



WOJEWÓDZKI SZPITAL ZESPOLONY IM. L. RYDYGIERA W TORUNIU



DYREKTOR tel. 56 679 35 00

NACZELNY LEKARZ tel. 56 679 35 01

Z-CA DYREKTORA DS. ADMINISTRACYJNO-TECHNICZNYCH. tel. 56 654 33 77

ul. Św. Józefa 53-59, 87-107 Toruń 9

skrytka pocztowa 7, www.wszcz.torun.pl

tel. 56 679 31 00, fax 56 654 40 54, 56 659 61 28

Toruń, dnia 02.08.2019 r.

Nr sprawy: W.Sz.Z: TZ-280-64/19

Wojewódzki Szpital Zespolony
im. Ludwika Rydygiera w Toruniu
ul. Św. Józefa 53-59, 87-100 Toruń

adres strony internetowej: www.plattformazakupowa.pl/wszcz_torun
(dedykowana platforma zakupowa do obsługi komunikacji w formie elektronicznej
pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami oraz składania ofert)
e-mail: zamow_publ@wszz.torun.pl

informuje o wpływie odwołania
dotyczącego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Działając na podstawie art. 185 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) zawiadamiamy, że w dniu 02.08.2019 r. wpłynęło do Zamawiającego **odwołanie** dotyczące postępowania prowadzonego w trybie **przetargu nieograniczonego na dostawę narzędzi chirurgicznych, specjalistycznych dla chirurgii szczękowej, zestawu do mikrodisektomii odcinka lędźwiowego kręgosłupa** (znak sprawy: W.Sz.Z: TZ-280-64/19).

złożone przez:

IMS Innovative Medical Solutions Bernaczyk Nowak Sp. j.

Siedziba Firmy:

Business Park Grunwald

ul. Kamiennogórska 22

60-179 Poznań

W związku z powyższym Zamawiający przekazuje odwołanie do wiadomości i wzywa zainteresowanych **Wykonawców** do przystąpienia do postępowania odwoławczego na warunkach i w terminie określonym w art. 185 ust.2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wskazując stronę, do której przystępują i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują.

Kopia odwołania w załączeniu.

Z poważaniem

**W trybie art. 18 ust. 2 ustawy
Prawo zamówień publicznych
Z up. Dyrektora Wojewódzkiego
Szpitala Zespolonego w Toruniu**

p.o. KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych
i Zaopatrzenia

Anna Wutrych-Krajewska



Województwo
Kujawsko-Pomorskie

Poznań, dnia 02 sierpnia 2019 r.

Odwołujący:
IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
Ul. Kamiennogórska 22
60-179 Poznań
NIP: 972 125 91 06,
REGON: 363033811.
www.imsmed.pl
m.bernaczyk@imsmed.pl

Zamawiający:
Wojewódzki Szpital Zespolony
im. Ludwika Rydygiera w Toruniu
Ul. Św. Józefa 53-59
87-100 Toruń
www.wszz.torun.pl
zamow_publ@wszz.torun.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 w przedmiocie dostawy „narzędzi chirurgicznych, specjalistycznych dla chirurgii szczękowej, zestawu do mikrodyscektomii odcinka lędźwiowego kręgosłupa”.

Nr sprawy: W.Sz.Z: TZ-280-64/19

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 140-344327 z dnia 23 lipca 2019 r.

Adres strony internetowej Zamawiającego: www.wszz.torun.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



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamiennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61) 6243684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl


IMS 1 | Strona
Marcin Bernaczyk
współnik

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. 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. 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. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy** poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania oferty;
6. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy** poprzez wadliwy opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty;
7. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy** poprzez takie narzucenie istotnych dla stron postanowień przyszłej umowy, które nie pozwalają skalkulować ryzyka gospodarczego związanego ze sporządzeniem oferty, ergo nie pozwalają skalkulować ceny oferty (UWAGA! jednocześnie kwestionowane zapisy specyfikacji stanowią kumulatywnie o wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia);
8. **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;
9. **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

Kolejność tez uzasadnienia jest warunkowana ciężarem gatunkowym podnoszonych zarzutów i tym, że niektóre z nich wywołują skutek dotyczący całości postępowania, a niektóre dotyczą poszczególnych części (pakietów).

Zarzut w przedmiocie wadliwych kryteriów oceny ofert, dotyczy kryterium okresu gwarancji oraz kryterium terminu dostawy. Obecnie są one ono sporządzone w ten sposób, że wykonawcy nie wie ile punktów w ramach tego kryterium otrzyma. Nie ma podziału na „progi punktowe” lub nawet wzoru aby pokazać czy punkty będą liczone proporcją czy w jakikolwiek inny sposób! Ergo zamawiający oprócz podania wag procentowych, zaniechał sporządzenia specyfikacji w zakresie opisu sposobu oceny oferty. Uzupełnienie tego po momencie składania ofert jest niemożliwe albowiem zależnie od przyjętego algorytmu rozdziału punktów mogłoby to doprowadzić do różnego wyniku postępowania, a tym samym do zarzutu manipulacji wynikiem. Z tego już chociażby względu niniejsze odwołanie winno zostać uwzględnione. Koniecznym jest zatem wyraźne i precyzyjne sporządzenie sposobu dokonywania oceny ofert.



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamiennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)6243684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl

IMS
Marcin Bernaczyk
wspólnik

Zarzut w przedmiocie narzucenie istotnych dla stron postanowień przyszłej umowy, które nie pozwalają skalkulować ryzyka gospodarczego związanego ze sporządzeniem oferty, ergo nie pozwalają skalkulować ceny oferty (UWAGA! jednocześnie kwestionowane zapisy specyfikacji stanowią kumulatywnie o wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. Chodzi tutaj o zapisy nieprecyzyjne, które wprowadzają niedopuszczalny stan niepewności albowiem obowiązki wykonawców nie są skonkretyzowane, a tym samym nie pozwala to sporządzić i skalkulować ceny oferty. Zapisy te znajdują się w rozdziale IV pkt 8, mowa w nim o corocznych przeglądach narzędzi ich ewentualnej wymianie odtworzeniu stanu jakościowego etc. bez podania czasookresu przez które wykonawcy będą mieli dokonywać tych czynności. Nie podano tego okresu czy przez okres gwarancji, rękojmi czy dożywotnio? Konieczne zatem jest wyraźne określenie granicy czasowej w/w obowiązku lub jego wykreślenie, aby można było dokonać realnej wyceny oferty. Jak zwroty niedookreślone należy także przyjąć tego rodzaju określenia jak np. :odtworzenie stanu jakościowego”. Żądamy zatem jednoznacznego zdefiniowania nakładanych na zamawiającego obowiązków w kwestionowanym zakresie i konkretnego zakresu ich w czasie.

Zarzut w przedmiocie wadliwych zapisów w przedmiocie sposobu przygotowania oferty, dotyczy braku rygoru dokumentowania wymogów jakie postawiono w opisie przedmiotu zamówienia. Dotyczy to wszystkich kluczowych parametrów narzędzi chirurgicznych, takich jak np. ich długość, szerokość, kształt, rozmiar końcówki roboczej, czy skład chemiczny z jakiego mają być wykonane narzędzia. W obecnym kształcie specyfikacji żaden z tych strategicznych wymogów nie będzie weryfikowany w żaden sposób poprzez dokumenty. Powyższe wywołuje sprzeczność i oznacza, że zaniechano żądania koniecznych (niezbędnych) dokumentów aby sprawdzić czy złożone oferty spełniają prawidłowo wymogi zamawiającego, czyli czy ich treść jest zgodna z treścią SIWZ. Poprzestanie na zwykłym oświadczeniu, jest w najwyższym stopniu niebezpieczne i jak pokazuje doświadczenie życiowe pozwala zaoferować asortyment który pomimo wiedzy zamawiającego, że oferta nie spełnia wymogów, wymusi przyjęcie takiej oferty. Wnosimy o zmianę zapisów w tym zakresie i dla poszanowania zasady równości i uczciwej konkurencji o wprowadzenie wymogu potwierdzania dokumentami wszystkich wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia.

UWAGA! Uzupełnienie w/w zarzutu znajduje się także w miejscu, gdzie opisano posługiwanie się przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia sformułowaniami „typu ...”. Powyższe stanowi także uzasadnienie żądania wprowadzenia dokumentowania postawionych wykonawcom wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia, za pomocą dokumentów a nie poprzestania na prostym oświadczeniu wykonawcy.

**Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia dotyczy części nr . Załącznik 2/1, 2/3, 2/4!
Zestaw retrakcyjny do mikrodissektomii SPINE CLASSIC składający się z następujących elementów: (1 kpl.)**

Naruszenie uczciwej konkurencji polega na tym, że zamawiający w nazwie przedmiotu zamówienia użył zarejestrowanej i opatentowanej nazwy handlowej jednego z podmiotów producenta sprzętu medycznego. Bez wątpienia zestaw o takiej nazwie i składzie jest w stanie zaoferować tylko i wyłącznie jedna firma, na którą w sposób niedopuszczalny wskazuje zamawiający. Więcej, cały skład zestawu jest dokładnie przepisany z ulotki handlowej producenta. Nie są podane żadne, najmniejsze nawet tolerancje wymiarów dla m.in.: haków operacyjnych typu Caspar; odgryzaczy kostnych Caspar czy też perforowanych koszy stalowych, a jednym z elementów jest specjalistyczny kontener sterylizacyjny z akcesoriami dedykowany przez producenta do tego konkretnego zestawu SPINE CLASSICS. Co ciekawe, o ile w wypadku wszystkich innych kontenerów zamawianych w ramach niniejszego postępowania dopuszczane są tolerancje i to bardzo duże w wypadku tego pakietu nie



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61) 62 43 684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl


Marcin Bernaczyk
wspólnik

ma żadnej tolerancji a kontenerem o wymaganych wymiarach z pewnością nie dysponuje żaden inny producent / dystrybutor. Podobnie ma się sytuacja z plastikowym pojemnikiem do przechowywania elementów i dedykowanym do niego koszem sterylizacyjnym. W naszej opinii żadna korekta w tym zakresie nie może doprowadzić do złożenia konkurencyjnej oferty w związku z tym wnosimy o zmianę opisu przedmiotu zamówienia, i dopuszczenie rozwiązań równoważnych, tj.

ZESTAW RETRAKCYJNY DO MIKRO DISEKTOMII – 1 KPL.

- 1) Przeciwtroszszierzacz – kontrretraktor do rozszerzania mięśni, mocowanie łopatek na zatrzask kulkowy, pokryty czarną powłoką ceramiczną – 1 szt.;
- 2) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.40mm, czarny – 2 szt.;
- 3) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.45mm, czarny – 2 szt.;
- 4) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.50mm, czarny – 2 szt.;
- 5) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.55mm, czarny – 2 szt.;
- 6) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.60mm, czarny – 2 szt.;
- 7) Podpieracz mięśni – retraktor do rozszerzania mięśni, rozm.65mm, czarny – 2 szt.;
- 8) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.35mm, czarna – 2 szt.;
- 9) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.40mm, czarna – 2 szt.;
- 10) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.45mm, czarna – 2 szt.;
- 11) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.50mm, czarna – 2 szt.;
- 12) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.55mm, czarna – 2 szt.;
- 13) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.60mm, czarna – 2 szt.;
- 14) Blaszką – wymienna łopatka do rozszerzania mięśni, z zatrzaskiem kulkowym, rozm.65mm, czarna – 2 szt.;
- 15) Pinceta do wymiany blaszek z kulkowym i pół okrężnym zakończeniem – 1 szt.
- 16) Mata silikonowa do zabezpieczenia instrumentarium do współpracy z sito-koszem - 4 szt.
- 17) Sito-kosz perforowany, z uchwytemi chowanymi do wewnątrz, druciany, o wymiarach 540x255x70mm – 2 szt.

INSTRUMENTARIUM DO MIKRODISEKTOMII – 1 KPL.

- 18) Rozwieracz automatyczny WEITLANER, ostry, 3x4 zęby, dł. 130mm – 1 szt.;
- 19) Hak DOCKHORN, wymiary łopatki 55x12,5mm, dł. 220mm – 1 szt.;
- 20) Hak operacyjny CASPAR, wymiary łopatki 67x17mm, dł. 215mm – 1 szt.;
- 21) Retraktor do nerwów, szerokość 6mm, dł. 245mm – 1 szt.;
- 22) Nóż haczykowy, trzon prosty, dł. 185 mm – 1 szt.
- 23) Mikro disektor bagnetowy typu CASPAR, szerokość 2mm, odgięty do dołu, dł. 240mm – 1 szt.;



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)5243684; e-mail: biuro@lmsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.lmsmed.pl


IMS rona
Marcin Bernaczyk
wspólnik

- 24) Haczyk do eksploracji CASPAR, zakrzywiony pod kątem 90 stopni, dł.robocza 9mm, dł.całkowita 245mm – 1 szt.
- 25) Łyżka kostna, fig.00, część robocza prosta, owalna, szerokość 4,4mm, dł. 250mm – 1 szt.;
- 26) Łyżka kostna, fig.00, część robocza odgięta, owalna, szerokość 4,4mm, dł. 250mm – 1 szt.;
- 27) Odgryzacz CASPAR, prosty, ząbkowany, wymiary 2x12mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 28) Odgryzacz CASPAR, prosty, ząbkowany, wymiary 3x12mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 29) Odgryzacz CASPAR, prosty, ząbkowany, wymiary 4x14mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 30) Odgryzacz CASPAR, zakrzywiony do góry, ząbkowany, wymiary 3x12mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 31) Odgryzacz CASPAR, zakrzywiony do góry, ząbkowany, wymiary 4x14mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 32) Odgryzacz CASPAR, zakrzywiony do dołu, ząbkowany, wymiary 3x12mm, dł. 140mm – 1 szt.
- 33) Odgryzacz Kostny KERRISON, prosty, z tłoczniem, odgięty w górę pod kątem 40 stopni (kąt tożsamy z kątem 130 stopni ponieważ mierzony jest od drugiej strony narzędzia), szerokość 2mm, dł. 180mm – 1 szt.;
- 34) Odgryzacz Kostny KERRISON, prosty, z tłoczniem, odgięty w górę pod kątem 40 stopni (kąt tożsamy z kątem 130 stopni ponieważ mierzony jest od drugiej strony narzędzia), szerokość 3mm, dł. 180mm – 1 szt.;
- 35) Odgryzacz Kostny KERRISON, prosty, z tłoczniem, odgięty w górę pod kątem 40 stopni (kąt tożsamy z kątem 130 stopni ponieważ mierzony jest od drugiej strony narzędzia), szerokość 4mm, dł. 180mm – 1 szt.;
- 36) Odgryzacz Kostny KERRISON, prosty, z tłoczniem, odgięty w górę pod kątem 40 stopni (kąt tożsamy z kątem 130 stopni ponieważ mierzony jest od drugiej strony narzędzia), szerokość 5mm, dł. 200mm – 1 szt.;

SYSTEM KONTENEROWY W SKŁAD KTÓREGO WCHODZĄ:

- 37) Sito-kosz perforowany, z uchwytami chowanymi do wewnątrz, druciany, o wymiarach 540x255x70mm –1 szt.
- 38) Mata silikonowa, pozycjonująca narzędzia, w kolorze zielonym, wymiary 500x220mm – 1 szt.;
- 39) Pokrywa kontenera, aluminiowa, w kolorze niebieskim, góra perforowana na dwa filtry, w komplecie filtry teflonowe wielorazowe na min.5000 cykli sterylizacji.
- 40) Wanna do pokrywy z poz.40, aluminiowa, z rączkami po obu bokach w celu bezpiecznego transportu, rączki blokują się pod kątem 90 stopni, wymiary 580x280x200mm

lub wykreślenie tej części zamówienia.

Jako dowód załączamy oryginalny (pobrany ze strony producenta – firmy AESCULAP) katalog zatytułowany : Spine Classics Micro Lumbar Discectomy System ze znakiem ® potwierdzający wszystkie tezy wykazane powyżej.

Dotyczy: Zadania nr.1 (Załącznik nr. 2/1 do SIWZ) Narzędzia chirurgiczne

Podobna sytuacja naruszenia poprzez opis przedmiotu zamówienia, zasady równości i uczciwej konkurencji występuje w części dotyczącej opisanych narzędzi chirurgicznych w Załączniku nr. 2/1:



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)6243684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl

IMS
Marcin Bernaczyk
wspólnik

- 1) W pozycji nr. 158 i 159 Zamawiający wymaga klipsownicy automatycznej i autoklawowalnej wraz z klipsami w postaci magazynków. Zarówno klipsownica jak i klipsy opisane zostały w sposób jednoznacznie wskazujący na konkretnego producenta jakim jest firma AESCULAP. Tylko jedna firma w tym przypadku, firma AESCULAP, może złożyć ważną ofertę w powyższym postępowaniu dla pozycji nr.158 i 159. W naszej opinii żadna korekta w tym zakresie nie może doprowadzić do złożenia konkurencyjnej oferty w związku z tym wnosimy o wykreślenie tej części zamówienia lub dopuszczenie rozwiązania równoważnego poprzez dopuszczenie:
- a) W pozycji nr.158 – Klipsownicy wielorazowego użytku, obrotowej, rozbieralnej, o śr.5mm i dł. 330mm;
 - b) W pozycji nr.159 – 4 opakowań klipsów tytanowych, z których każde zawiera 36 magazynków z 6 klipsami w każdym magazynku, łącznie 864 klipsy w rozmiarze S (small/mały).

Jako dowód załączamy oryginalną ulotkę producenta dot. klipsownicy automatycznej oraz klipsów (firmy AESCULAP) potwierdzającą w pełni nasz zarzut w tym zakresie.

- 2) W znakomitej większości pozycji dla Zadania nr.1 Zamawiający opisał narzędzia chirurgiczne używając słowa „typu..” (np. w pozycji nr.1 „Nożyczki do przegrody nosowej typu HEYMANN..”) powołując się na nazwy własne narzędzi, które to zdecydowanie nie wskazują na jakiegokolwiek producenta narzędzi chirurgicznych. Są to w większości wypadków nazwiska lekarzy, którzy opracowali dany rodzaj narzędzia i nazwy te figurują we wszystkich katalogach producentów narzędzi chirurgicznych. Nazwa taka, określa również bardzo precyzyjnie cechy narzędzia, które wymykają się opisaniu przez konkretne parametry takie jak długość, szerokość, średnica końcówki itp. i szczególnie w wypadku narzędzi specjalistycznych, które stanowią większość pozycji z przedmiotowego zadania są kluczową cechą określającą instrument chirurgiczny. Pragniemy zauważyć, iż pomimo faktu szczegółowego opisanie narzędzi chirurgicznych co do ich parametrów użytkowych zamawiający zdecydował się na dopuszczenie narzędzi nazwanych przez producentów inaczej niż nazwa wzorcowa pod warunkiem zachowania równoważności. Zwracamy przy tej okazji uwagę na bardzo istotny fakt, iż potencjalny oferent pomimo zachowania parametrów opisanych przez zamawiającego ale oferując narzędzie o zupełnie innej nazwie własnej z dużym prawdopodobieństwem może wprowadzić zamawiającego w błąd i narazić na straty finansowe gdyż narzędzia równoważne mogą znacznie odbiegać od narzędzia oczekiwanego przez zamawiającego pomimo spełnienia wymogów technicznych, to krzywizny, średnice lub uchwyty nie opisane przez zamawiającego często są zupełnie różne. Powyższa uwaga ma jeszcze większe znaczenie z uwagi na brak wymogu złożenia kart katalogowych dla jakiegokolwiek weryfikacji oferowanego towaru a tym samym nie wymagania dokumentacji załączonej do oferty przez potencjalnego oferenta pozwala każdemu oferentowi na dowolne decydowanie bez udziału zamawiającego co jest w opinii oferenta równoważne lub nie jest.

UWAGA! Może to także po stronie zamawiającego doprowadzić do arbitralnej oceny ofert i odrzucania ofert wykonawców, które przez zamawiającego nie zostaną uznane za



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)6243684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl



Marcin Bernaczyk
wspólnik

równoważne. Wnioskujemy jednoznaczne sprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia lub o podanie w każdym przypadku, gdzie zamawiający posługuje się określeniem „typu ...”, na czym ma polegać rozwiązanie równoważne.

Odnosząc się do naruszenie wskazanych powyżej przepisów należy podać, że odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencję określonych rozwiązań technicznych, co nie jest usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w ustawy.

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 do momentu zmiany zapisów 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 - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ergo zablokowanie możliwości złożenia oferty konkurencyjnej Odwołującego dokonane poprzez manipulację nieistotnymi parametrami opisywanego 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.



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61) 6243684; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl


ims
Marcin Bernaczyk
wspólnik

Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy roszczeniami preferującymi poszczególne interesy¹.

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 konkurencję². Warto też podkreślić, że **dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, 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 Publicznych³ 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 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. 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 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*

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

² 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.

³ Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2009r. s 21-22. www.uzp.gov.pl



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamlennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)6243684; e-mail: bluro@lmsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.lmsmed.pl

 **IMS** Strona
Marcin Bernaczyk
wspólnik

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. Oznaczają 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**”.

Tożsame stanowisko 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 dopuszczone 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 (...) jakiegokolwiek 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 produkt⁴. Pogląd ten posiada potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Izby: „Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwia wykonawcom jednakowy 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).

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 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 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.

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

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 przez wykonawcę.*

Innovative
Medical
Solutions

IMS Innovative Medical Solutions
Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamiennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61) 6243884; e-mail: biuro@imsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.imsmed.pl


IMS
Martin Bernaczyk
wspólnik

11 Strona

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

2. Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. 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 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 obowiązujących zasadach przetargowych podnosi się, że nie można opisywać przedmiotu zamówienia tak by utrudnić uczciwą konkurencję, a w konsekwencji opisywać przedmiot zamówienia, w sposób, który nie wynika z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego⁵. Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregośkolwiek z potencjalnych oferentów.

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wnosi o modyfikację opisu 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

⁵ Por. D. Jagiełło, *Kontrowersje wokół zamawiania programów prawniczych*. Zamówienia Publiczne Doradca, 2011, nr 12, s. 38.

zamawiającego, a obecna „wersja opisu przedmiotu zamówienia” 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 IMS Innovative Medical Solutions Bernaczyk Nowak Spółka Jawna 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 przedmiotu zamówienia i pozostałych zakwestionowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poprzestanie obecnie tylko na dokonaniu zmiany zapisów SIWZ (bez unieważnienia postępowania) z najwyższym stopniem prawdopodobieństwa graniczącym z pewnością jest niewystarczające, albowiem specyfikacja (po wielu zmianach) mogłaby sprowokować w składanych ofertach błędy i konieczność ich odrzucania co nie jest w interesie zamawiającego.

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 lub ich modyfikacja 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, uniemożliwiająca złożenie oferty, która zaspokoiłaby 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. Przeciwnie 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”.



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamiennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61)6243684; e-mail: biuro@lmsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.lmsmed.pl

ims
Maciej Bernaczyk
wspólnik

UWAGA! Reasumując tolerowanie opisu 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.

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



IMS Innovative Medical Solutions
Bernaczyk Nowak Spółka Jawna
60-179 Poznań, Kamiennogórska 22
tel. (61) 222 44 12; GSM 600 897 952
fax. (61) 6243684; e-mail: biuro@lmsmed.pl
KRS 0000586464 NIP 972-12-59-106
Regon 363033811
www.lmsmed.pl

W imieniu Odwołującej:

IMS
Marcin Bernaczyk
wspólnik

Załączniki:

1. dowód opłacenia wpisu (zał. Nr 1)
2. KRS (zał. Nr 2)
3. Dowód doręczenia kopii odwołania zamawiającemu
4. Karty katalogowe