szczegółowe wyjaśnienie na jakiej podstawie Zamawiający wymaga zaoferowania wyrobów, które dysponują właściwościami wraz z uzasadnieniem:*

*I tak odpowiednio poz. 2*

*Prawidłowa identyfikacja czujnika przez pulsoksymetrię z funkcją wyświetlania nazwy poprzez wyświetlenie nr katalogowego podłączonego czujnika zgodnego z nr katalogowym na opakowaniu czujnika. Fotodetektor czujnika zabezpieczony miedzianą osłoną Faraday'a w celu redukcji interferencji elektromagnetycznych.*

*Oraz dokumentów:*

*1) Certyfikatu/Oświadczenia oryginalnego wytwórcy technologii OXIMAX potwierdzającego, że czujnik jest w technologii OxiMax, bądź tożsamy z OxiMax – dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*

*2) Dokumentu rejestracyjnego potwierdzającego, iż czujnik kalibrowany cyfrowo i analogowo zapewnia dokładność (% SpO<sub>2</sub>) w zakresie 70 – 100% - 2 cyfry w zakresie 60-80% - 3 cyfry – dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*

*3) Dokumentu rejestracyjnego potwierdzającego, iż zaoferowane czujniki przeznaczone są do stosowania u pacjentów pobudzonych, w ruchu oraz z niską perfuzją - dotyczy pakietu nr 42 poz. 2.*

*Które, nie są faktycznie określone w żadnych z przepisach w tym ustawie o wyrobach medycznych, zawierają dane, które faktycznie nie występują. Dodać należy, że znakomita część informacji które wymaga Zamawiający znajduje się w instrukcji używania stosowania wyrobu.*

*Ponad powyższe wnosimy o zmianę SWZ, poprzez usunięcie powołanych regulacji SWZ.*

*Pragniemy zwrócić uwagę na niezaprzeczalny fakt, wynikający z zasad Ustawy npzp, że opis przedmiotu zamówienia winien być opisany za pomocą tylko obiektywnych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty, a ponadto winien być tak zrealizowany, tak, aby nie zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji, w przeciwnym wypadku dojdzie po stronie Zamawiającego do naruszenia przepisów Ustawy npzp. Analiza opisu przedmiotu zamówienia SWZ oraz wymagań w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, utwierdza (...) w przekonaniu, że Zamawiający poprzez opis zawarty w przywołanym pakiecie nr 42, wręcz uniemożliwia złożenie oferty nie tylko przez (...) ale również innym podmiotom, gdyż stanowią o jednoznacznym wskazaniu na przyszłego wykonawcę przedmiotu zamówienia.*

*Warto przypomnieć, że ideą przyświecającą ustawodawcy przy tworzeniu Ustawy npzp, było umożliwienie zarówno z jednej strony wolnej konkurencji wielu wykonawców, ale też umożliwienie Zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jakże Zamawiający ma dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty skoro już ograniczył ilość potencjalnych wykonawców do jednego?! Czy Zamawiający liczy na to, iż wykonawcy będący w uprzywilejowanej pozycji złożą korzystną dla Zamawiającego ofertę mając świadomość, że nie muszą liczyć się z jakąkolwiek konkurencją? Według (...) jest to niemożliwe i w chwili obecnej skierowane dla jednego podmiotu.*

*Warto przywołać fundamentalny (z całkowitą pewnością aktualny) Komentarz do Ustawy npzp pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Wydawnictwo UZP, Warszawa 2004 r. str. 112) w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości w zakresie interpretacji zajmuje jednoznaczne stanowisko, stwierdzając, że:*

*„...4. Zakaz, o którym mowa w pkt. a (art. 29 ust. 1 i 2) zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Dodać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. Akt KIO/UZP 423/08) stwierdziła ponad wszelką wątpliwość, że”... – Prawem zamawiającego, a zarazem jego obowiązkiem, jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami.” lecz „... swoboda ta jest ograniczona zakazem opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i stawiający w uprzywilejowanej sytuacji jedną firmę, a dyskryminujący inne. Dyskryminacja następuje także w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.” w efekcie, czego Izba uznała, że wymagania Zamawiającego bezpodstawnie ograniczały uczciwą konkurencję, i nakazała zmienić specyfikację. Tożsamy zdanie *expressis verbis* wynika z Orzeczenia KIO (Sygn. akt: KIO/UZP 423/08), gdzie czytamy (...) Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt, jak również z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta. Dyskryminacja wykonawców następuje także, w sytuacji gdy*

wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”. Mając na względzie powyższe można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że Wyroki KIO w pełni podtrzymują dotychczasową linię doktryny w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i utwierdzają (...) w przekonaniu, że w przedmiotowym postępowaniu bez wątplenia doszło do naruszenia zasad o których mowa w art. 16 i 17 oraz 99 ust. 4 Ustawy npzp.

Stwierdzić również należy, że dokonywany przez zamawiającego w opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym również na ilość złożonych ofert i zasadnym byłoby, aby Zamawiający otrzymał jak największą ilość ważnych ofert w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania. Stąd też, pomimo tego, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży to opisu przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazujący na potencjalnego wykonawcę umowy pozostaje w kolizji z zasadą uczciwej konkurencji.

Faktem również jest, że art. 99 ust. 1 Ustawy npzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z tym, że opis ten ma służyć tylko i wyłącznie realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, która została wstępnie wyrażona w art. 16 i 17 ustawy npzp i wzmocniona w art. 99 ust. 4 powołanej Ustawy npzp a nie realizowaniem własnych preferencji i upodobań w żaden sposób nie uzasadnionych. Biorąc również pod uwagę art. 99 ust. 4 Ustawy npzp zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji (parametrów technicznych), niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji, co ma miejsce w chwili obecnej. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. „...zamawiający nie może używać sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretną grupę wyrobów albo na konkretnego wykonawcę.” Tym samym nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób pośredni lub bezpośredni wskazuje na konkretnego wykonawcę, przy czym grupa tych produktów nie musi być nazwana przez zamawiającego, wystarczy, że konstrukcja pakietu przedmiotu zamówienia określona jest tak, że spełnić jest je w stanie tylko jeden wykonawca (wnioskodawca). Zupełnie na marginesie (...) pragniemy jedynie dodać, że wyroki Zespołów Arbitrów; dalej: ZA oraz Krajowej Izby Odwoławczej; dalej: KIO, jednoznacznie potwierdzają w praktycznie tożsamy sprawach, że takie jak przedmiotowym postępowaniu umyślne działanie Zamawiającego jest naruszeniem przepisów Ustawy npzp.

Pragniemy również stwierdzić, że ograniczenie możliwości składania korzystnych dla Zamawiającego ofert narusza również bezpośrednio art. 3 ust. 2 w związku z art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z dnia 8 czerwca 1993 r. Nr 47 poz. 211 z późn. zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji gdyż wypełniony został katalog przesłanki, jaką jest „...rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie klientów”. Ponadto pragniemy zwrócić w tym momencie uwagę na fakt, że utrudnianie uczciwej konkurencji dotyczy działań Zamawiającego, a naruszenie przepisów powołanej ustawy w konsekwencji może być przyczyną unieważnienia postępowania lub ewentualnej umowy zawartej w kolizji (rażącym naruszeniem) z przepisami Ustawy npzp.

Mając na względzie przedstawione argumenty wnoszę o zrewidowanie stanowiska w zakresie konstrukcji Pakietu nr 42, opisu przedmiotu zamówienia, asortymentu oraz wymaganych dokumentów, które Wykonawca powinien dołączyć do oferty w zakresie Pakietu 42 poz. 2.

**Odpowiedź na pytanie nr 1 : Zamawiający modyfikuje załącznik nr 2 pakiet nr 42 poz. 2 „opis przedmiotu zamówienia”, który otrzymuje nowe brzmienie:**

**„ Czujnik jednopacjentowy, sterylny, nie zawierający lateksu, bez DEHP, samoprzylepny dla noworodków poniżej 3 kg, w kształcie „L”, dł. kabla min. 90cm (bez wtyczki i plastra), posiadający w integralnym opakowaniu sześć naklejek do mocowania czujnika w kształcie kółek pokrytych klejem z obu stron ułatwiających aplikację i przedłużających żywotność czujnika, kalibrowany cyfrowo i analogowo**

**zapewniający dokładność ( %SpO2) w zakresie 70- 100 % - 2 cyfry, w zakresie 60% - 80% – 3 cyfry. Prawidłowa identyfikacja czujnika przez pulsoksymetry z funkcją wyświetlania nazwy poprzez wyświetlenie nr katalogowego podłączonego czujnika zgodnego z nr katalogowym na opakowaniu czujnika. Do stosowania u pacjentów pobudzonych, w ruchu oraz z niską perfuzją. Fotodetektor czujnika zabezpieczony miedzianą osłoną Faraday'a w celu redukcji interferencji elektromagnetycznych. Zamawiający wymaga czujnika kompatybilnego z respiratorem Newport HT70 Plus będącego własnością Szpitala „**

**Wykonawca zobowiązany jest do naniesienia dokonanych zmian w treści oferty.**

*Z upoważnienia Komendanta  
4. Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką  
SP ZOZ we Wrocławiu  
Kierownik Sekcji Zamówień Publicznych - Piotr Strąk*