

Katowice, 27.05.2019

Zamawiający:
Dolnośląskie Centrum Zdrowia Psychicznego
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą
ul. Wybrzeże J. C – Korzeniowskiego 18
50-226 Wrocław

Odwołujący:
„Farmacol-Logistyka” Sp. z o.o.
ul. Szopienicka 77
40-431 Katowice

Postępowanie: o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „sukcesywną dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych do apteki szpitalnej na potrzeby „Dolnośląskiego Centrum Zdrowia Psychicznego” Sp. z o.o.”
znak sprawy: 10/LEKI/DCZP/2019/P

ODWOŁANIE

do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:
„sukcesywną dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych do apteki szpitalnej na
potrzeby „Dolnośląskiego Centrum Zdrowia Psychicznego” Sp. z o.o.
znak sprawy: 10/LEKI/DCZP/2019/P

Jako Odwołujący, w oparciu o art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, dalej w skrócie: Pzp lub UPZP) niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego (zaniechań czynności do których Zamawiający zgodnie z prawem jest zobowiązany), tj.:

- 1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór kryterium oceny oferty preferującego określone rozwiązania techniczne, charakterystyczne dla wyrobów konkretnego producenta, przez co uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty;
- 2) dokonanie opisu sposobu oceny ofert w kryterium nr 3: **„pokrycie kosztów dostosowania (kalibracji) urządzenia służącego dozowaniu leków objętych przedmiotem niniejszego postępowania, wg zleceń lekarskich (zapis nie obejmuje leków do iniekcji)** w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, niezapewniający wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego;
- 3) dokonanie opisu sposobu oceny ofert w kryterium nr 3 w sposób, który powoduje uzależnienie wyniku postępowania od trzeciej strony, tj. producenta urządzenia służącego do dozowania leków poprzez taki dobór punktowania, które uniemożliwia złożenie oferty przez Wykonawcę, który nie otrzyma od producenta urządzenia korzystnej oferty cenowej za kalibrację lub też

w ogóle tej oferty nie otrzyma, co stanowi wprost naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

- 4) dokonał opisu sposobu oceny ofert w kryterium nr 3 w sposób pośrednio podmiotowy zamiast przedmiotowy;
- 5) zaniechał równego traktowania wykonawców, biorących udział w Postępowaniu, oraz nie zachował zasady uczciwej konkurencji.

Powyższym czynnościami (zaniechaniem) Odwołujący stawia następujące zarzuty:

zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 – 3, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. nr 1986 z 2018 r.) oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

modyfikację kryterium oceny ofert nr 3 na kryterium dotyczące przedmiotu zamówienia (dostawy produktów leczniczych) lub też rezygnację z tego kryterium i odpowiednie zwiększenie wagi procentowej pozostałych dwóch kryteriów oceny ofert opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 23.05.2019 r. opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia do postępowania na: „sukcesywną dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych do apteki szpitalnej na potrzeby „Dolnośląskiego Centrum Zdrowia Psychicznego” Sp. z o.o.” - znak sprawy: 10/LEKI/DCZP/2019/P. W Rozdziale XIV SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena – 60%,
2. Termin reklamacji (Zamawiający nie dopuszcza terminu realizacji reklamacji dłuższego niż 3 dni robocze)- 20%,
3. **Kryterium: zawarcie w cenie wszystkich produktów lub części z nich kosztów dostosowania (kalibracji) urządzenia służącego dozowaniu leków objętych przedmiotem niniejszego postępowania, wg zleceń lekarskich (zapis nie obejmuje leków do iniekcji) – 20%.**

Ustawa Prawo Zamówień Publicznych kształtuje fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wśród tych zasad prym wiodą dwie zasady wprowadzone przez Ustawodawcę w art. 7 ust. 1, tj. zasada równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji. Zasady te nie pozwalają zamawiającemu na traktowanie żadnego z wykonawców w sposób uprzywilejowany, a ich działanie nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego.

Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i **inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.**

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie podkreśla się, że już na etapie przygotowania postępowania może dojść do próby ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji (wyrok NSA w Warszawie z dnia 13 lutego 2014r. II GSK 1980/12).

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003r., **zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę.** Zdaniem arbitrów 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 zostać przez zamawiającego nazwany – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone tak, że aby je spełnić, oferent powinien dostarczyć jeden konkretny produkt.

W tym przypadku każdy Wykonawca oferujący produkty lecznicze musi również dostarczyć usługę kalibracji urządzenia służącego do dozowania leków, której koszt niewspółmiernie przewyższy możliwą marżę i zysk wypracowany w związku z dostawą leków do Zamawiającego. Przeniesienie odpowiedzialności za kalibrację urządzenia do dozowania leków na Wykonawcę, który na mocy SIWZ zobowiązany jest do sukcesywnej dostawy leków stanowi uzależnienie wyniku postępowania od tzw. „trzeciej strony”, nie będącej stroną Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Koszt kalibracji, który przez Wykonawcę będzie musiał zostać poniesiony jednorazowo, może Wykonawcy w ogóle nie zwrócić się w toku sukcesywnych dostaw leków, ponieważ kwota ta może przekroczyć wartość wygranej części postępowania i dostarczonych w czasie trwania umowy leków. W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest przerzucanie kosztów związanych z bieżącym utrzymaniem urządzenia do dozowania leków, wszelkich potrzebnych kalibracji na Wykonawcę, który ma dostarczać leki sukcesywnie, a więc zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego, jednocześnie przy braku zobowiązania ze strony Zamawiającego do zakupu całości wyspecyfikowanych w formularzu asortymentowo-cenowym leków.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych, którego zasadniczym elementem jest dostawa właściwych preparatów w określonym czasie. Mimo że zamawiany asortyment wydaje się mieć pierwszorzędne znaczenie, według kryterium oceny nr 3 dostęp do postępowania i możliwości zaoferowania leków otwiera się tym wykonawcom, którzy zaoferują również całkowite uwzględnienie w cenie oferty kosztu kalibracji urządzenia do dozowania leków. W przedmiotowym postępowaniu mamy więc do czynienia z sytuacją, w której wyłącznie wykonawca oferujący leki z 100% uwzględnieniem kosztu kalibracji znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej, gdyż jedno z kryteriów oceny ofert zostało sporządzone w sposób jednoznacznie charakterystyczny dla producenta urządzenia. Wykonawca chcący zaoferować same leki bez uwzględnienia kosztu kalibracji w swojej ofercie, musiałby zaoferować produkty w cenach rażąco niskich, całkowicie niekonkurencyjnych w stosunku do produktów wykonawcy, który ten koszt w ofercie uwzględni. Zamawiający kryterium nr 3 nie sformułował odnośnie przedmiotu zamówienia a odnośnie podmiotu (producenta urządzenia dozującego), przekładając koszty utrzymania urządzenia na dostawcę leków.

Zarzuty odwołania opierają się na naruszeniu art. 29 ust. 2 w powiązaniu z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie art. 29 ust. 2 może być realizowane w sposób bezpośredni oraz

pośredni. Jako naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest uprawdopodobnienie naruszenia konkurencji.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało wielokrotnie przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wielokrotnie podkreślała, że **opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób obiektywny, nieutrudniający uczciwej konkurencji, że nie może zawierać sformułowań powodujących uprzywilejowanie określonych wykonawców** (tak np. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2013r. KIO 1781/13). Opisany wyżej zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw lub usług nieodpowiadających jego potrzebom, a jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek dopuszczenia konkurencji między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd został nałożony na zamawiającego szczególny obowiązek dokonania właściwego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie tych jego cech, które dla zamawiającego mają znaczenie kluczowe (tak KIO w uchwale z dnia 2 sierpnia 2013r. KIO/KD 69/13). Ustawodawca wyszedł naprzeciw powyższemu obowiązkowi, nakładając na zamawiającego obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych, przy czym zamawiający dopuszczając rozwiązanie równoważne powinien określić zakresy równoważności, aby wykonawca mógł wykazać, że oferowany wyrób spełnia warunki równoważności. Zamawiający powinien więc określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność oraz wskazać zasady oceny, kiedy parametry, czy cechy wyrobu uzna za równoważne (tak np. w orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 21 maja 2013r. NDB-50/Ł/17/2014 oraz w wyroku KIO z dnia 19 marca 2013r. KIO 516/13).

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

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 oraz 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.

Stanowisko Odwołującego potwierdza Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP w jednej ze swych opinii 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 SO 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.

Należy podkreślić, że w dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego 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". Tożsame stanowisko znalazło się 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 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 bezpośrednie, jak i pośrednie (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 określany 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 zaferowania produktów innych producentów. W wyroku z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06 Zespół Arbitrów orzekł, że: "**Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu**".

Kolejny wyrok KIO (Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2833/13), który odzwierciedla identyczną sytuację jak w niniejszym Postępowaniu podnosi, że: „Opis przedmiotu zamówienia preferuje produkty konkretnego producenta, co prowadzi do postawienia w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy oferują wykonanie zamówienia przy użyciu produktów tej firmy, a ponadto opis przedmiotu zamówienia preferuje tych wykonawców, których partnerem w realizacji zamówienia jest firma D. Odwołujący, który chciałby oprzeć realizację przedmiotu zamówienia na innych produktach niż preferowane przez zamawiającego, znajduje się w nieporównywalnie gorszej sytuacji. Wymagania w zakresie zaferowania produktów firmy D. zamawiający wzmacnia poprzez wymagania dotyczące żądania dokumentów pochodzących od producenta sprzętu oraz wymagania związane z koniecznością zapewnienia świadczenia usług serwisowych wyłącznie przez autoryzowany serwis producenta urządzeń”.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych kryteriów oceny i wyboru ofert. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ w niniejszym Postępowaniu.

Wobec powyższego Wykonawca wnosi o uwzględnienie Odwołania i dokonanie przez Zamawiającego następujących czynności:

modyfikacji kryterium oceny ofert nr 3 na kryterium dotyczące przedmiotu zamówienia (dostawy produktów leczniczych) lub też rezygnację z tego kryterium i odpowiednie zwiększenie wagi procentowej pozostałych dwóch kryteriów oceny ofert opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Modyfikacja kryterium nr 3 może obejmować np. następujące kryteria lub ich kombinację z przykładowymi wagami procentowymi:

- termin płatności – 20% (30 dni – 0 pkt.; 60 dni – 20 pkt.)
- termin dostawy – dostawa planowa (do 2 dni roboczych – 20 pkt., do 3 dni roboczych – 15 pkt., do 4 dni roboczych – 10 pkt., do 5 dni roboczych – 5 pkt.)
- termin dostawy – dostawa „na cito” – do 12 h – 20 pkt.; do 24 h – 10 pkt.)

Odwołujący zwraca uwagę, że ze względu na wagę zapisów SIWZ, które utrudniają uczciwą konkurencję, w skuteczny sposób eliminując dostęp do rynku innym hurtowniom lekowym, w szczególności Odwołującemu, tylko pełne uwzględnienie przedstawionych Odwołaniu kwestii i modyfikacja SIWZ zgodnie z tym Odwołaniem skutkować będą doprowadzeniem Postępowania do zgodności z Ustawą PZP. Pozostawienie któregośkolwiek z ww. zapisów w oryginalnej treści, oraz zaniechanie wprowadzenia do Rozdziału XIV „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” modyfikacji kryterium oceny ofert nr spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie bezpodstawnie utrudniony. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do składania oferty zgodnej z każdym wymogiem określonym w treści SIWZ, zatem zaniechanie uwzględnienia któregośkolwiek z przedstawionych punktów do modyfikacji i w sposób podany w Informacji nie otworzy dostępu do tego Postępowania wszystkim podmiotom, faktycznie mogącym spełnić przyjęty przez Zamawiającego cel realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, wniesienie Odwołania jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną 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. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

W doktrynie wskazuje się, że **sama możliwość utrudnienia konkurencji poprzez niewłaściwe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia jest niedozwolona**. W komentarzach do UPZP zaznacza się, że „przy określaniu przedmiotu zamówienia, PrZamPubl wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który **mógłby** utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na

konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Należy zauważyć, że dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w siwz, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwią” (wytłuszczenia – autora) (patrz: Pieróg Jerzy: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2010, str. 115). Podkreśla się również, że „*opis przedmiotu zamówienia nie powinien więc wskazywać konkretnego wyrobu czy wykonawcy*” (wytłuszczenia – autora) (patrz: Płużański Marcin: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2009, str. 318).

Prosimy o ustosunkowanie się do niniejszego pisma w terminie do dnia 28.05.2019 r. do godz. 14.00. W przypadku negatywnej odpowiedzi (za negatywną odpowiedź będzie również uznana zmiana niezgodna z przedstawioną przez Odwołującego powyżej sugestią) bądź jej braku, „Farmacol – Logistyka” Sp. z o.o. w Katowicach będzie zmuszona skorzystać z przysługujących jej środków ochrony prawnej. Nadto rozważamy powiadomienie w trybie 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych celem wszczęcia kontroli doraźnej, gdyż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze równe traktowanie każdego Wykonawcy i w myśl zasady uczciwej konkurencji, wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego czynności jak wyżej.

Z poważaniem,