

Warszawa, dnia 28 marca 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

SYNEKTIK S.A.

ul. Józefa Piusa Dziekońskiego 3
00-728 Warszawa
NIP: 521-319-78-80
REGON: 015164655
tel. +48 22 327 09 00
e-mail: przetargi@synektik.com.pl

Zamawiający:

**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5
im. Św. Barbary w Sosnowcu**

ul. Plac Medyków 1
41-200 Sosnowiec
NIP: 644-287-67-26
tel. +48 (32) 368- 20 -00
e-mail: sekretariat@wss5.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 późn, zm) pn. „*Dostawa robota chirurgicznego wraz z instalacją i wyposażeniem*”

WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy wadliwie skonstruowanych postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w związku z udzielonymi w dniu 21 marca 2024 roku odpowiedziami na pytania Wykonawców.
2. O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 21 marca 2024 roku, kiedy to Zamawiający opublikował odpowiedzi. W konsekwencji 10-dniowy termin na złożenie odwołania (z uwzględnieniem art. 509 ust. 2 ustawy Pzp) upływa w dniu **2 kwietnia 2024 roku**.
3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. **Potwierdzenie przelewu w załączeniu.**
4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego w dniu **28 marca 2024 roku**.
5. W załączeniu wydruk z KRS potwierdzający uprawnienie do reprezentowania Odwołującego.
6. Znak sprawy: **6/PNE/DOT/2024**.
7. Ogłoszenie: **Dz.U. S: 27/2024 nr 80935-2024**.
8. Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/884977>

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 515 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” niniejszym **wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego** podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- 1) naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, co zostało spowodowane udzieleniem w dniu 21.03.2024r. odpowiedzi na pytanie 17 (dot. pkt. 42 załącznika nr 2 do SWZ – OPZ) oraz odpowiedzi na pytanie 18 (dot. pkt. 43 załącznika nr 2 do SWZ – OPZ) co w konsekwencji powoduje, że w postępowaniu dopuszczono możliwość złożenia ofert na nieporównywalne urządzenia w zakresie wymagań funkcjonalnych, ale także zachwianie konkurencyjności w sferze ekonomicznej,
- 2) w konsekwencji sporządzeniu Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, który nie gwarantuje zapewnienie najlepszej jakości usług koniecznych z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, a wręcz dopuszczenie do zaoferowania urządzenia, które na dzień składania ofert nie istnieje.

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do wymagań pierwotnie opisanych w SWZ, sprzeczny z zasadą równego traktowania Wykonawców, zachowaniem uczciwej konkurencji prowadzącym do braku uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, a w konsekwencji opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez taki dobór parametrów granicznych, określenie sposobu oceny ofert i przyznawania punktów za poszczególne parametry, który nie zapewnia najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu przywrócić pierwotnej treści SWZ, poprzez zmianę stanowiska co do dopuszczenia dostarczenia wymaganych funkcjonalności w terminie nie dłuższym niż 9 miesięcy zgodnie z odpowiedzią z dnia 21.03.2024 r. w ramach zadanego pytania i odpowiedzi nr 17 i 18,
2. zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według przedstawionej na rozprawie faktury.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Odwołujący jest jednym z Wykonawców oferujących na rynku polskim urządzenia będące przedmiotem prowadzonego postępowania, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a przede wszystkich uczciwie i równo konkurować z innymi podmiotami zainteresowanymi udziałem w tym postępowaniu. Odwołujący chce mieć możliwość złożenia oferty na tych samych zasadach - zarówno co do funkcjonalności oferowanego urządzenia, a co za tym idzie jego wartości. Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp skutecznie to uniemożliwia, narażając Odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych w postaci pozyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 21 lutego 2024 roku, opublikował na stronie prowadzonego postępowania odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytania:

Pytanie 17

Dotyczy Załącznik nr 2 do SWZ, część 1a, pkt 42.

Czy Zamawiający uzna za spełnienie tego parametru dostarczenie technologii zaawansowanej energii zintegrowanej z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania w czasie nie późniejszym niż 9 miesięcy od dnia dostawy systemu robotycznego oraz złożenie oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie w momencie przedłożenia przez niego oferty? Wykonawca na chwilę przedłożenia niniejszego pytania dysponuje taką technologią i jest na końcowym etapie procesu jej rejestracji oraz deklaruje, że w czasie nie późniejszym niż 9 miesięcy od dnia dostawy systemu robotycznego dostarczy zarejestrowany, w pełni funkcjonalny system zaawansowanej energii zintegrowany z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania. Powyższe zastrzeżenie z poprzedniego zdania dotyczy opisanego parametru, nie natomiast dostawy systemu robotycznego będącego przedmiotem zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na dostarczenie technologii zaawansowanej energii zintegrowanej z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania w czasie nie dłuższym niż 9 miesięcy od dnia dostawy systemu robotycznego potwierdzonej oświadczeniem wykonawcy.

Pytanie 18

Dotyczy Załącznik nr 2 do SWZ, część 1a, pkt 43.

Czy Zamawiający uzna za spełnienie tego parametru dostarczenie zestawów do wykonania 200 zabiegów z wykorzystaniem zaawansowanej energii bipolarnej pozwalającej na zamykanie dużych naczyń (do 7mm) lub w technologii ultradźwiękowej wraz z generatorem w czasie nie późniejszym niż 9 miesięcy od **dnia dostawy systemu robotycznego** oraz złożenie oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie w momencie przedłożenia przez niego oferty? Wykonawca na chwilę przedłożenia niniejszego pytania dysponuje taką technologią i jest na końcowym etapie procesu jej rejestracji oraz deklaruje, że w czasie nie późniejszym niż 9 miesięcy od dnia dostawy systemu robotycznego dostarczy zarejestrowany, w pełni funkcjonalny system zaawansowanej energii zintegrowany z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania. Powyższe zastrzeżenie z poprzedniego zdania dotyczy opisanego parametru, nie natomiast dostawy systemu robotycznego będącego przedmiotem zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na dostarczenie zestawów do wykonania 200 zabiegów z wykorzystaniem zaawansowanej energii zintegrowanej z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania wymienionej w punkcie 43 w czasie nie dłuższym niż 9 miesięcy od dnia dostawy systemu robotycznego potwierdzonej oświadczeniem wykonawcy.

Obydwa z tych pytań dotyczą wymagań granicznych w zakresie robota chirurgicznego, a więc bezwzględnie koniecznych do spełnienia, aby móc złożyć ofertę w tym postępowaniu i realizować cel jakiego służy niniejsze postępowanie (tj. m.in. wykonywać zabieg zamykania dużych naczyń).

42.	System wyposażony w jedną z dostępnych na rynku technologii zaawansowanej energii: technologia bipolarna do zamykania dużych naczyń (do 7mm) lub technologia ultradźwiękowa wraz z generatorem lub dostarczenie laparoskopowego rozwiązania bazującego na wyżej wymienionych technologiach, umożliwiającego wykorzystanie podczas zabiegu z użyciem robota chirurgicznego	TAK, PODAC		Bez punktacji	
43.	Dostarczenie zestawów do wykonania 200 zabiegów z wykorzystaniem zaawansowanej energii bipolarnej pozwalającej na zamykanie dużych naczyń (do 7mm) lub w technologii ultradźwiękowej wraz z generatorem lub pozwalającej na wykorzystanie laparoskopowego rozwiązania bazującego na wyżej wymienionych technologiach, umożliwiającego wykorzystanie podczas zabiegu z użyciem robota chirurgicznego	TAK, PODAC		Bez punktacji	

Dopuszczenie dostarczenia - jak sam wskazuje Zamawiający - jednej z dostępnych na rynku technologii zaawansowanej energii do zamykania dużych naczyń wykorzystywanych podczas zabiegów z użyciem robota za 9 miesięcy, a nie w dacie składania ofert jest okolicznością w której Zamawiający dopuszcza do udziału w postępowaniu nieporównywalne urządzenia a przede wszystkim dopuszcza urządzenie nieistniejące na dzień składania ofert.

Podkreślić należy, że technologia co do której jeden z Wykonawców zadał pytanie istnieje na rynku w różnych wariantach rozwiązań co wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia, a zatem nie jest to kwestia braku dostępności rozwiązań jakie mogą być stosowane, a jedynie jest to okoliczność „niedoskonałości” rozwiązania podmiotu, który zadał pytanie o dopuszczenie.

W konsekwencji w niniejszej sprawie mamy sytuację, w której wszyscy inni Wykonawcy oferujący roboty chirurgiczne dostarczą urządzenie z pełnym zakresem funkcjonalności i możliwości wykonywania wszystkich procedur medycznych od samego początku, a tym samym odpowiednio droższe, zaś jeden z Wykonawców dostarczy urządzenie, co do którego wskazana funkcjonalność być może pojawi się na rynku za 9 miesięcy.

Podkreślić należy, że z treści zadanego pytania wynika, że robot chirurgiczny posiadający zaawansowaną energię zintegrowaną pozwalającą na wykonywanie wszystkich procedur w tym w szczególności zamykania dużych naczyń w ofercie konkurencji jeszcze nie istnieje - jest jeszcze w fazie tworzenia i funkcjonalność taka nie została jeszcze zarejestrowana.

Mamy zatem do czynienia z jawną sytuacją, w której w postępowaniu zostaną złożone całkowicie nieporównywalne urządzenia. Technologia, o której jest mowa, jest bowiem częścią robota, a więc jej brak powoduje, że mamy do czynienia z całkowicie odmiennymi urządzeniami w sferze możliwości procedur medycznych, ale również ceny za dane urządzenie. Skoro bowiem brak jest w oferowanym robocie istotnej funkcjonalności, to wiadomym jest, że cena nie obejmuje tego elementu, co więcej nie można nawet powiedzieć, że potencjalnie cena zawiera dołożenie funkcjonalności za 9 miesięcy, bowiem na ten moment nawet nie jest możliwe wskazanie jaki jest koszt urządzenia, którego na rynku po prostu nie ma.

Zaawansowane narzędzie chirurgii robotycznej w postaci narzędzia bipolarnego przeznaczone jest do chwytania i tępej dysekcji tkanek oraz do koagulacji bipolarnej i mechanicznego przecinania naczyń o

średnicy do 7 mm oraz wiązek tkanek mieszczących się w szczękach. Narzędzie to wykorzystywane jest przez operatorów chirurgii robotycznej do zaawansowanych zabiegów chirurgicznych oraz do szybkiej dyssekcji zrostów. Narzędzie to jest wykorzystywane przez specjalistów/lekarzy różnych specjalności – od chirurgii onkologicznej, chirurgii kolorektalnej po urologię, jest zatem narzędziem niezbędnym dla realizacji wielu procedur medycznych.

Zawarcie w pytaniu sformułowania „zaawansowanej energii **zintegrowanej z systemem robotycznym na poziomie oprogramowania**” – dodatkowo powoduje, że nikt (nawet pytający) nie ma wątpliwości, że Zamawiający oczekuje dostawy zaawansowanych narzędzi robotycznych, w skrócie przez Zamawiającego nazwanych „zaawansowanej energii”, czyli narzędzi służących do zamknięcia, koagulacji i cięcia naczyń krwionośnych do średnicy 7 mm. Jasnym jest ponadto, że to rozwiązanie powinno być zintegrowane na poziomie oprogramowania – czyli w pełni sterowane, kontrolowane przez oprogramowanie systemu chirurgii robotycznej. Zatem operator konsoli chirurgicznej powinien za pomocą manetek sterujących móc sterować niniejszym narzędziem zaawansowanym (sterować: włączać, wyłączać, wyzwalać energię z narzędzia i sterować artykulacyjnie narzędziem w ramieniu robotycznym). Wykorzystanie narzędzia o zaawansowanej energii zintegrowanego z oprogramowaniem systemu robotycznego wymaga również wykorzystania zintegrowanego z tym oprogramowaniem generator prądu, który pozwala na samodzielne wyzwalać przez operatora konsoli chirurgicznej – elektrokoagulacji. Jeśli narzędzie jest zaawansowane i w pełni sterowane przez system robotyczny to powinno ono również posiadać określoną instrukcję użytkownika dotyczącą: zakresu wykorzystywanej energii koagulacji i dostarczonej energii cięcia (w zakresie mocy i efektu), jak również powinno być sterowane przez operatora z konsoli chirurgicznej z dowolnego ramienia robotycznego, jak również powinien zostać określony rodzaj wymaganych akcesoriów w celu wykorzystania tego narzędzia (średnica narzędzia, długość bransz, zakres artykulacji nadgariskowej w kącie obrotu narzędzia). W konsekwencji, z treści zadanego pytania wynika, że w celu wprowadzenia do użytkownika narzędzia zaawansowanego konieczna jest zmiana oprogramowania oferowanego systemu chirurgii robotycznej, gdyż na dzień dzisiejszy oprogramowanie to co najmniej nie posiada jeszcze certyfikatu CE (o ile w ogóle istnieje). Zarówno narzędzie zaawansowanej energii, wykorzystujące zintegrowany generator prądowy systemu chirurgii robotycznej, jak i oprogramowanie – powinny zostać zwalidowane przez producenta na zwierzętach lub zwłokach (kadawerach) w okresie długoterminowym, a zatem jest to po pierwsze czasochłonna procedura, a po drugie nie ma żadnej pewności, że proces walidacji się powiedzie, a jeśli tak to kiedy i czy w ogóle. W związku z tym wskazany w pytaniu okres deklarowanych 9 miesięcy jest absolutnie okresem niegwarantowanym.

Podobną argumentację co do zasady należy odnieść do pkt. 43 i udzielonej odpowiedzi na pytanie 18. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe dopuszczenie dostarczenia zestawów do wykonania 200 zabiegów za 9 miesięcy. Bowiern to oznacza, że na wszystkich innych urządzeniach Zamawiający może dokonywać wszelkich procedur od pierwszego dnia po dostawie i zainstalowaniu, a jedynie w przypadku urządzenia dostarczonego przez Wykonawcę zdającego pytanie być może za 9 miesięcy.

Odwołujący podkreśla, że żądanie anulowania udzielonych odpowiedzi i przywrócenie pierwotnej SWZ w zakresie konieczności spełnienia na dzień składania ofert a także na dzień dostawy wszystkich funkcjonalności jest koniecznie nie tylko do przywrócenia zasad konkurencyjności w sferze nieporównywalności ofert, ale ma także znaczenie dla oceny ofert w ramach kryterium. Skoro w niniejszym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert jest termin dostawy, to jak można punktować dostawę sprzętu „niekompletnego”? Urządzenie z pełną funkcjonalnością pojawi się bowiem dopiero za kilka miesięcy a maksymalnym terminem dostawy jest okres do 16 tygodni. Bez wątplenia nie stanowi równego traktowania Wykonawców przyznanie w takiej sytuacji punktów za dostarczenie części urządzenia (urządzenia w niepełnej konfiguracji).

Jak już zostało wskazane funkcjonalności opisane w pkt. 42 i 43 dają możliwość zaoferowania alternatywnego rozwiązania. Jeśli oferent nie posiada zaawansowanej energii systemu robotycznego to może dostarczyć technologię harmoniczną lub rozwiązanie laparoskopowe bazujące na wymienionych technologiach zaawansowanych - tak więc bez wątpienia pierwotne postanowienia SWZ w żaden sposób nie ograniczały możliwości spełnienia tego wymagania.

Podkreślić także należy, że dopuszczenie w ramach udzielonych odpowiedzi, powoduje, że tak naprawdę mamy do czynienia z różnymi technicznie i technologicznie urządzeniami. Sama deklaracja, że jakieś rozwiązanie być może pojawi się za 9 miesięcy nie może stanowić przedmiotowego środka dowodowego. Tym bardziej, że wszelkie terminy, tj. dostawy, zapłaty itp. odnoszą się do robota – w umowie nazwanego „sprzętem” i w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie ma odniesienia do sytuacji, w której za deklarowane 9 miesięcy urządzenie nie zmieni swojej konfiguracji. Wykonawca może zatem nigdy nie dostarczyć wymaganej jako parametr graniczny funkcjonalności i nie ponieść żadnych konsekwencji. Jednocześnie dzięki temu, że tej funkcjonalności nie ma może aktualnie złożyć ofertę z niższą ceną, uzyskać punkty za termin dostawy – pomimo zaoferowania urządzenia niezgodnego z wymaganiami – i nie ponieść żadnych konsekwencji jeśli nigdy nie dostarczy urządzenia, które zostało opisane w swz.

W konsekwencji, poprzez takie działanie Zamawiającego, który dopuścił tego typu rozwiązania do niniejszego postępowania, nie zostanie spełniony cel tego postępowania w zakresie wykonywania wszystkich procedur medycznych. Istotą dokonywania zakupu robota chirurgicznego jest jego wykorzystywanie do wszystkich procedur jakie są wykonywane w ramach działań Zamawiającego. Bez wątpienia wskazanie potrzeby zamykania dużych naczyń jest także celem zakupu tego urządzenia, a więc dokonana modyfikacja powoduje, że Zamawiający nie realizuje potrzeb, nie uzyskuje efektów z poniesionych nakładów, oraz dokonuje zakupu urządzenia, które nie istnieje.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę odpowiedzi na pytanie 17 i 18, poprzez stwierdzenie, że wymagania SWZ pozostają bez zmian.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. wydruk z KRS Odwołującego,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.