

Warszawa, dnia 12 sierpnia 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

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

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 2018 r. poz. 1986 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.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż dokonał wadliwego sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty

wskutek czego 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. 25 ust. 1 ustawy** poprzez żądanie oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a w szczególności poprzez takie określenie katalogu dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, które ma celu wyłącznie sztuczne ograniczenie konkurencji i dopuszczenie do złożenia oferty wyłącznie z góry wybranego wykonawcę (sic!).

Żądanie ściśle stypizowanych dokumentów, czego zamiarem i celem jest ograniczenie konkurencji, a nie rzeczywiste wykazanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, albowiem można byłoby to wykazać w takim samym stopniu także innymi oświadczeniami i dokumentami, stanowi de facto także naruszenie poniżej stypizowanych przepisów prawa, albowiem zapisy dotyczące dokumentowania właściwości przedmiotu zamówienia, akcesoryjnie stanowią część SIWZ w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż sama treść dostawy i sposób jej potwierdzenia w zakresie postawionych wymogów stanowi funkcjonalną jedność, dlatego koniecznym jest jeszcze przywołanie naruszenia:

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 części dotyczącej potwierdzenia spełnienia postawionych wymogów 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 w części dotyczącej potwierdzenia spełnienia postawionych wymogów;
5. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy** poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania oferty;
6. **naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy** poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone 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.

UZASADNIENIE

Odwołujący kwestionuje zapisy SIWZ dotyczące sposobu dokumentowania wymogów jakie Zamawiający postawił odnośnie przedmiotu zamówienia.

UWAGA! WSKAZANIE MOMENTU POCZĄTKOWEGO NA OBLICZENIE TERMINU DO WNIESIENIA ODWOŁANIA: Termin na złożenie odwołania należy liczyć od dnia 02 sierpnia 2019 r. gdyż tego dnia Zamawiający dokonał zmiany katalogu dokumentów jakimi należało wykazać wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia. **Ergo w dniu 01 sierpnia Odwołujący mógł złożyć konkurencyjną ofertę, a w wyniku w/w zmiany w dniu 02 sierpnia**

2019 r. został tej możliwości pozbawiony. Tym samym od tego dnia „zapadł termin” na wniesieni odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu 12 sierpnia, a więc z dochowaniem 10 – dniowego terminu zawitego.

Nadmienić należy, że zmiana w zakresie dokumentowania nie została w jakikolwiek sposób połączona ze zmianą samego „merytorycznego” opisu przedmiotu zamówienia, a więc zawężenie katalogu dopuszczonych dokumentów miało na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji a nie ma związku ze zmianą czegokolwiek innego, gdyż „sam” przedmiot zamówienia od początku pozostaje bez zmian!

Zatem ograniczenie konkurencji zostało absolutnie wykreowane w sposób sztuczny, co wynika z postawy wykonawcy „przystępującego” do poprzedniego odwołania firmy bioMerieux, która jako jedyna posiada „akurat” skrojony na miarę tego „co wymyślił” Zamawiający dokument, którym Zamawiający zamierza „zamknąć” ten przetarg wyłącznie dla tego wykonawcy.

A mianowicie:

W dacie 01.08.2019 nastąpiła ZMIANA TREŚCI SIWZ Załącznik nr 1 do SIWZ – pakiet nr 1 po zmianie otrzymuje brzmienie:

WYMOGI GRANICZNE DLA APARATU DO MONITOROWANIA POSIEWÓW KRWI I INNYCH JAŁOWYCH PŁYNÓW USTROJOWYCH

11	Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce /instrukcji używania lub potwierdzone pismem producenta	TAK/NIE
----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

WYMOGI GRANICZNE DLA PODŁOŻY DO HODOWLI DROBNOUSTROJÓW Z KRWI I PŁYNÓW USTROJOWYCH STOSOWANYCH WRAZ Z APARATEM

6	Podłoża umożliwiają prowadzenie hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych; potwierdzone przez producenta instrukcją używania w języku polskim lub potwierdzone innymi materiałami od producenta	TAK/NIE
---	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

W dacie 02.08.2019 ZMIANA TREŚCI SIWZ Załącznik nr 1 do SIWZ – pakiet nr 1 po zmianie otrzymuje brzmienie:

WYMOGI GRANICZNE DLA APARATU DO MONITOROWANIA POSIEWÓW KRWI I INNYCH JAŁOWYCH PŁYNÓW USTROJOWYCH

11	Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce /instrukcji używania	TAK/NIE
----	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

WYMOGI GRANICZNE DLA PODŁOŻY DO HODOWLI DROBNOUSTROJÓW Z KRWI I PŁYNÓW USTROJOWYCH STOSOWANYCH WRAZ Z APARATEM

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)	TAK/NIE
---	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

Odnosnie punktu 11 nie ma jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia aby ograniczyć potwierdzenie wymogu (jaki postawił Zamawiający) przez producenta do dokumentu, który będzie zatytułowany metodyką/instrukcja użytkowania. Nadto tak nazwany dokument nie ma swojej legalnej definicji co formy i treści, tak samo jak nie ma uniwersalnej instrukcji, która będzie zawierać wszystkie możliwe dane jakie wymyślił sobie Zamawiający, akurat w jednym z wielu izolowanych postępowań przetargowych. Jeżeli zatem producent złoży oświadczenie na wymaganą okoliczność, to nie ma racjonalnego powodu jego kwestionowania i winno być ono tak samo na zasadzie równości traktowane jak rzeczona metodyka/instrukcja użytkowania.

Odnosnie pkt 6 to uzasadnienie jest tożsame z tym co napisano w zakresie pkt 11, nadto Zamawiający w zmianie SIWZ z dnia 02 sierpnia 2019 r. wprowadza stan niepewności dokonując nieostrego substytuowania i podmiany nazw, raz pisząc „instrukcja użytkowania” aby w tym samym zdaniu napisać o instrukcji technicznej i nadal w tym samym zdaniu w sposób bezrefleksyjny i na zasadzie „zbitki pojęciowej dorzucić” „Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 12.01.2011 r. bez dookreślenia o jakie Rozporządzenie chodzi (brak wskazania miejsca publikacji), co z tego Rozporządzenia ma wynikać, jak je implementować, czy nawet o którym konkretnie przepisie jest mowa?! W naszej ocenie absolutnie wystarczającym byłoby wymaganie dokumentacji pochodzącej od producenta bez sztucznego ograniczenia do konkretnego z nazwy dokumentu.

#####

Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na szkodę. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało 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 z dnia 02 sierpnia 2019 r. jest w sposób rażący sprzeczny z prawem i to nie tylko z przepisami PZP. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i **nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ – poprzez powrót do zapisów z dnia 01 sierpnia 2019 r.**

Ergo zablokowanie możliwości złożenia oferty konkurencyjnej Odwołującego dokonane poprzez manipulację sposobem udokumentowania wymogów postawionych przez Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, naraża nas na szkodę i tym samym posiadamy interes w skutecznym złożeniu odwołania.

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 obarczone 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 wprowadzenie wymogów dotyczących dokumentowania spełnienia wymogów w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, tj. naruszenie w szczególności przepisu art. 7 ust. 1 i art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z pozostałymi przepisami ustawy opisanymi w petitum stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wnosi o modyfikację katalogu wymaganych dokumentów przedmiotowych dotyczących postawionych wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia 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 do momentu dokonania zmiany SIWZ jest to niemożliwe, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia nie pozwala złożyć oferty wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja katalogu wymaganych dokumentów” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi:

1. O uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ – **powrót do zapisów z dnia 01 sierpnia 2019 r. w kwestii dokumentowania wymogów jakie postawił zamawiający odnośnie opisu przedmiotu zamówienia**
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

UWAGA! Jako żądanie alternatywne domagamy się unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego!

Nowo ogłoszone postępowania winno bowiem zawierać już zmieniony opis katalogu dokumentów jakich żąda Zamawiający w celu wykazania postawionych wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia, zgodny z tym jaki opublikował Zamawiający w dniu 01 sierpnia 2019 r. .

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. **Modyfikacja kwestionowanych zapisów w sposób opisany powyżej lub unieważnienie postępowania,** pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu ubieganie się (np. w postępowaniu powtórzonym) o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Wadliwe sporządzenie SIWZ, uniemożliwiające złożenie oferty, która zaspokoiliby uzasadnione i obiektywne potrzeby zamawiającego stanowi w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad

współzycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia 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 współzycia 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 współzycia 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 współzycia społecznego”.

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.

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

W imieniu Odwołującej:

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)