

Warszawa, dnia 29 lipca 2019 r.

**Odwołujący:**

**Becton Dickinson Polska Sp. z o.o.**

Ul. Osmańska 14

02-823 Warszawa

Tel. 22 377 11 00

Fax. 22 377 11 43

email: [przetargi@bd.com](mailto:przetargi@bd.com)

**Zamawiający:**

**Specjalistyczny Szpital**

**im. dra Alfreda Sokołowskiego**

ul. Sokołowskiego 4

58-309 Wałbrzych

Tel. 74 648 97 00

Fax. 74 648 97 00

e-mail: [dorota.piekarz@zdrowie.walbrzych.pl](mailto:dorota.piekarz@zdrowie.walbrzych.pl)

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

Warszawa (02-676)

Ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)

Biuro Odwołań

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy odczynników laboratoryjnych do mikrobiologii wraz z dzierżawą aparatów w zakresie mikrobiologii.”.

**Sygnatura sprawy: Zp/35/PN-33/19**

**Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 119-291370** z dnia 24/06/2019

**Adres strony internetowej Zamawiającego:** <http://www.zdrowie.walbrzych.pl/>

## **ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm. – dalej jako PZP lub ustawa), wnosimy odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

**UWAGA!** Niniejsze odwołanie dotyczy zmian wprowadzonych odpowiedziami na zapytania wykonawców, które zostały opublikowane na platformie, na której Zamawiający prowadzi postępowanie pod adresem [https://platformazakupowa.pl/zdrowie\\_walbrzych](https://platformazakupowa.pl/zdrowie_walbrzych) w dniu 19 lipca 2019 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania należy liczyć począwszy od tego dnia, gdyż odpowiedzi te dokonały zmiany pierwotnego brzmienia SIWZ, w taki sposób, iż zamknęły odwołującemu w sposób nieuzasadniony, możliwość złożenia ważnej oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**Ergo tym samym jeżeli w odwołaniu użyto określenia „zapisy SIWZ”, należy je traktować odpowiednio jako „zmianę zapisów SIWZ będącą wynikiem udzielenia odpowiedzi na zapytania wykonawców.**

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż:**

**dokonał opisu spełnienia warunku dot. potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący i uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty, która spełnia w 100% wymagania Zamawiającego, gdyż bezpodstawnie i z powołaniem na nieobowiązujące przepisy zawęził katalog dokumentów, którymi wykonawca ma potwierdzić parametry graniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia.**

**Pierwotny zapis brzmiał:**

**W Załączniku nr 1 do SIWZ pn.: „Pakiet 1. Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych” w pkt. 11 zamawiający wskazał konkretnie jakim dokumentem ma zostać potwierdzony parametr.**

**„Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce/instrukcji użytkowania.**

**W Załączniku nr 1 do SIWZ pn.: „Pakiet 1. Wymogi graniczne dla podłoży do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem” w pkt. 6 zamawiający wskazał konkretnie jakim dokumentem ma zostać potwierdzony parametr.**

**„Podłoża umożliwiają prowadzenie hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych; potwierdzone przez producenta instrukcją użytkowania w języku polskim (rodzaj badanego materiału potwierdzony instrukcją techniczną zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 12-01-2011r)”**

**Aktualne zapisy na skutek zadanych pytań brzmią odpowiednio:**

Pytanie 30, dot. pakietu nr 1

Dotyczy Załącznika nr 1 do SIWZ – Pakiet nr 1 - Podłoża do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowane wraz z aparatem, dzierzawa aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych – Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych; pkt. 11 - Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce /instrukcji użytkowania: Czy Zamawiający wyraża zgodę na potwierdzenie możliwości opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów pismem producenta. Brak zapisu w metodyce czy instrukcji użytkowania, które stosuje się w rutynowej pracy, związany jest z zabezpieczeniem materiału badanego, gdyż ze względu na dobre praktyki laboratoryjne próbki nie powinny być preinkubowane. Preinkubowanie nie służy przyspieszeniu diagnostyki, a jedynie ma zastosowanie w sytuacji, kiedy nie zostały zachowane zalecenia rekomendowane w CLSI, czyli zachowany 2 godzinny czas od momentu posiania materiału do momentu włożenia go do analizatora. Treść zawarta w dokumentach producenta jest pismem

równoważnym z treścią zawartą w metodyce czy instrukcji używania w myśl ustawy o wyrobach medycznych, ani w rozporządzeniu Ministra Zdrowia dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro (Dz.U. 2011 nr 16 poz. 75), nie została ustalona prawna definicja instrukcji używania, ani też nie zawarto regulacji nadającej instrukcji status dokumentu nadrzędnego nad innymi oświadczeniami wytwórcy. W konsekwencji należy stwierdzić, że brak jest prawnego wymogu, żeby instrukcja używania w sposób wyczerpujący określała zakres postępowania z wyrobem medycznym. Art. 8, jak i w art. 59 oraz 60 ustawy o wyrobach medycznych ustawodawca wprost dopuszcza posłużenie się przez wytwórcę również materiałami promocyjnymi lub innymi materiałami celem wykazania zastosowania wyrobu medycznego, stwierdzając, że dokumenty te nie mogą być ze sobą sprzeczne.

**Odp. Zamawiający dopuszcza w celu potwierdzenia wymaganych parametrów, oryginalne pisma producenta zgodne ze wzorami dostarczonymi do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w procesie rejestracji, zgodnie z Ustawą o wyrobach medycznych.**

**Oraz**

Pytanie 32, dot. pakietu nr 1

Dotyczy Załącznika nr 1 do SIWZ – Pakiet nr 1 - Podłoża do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowane wraz z aparatem, dzierzawa aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych – Wymogi graniczne dla podłoży do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem; pkt. 6 - Podłoża umożliwiają prowadzenie hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych; potwierdzone przez producenta instrukcją używania w języku polskim (rodzaj badanego materiału potwierdzony instrukcją techniczną zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 12-01-2011r):

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie potwierdzenia wszystkich parametrów – wymaganych i ocenianych materiałami innymi niż oryginalne instrukcje techniczne producenta. Ustawa o wyrobach medycznych, ani żaden wydany na jej podstawie akt wykonawczy nie nadaje żadnemu dokumentowi charakteru wyłącznej informacji o zastosowaniu wyrobu medycznego, jak też nie wskazuje na żaden zamknięty katalog dokumentów określających zastosowanie wyrobu medycznego, zarówno w Art. 8 i Art. 59 i 60 Ustawy o Wyrobach Medycznych Ustawodawca wprost dopuszcza posłużenie się przez wytwórcę również materiałami promocyjnymi celem wykazania zastosowania wyrobu medycznego stwierdzając, że dokumenty te nie mogą być ze sobą sprzeczne.

**Odp. Zamawiający dopuszcza w celu potwierdzenia wymaganych parametrów, oryginalne instrukcje techniczne lub inne materiały promocyjne zgodne ze wzorami dostarczonymi do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w procesie rejestracji, zgodnie z Ustawą o wyrobach medycznych.**

Na potwierdzenie parametru pkt. 11 odwołujący dysponuje oświadczeniem producenta.

Natomiast na potwierdzenie parametru pkt. 6 odwołujący dysponuje oryginalnymi instrukcjami producenta podłoży oraz suplementu do podłoży, gdzie w tej ostatniej (instrukcja suplementu) znajduje się wskazanie do stosowania z podłożami celem wykonywania badań tj. posiewania z innych płynów ustrojowych.

Zgodnie bowiem z pkt. 3 Załącznika nr 3 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1127), „Dokumentacja techniczna musi umożliwiać ocenę zgodności wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro z odnoszącymi się do niego wymaganiami i zawierać w szczególności:

9) jeżeli wyrób medyczny do diagnostyki in vitro, aby działał zgodnie z przeznaczeniem, ma być połączony z innym lub z innymi wyrobami medycznymi in vitro – dowody potwierdzające, że spełnia on wymagania zasadnicze po połączeniu z każdym z takich wyrobów posiadających właściwości określone przez wytwórcę;”

Dowodem potwierdzającym, że butelki (inaczej podłoża) producenta Becton Dickinson mogą służyć do posiewania z płynów ustrojowych jest insert (inaczej instrukcja) środka do suplementacji 2 ml BD Bactec Fastidious Organism Supplement Kit. Insert ten stanowi dowód, o jakim mowa w przepisie, poprzez użycie słów: dowód potwierdzający, że wyrób spełnia wymagania zasadnicze po połączeniu z innym wyrobem. Spełniony jest równocześnie kumulatywnie warunek, że dowód ten pochodzi od wytwórcy butelki, czyli Becton Dickinson.

Zwracamy równolegle uwagę na nieprawidłowość zapisów w odpowiedziach Zamawiającego, gdyż produktu się nie rejestruje tylko zgłasza lub powiadamia. Nawet jeśli Zamawiający żądałby dokumentów, które zostały złożone do powiadomienia, to nie ma jak tego zweryfikować, gdyż Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej Urząd) nie udostępnia takich danych podmiotom zewnętrznym nawet na podstawie dostępu do informacji publicznej. A więc nie ma możliwości weryfikacji niniejszego wymagania. Zamawiający bazuje tym samym na oświadczeniu bardziej, bądź mniej rzetelnych wykonawców, którzy mogą dołączyć materiały do oferty na potwierdzenie, że zaoferowany przez nich przedmiot spełnia wymagania SIWZ twierdząc, iż zostały one dołączone w procesie powiadamiania do Urzędu, przy czym brak jest możliwości sprawdzenia przez Zamawiającego, czy rzeczywiście są to te właśnie dokumenty.

Do powiadomień do Urzędu składa się: etykiety, IFU (instrukcje) i materiały marketingowe, jeżeli są dostarczane z wyrobem. Wiadomym jest, iż nie każdy parametr ma swoje odniesienie 1:1 w tak wąskim katalogu dokumentów, które są składane do Urzędu i dostarczane z produktem do Klienta. Tym bardziej, że instrukcja produktu musi zawierać określone istotne elementy, a nie wszystkie elementy. Niemożliwym byłoby, aby przy zaawansowanych rozwiązaniach technologicznych opisać każdy parametr, nawet ten mało istotny.

Wprowadzenie niniejszego zapisu jest zabiegiem stricte mającym na celu faworyzowanie tylko tego wykonawcy, który ten konkretny zapis (potwierdzający parametr) w tym konkretnym dokumencie posiada lub który oświadczy, że posiada.

Dodatkowo należy zauważyć, że w przypadku, kiedy zmienia się treść instrukcji, to nie ma obowiązku jej aktualizacji w Urzędzie (o ile nazwy i adresy nie uległy zmianie) i to samo dot. materiałów marketingowych, więc to, co obecnie jest w obiegu wskazanego katalogu dokumentów, może się różnić od tego, co znajduje się w Urzędzie.

Wskutek tego w postępowaniu zostały naruszone następujące przepisy:

1. **naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy** Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. **naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy** poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;
3. **naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy

4. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy** poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia **w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;**
5. **naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy** poprzez niewłaściwe zastosowanie, albowiem dokonana zmiana SIWZ w wyniku udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców, doprowadziła do naruszenia przepisów ustawy opisanych w pkt 1-3 oraz 6-8 niniejszych zarzutów.
6. **naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7** poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego
7. **naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych** tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście
8. **Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej** z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

## UZASADNIENIE

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu spełnienia warunku dot. potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący i uniemożliwiający złożenie oferty, która spełnia w 100% wymagania Zamawiającego, gdyż bezpodstawnie i z powołaniem na nieobowiązujące przepisy zaweził katalog dokumentów, którymi wykonawca ma potwierdzić parametry graniczne zaoferowanego opisu przedmiotu zamówienia.

Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (na ten moment został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący zostaje narażony na szkodę. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

Nadmienić trzeba, że nie ma żadnej ważnej przyczyny dlaczego Odwołujący nie może złożyć oferty w tym „publicznym” przetargu, który od momentu zmiany zapisów jest w sposób rażący sprzeczny z prawem i to nie tylko z przepisami PZP, ale przy obecnych zapisach nawet przepisami prawa o charakterze penalnym.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany treści SIWZ.

Ergo zablokowanie możliwości złożenia oferty konkurencyjnej Odwołującego dokonane poprzez manipulację nieistotnymi niuansami dot. dokumentów do przedmiotu zamówienia naraża nas na szkodę i tym samym posiadamy interes w skutecznym złożeniu odwołania.

□□□□□□

W myśl art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na możliwość sporządzenia oferty. Wskazana norma prawna wymaga więc dokonania odpowiednio precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 29 ust. 2 ustawy zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie **nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego**. Jednocześnie jednak **Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie** pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „*Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy*”<sup>1</sup>.

Jako przykłady działań sprzecznych z art. 29 ust. 2 ustawy w doktrynie wymienia się m. in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję<sup>2</sup>. Warto też podkreślić, że **dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań dot. potwierdzenia spełnienia parametrów, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji**. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Urząd Zamówień Publicznych<sup>3</sup> w jednej z opinii prawnych stwierdził, że: „*Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP, 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, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok 50 w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)*”. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na

<sup>1</sup> Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów, t.1 red. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, Warszawa 2009 s. 154 i n.

<sup>2</sup> M. Stachowiak, Komentarz do art. 29 ustawy – Prawo zamówień publicznych [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012, LEX nr. 125847.

<sup>3</sup> Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2009r. s 21-22. [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

W kolei orzecznictwie sądów powszechnych utrwaliło się stanowisko, zgodnie z którym: „*Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art 7 i 29 Pzp. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art 29 ust. 2 Pzo 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.*” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, LEX nr 1315895).

**Pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję jest utrwalony w orzecznictwie.** Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: „*istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych*”.

Nawiązaniem do powyższego orzeczenia będzie z pewnością wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: „***Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji***”.

Tożsamy pogląd znaleźć można również w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09. Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: „***w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców***”. Analogicznie przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: „*Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji*”.

Powyższa argumentacja posunęła się o krok dalej w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdziła, że: „(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczzone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) **jakikolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym**”.

Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 PZP może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, w którym Izba uznała, 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”. Identyczne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09: „Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”.

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 PZP jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, **eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, przyjmuje się, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też przy opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt<sup>4</sup>. Pogląd ten posiada potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Izby: „Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwia wykonawcom jednaki dostęp do zamówienia i nie powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję.” (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2741/12).**

---

<sup>4</sup> M. Filipek, Opis przedmiotu zamówienia a efektywność energetyczna, Zamówienia Publiczne Doradca, 2008, nr 6, s. 26



Odwołujący zdaje sobie sprawę, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to Zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, w warunkach poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert przez wykonawców, w związku z czym na Zamawiającym spoczywa obowiązek unikania sformułowań utrudniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów niniejszego odwołania należy również zwrócić uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Otóż w świetle dotychczasowych rozważań postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 168 pkt. 3 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdecydowanie należy stwierdzić, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. ajt III C 1161/09 stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując w uzasadnieniu, że: „Zamawiający, który tak jak w niniejszej sprawie pozwany, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowana, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy”.

#### ***UWAGA! Tak samo w literaturze komentarzowej, por.:***

Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz

LEX 2017; Komentarz do art.29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX,

„Przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ustawa w ust. 2 komentowanego artykułu zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. (...) Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych

wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji”.

## **W ślad za tym kolejne wyroki KIO:**

wyrok KIO  
KIO/UZP 984/08

1. *Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.*

2. *W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

(...)

wyrok KIO  
KIO/UZP 700/08

1. *Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej.*

2. *Przedmiot zamówienia został określony w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym bez znaczenia jest fakt, że produkt ten nie został przez Zamawiającego wprost wskazany przez nazwę. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.*

(...)

wyrok KIO  
KIO/UZP 682/08

*Opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców.*

wyrok KIO  
KIO/UZP 442/08

1. *Kwintesencje fundamentalnej zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia stanowi art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych; zgodnie z nim przedmiotu zamówienia nie można opisować w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

2. *Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznaczają to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.*

(...)

*Brak modyfikacji SIWZ pociąga za sobą skutek w postaci obowiązku unieważnienia postępowania albowiem niemożliwe jest zachowanie zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu i złożenie porównywalnych ofert.*

**W tym stanie rzeczy z powołaniem na stanowisko doktryny (literaturę komentarzową, orzecznictwo sądów powszechnych i orzecznictwo KIO należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że niniejszym postępowaniu dochodzi do ewidentnego naruszenia zasad poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

**W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wnosi o modyfikację zapisów SIWZ w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez pozostałych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.** Otwarcie postępowania na konkurencję z całą pewnością będzie korzystne dla Zamawiającego zarówno ze względów finansowych, jak również ze względu na jakość produktów oferowanych przez poszczególnych dostawców. W konsekwencji pozwoli to Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, albowiem od momentu dokonania zmiany SIWZ jest to niemożliwe, gdyż obecne zapisy SIWZ nie pozwalają złożyć oferty wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania zamówienia, a obecna „wersja SIWZ” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

**Wobec powyższego Odwołujący wnosi:**

1. O uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.
2. Dopuszczenie do udziału firmy Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu poprzez zmianę zapisów SIWZ.
3. Obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie

**Interes prawny firmy:** Działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z prawem ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. **Wykreślenie kwestionowanych zapisów i ich modyfikacja polegająca na dopuszczeniu możliwości potwierdzenia parametrów granicznych również oświadczeniem producenta oraz instrukcją suplementu, w której znajdują się wskazania do zastosowania z podłożami, w sposób opisany powyżej** pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Wadliwe sporządzenie SIWZ, uniemożliwiające złożenie oferty, która zaspokoiłaby uzasadnione i obiektywne potrzeby Zamawiającego stanowi w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego, należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

Jednak nie ulega wątpliwości, że obecne postępowanie Zamawiającego, znajdujące swoje odzwierciedlenie w zapisach SIWZ narusza zasady współżycia społecznego. Przecież w świetle art.

5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

UWAGA! Reasumując tolerowanie wymagań dot. dokumentów do przedmiotu zamówienia jaki ma miejsce w niniejszym przetargu „nieograniczonym” oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione i wnosimy o uwzględnienie go w całości.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana jednocześnie Zamawiającemu przez platformę elektroniczną.

Wpis w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Załączniki:

1. dowód opłacenia wpisu (zał. Nr 1)
2. KRS (zał. Nr 2)
3. Pełnomocnictwo do podpisania odwołania (zał. Nr 3)
4. Dowód doręczenia kopii odwołania zamawiającemu (zał. Nr 4)