

Warszawa, dnia 21.09.2020 r.

**ODPOWIEDŹ**  
**na zapytania w sprawie SIWZ**

**Dotyczy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę żywienia dojelitowego w warunkach domowych wraz z transportem do domu pacjenta”. Numer postępowania: 11 / 8 / 2020**

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 tj. z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą” udziela odpowiedzi na zadane pytania, które wpłynęły na zapisy SIWZ.

W przypadku gdy udzielona poniżej odpowiedź pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ lub też precyzuje lub uzupełnia postanowienia SIWZ, należy przyjąć, że stanowi ona zmianę SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w myśl art. 38 ust. 4 ustawy i będzie stanowić podstawę dla oceny zgodności oferty z SIWZ, przy czym w przypadku gdy:

- a) postanowienia odpowiedzi są sprzeczne z postanowieniami SIWZ wraz z załącznikami, za obowiązujące w tym zakresie należy przyjąć treść udzielonych odpowiedzi;
- b) postanowienia odpowiedzi precyzują lub uzupełniają postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, za obowiązujące w tym zakresie należy przyjąć treść udzielonych odpowiedzi wraz z dotychczasową treścią SIWZ oraz załączników.

**Pytanie 1 – dotyczy Załącznika nr 2 do SIWZ pozycji 7, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 33, 34, 35**

**TREŚĆ WNIOSKU:**

Mając na względzie zachowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz zwiększenie konkurencyjności, a tym samym możliwość uzyskania niższych wartości ofert, czy Zamawiający może wyjaśnić oraz dokonać ewentualnych korekt opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w obecnym stanie faktycznym i prawnym zachodzi konflikt z art. 29 ust. 2 i 3 oraz 7 ust. 1-3 ustawy pzp, w zakresie pozycji nr 7,14,15,16,17,18,20,21,22,23,33,34,35 Załącznika nr 2 do siwz, poprzez bezpośrednio i pośrednie wskazanie przyszłego beneficjenta przedmiotowego zamówienia publicznego.

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający regulacjami siwz w postaci opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załączniku nr 2 do siwz, opisując przedmiot zamówienia, dokonał tej czynności wywołując bezpośredni konflikt z art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1-3 ustawy pzp.

Powyższe wynika z faktu, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie zachował zasad podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego wypełniając delegację art. 7 i 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp, gdyż opis ten w sposób jednoznaczny wskazuje na przyszłego beneficjenta zamówienia powodując, że ofertę która nie wypełni art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy pzp, jest w stanie złożyć tylko i wyłącznie jeden podmiot.

W obecnym stanie faktycznym minimalne i wymagane parametry techniczne opisu przedmiotu zamówienia zawarte w Załączniku nr 2, do siwz, w obecnym kształcie są wadliwe i uniemożliwiają innym podmiotom złożenie oferty. pomimo tego, że Wnioskodawca posiada w ofercie

handlowej przedmiot zamówienia najwyższej klasy światowej, który przedłożony jest do tych samych procedur a jedynie niektóre parametry (zawarte w powołanym opisie przedmiotu zamówienia), nie mające zasadniczo wpływu na wykonywanie jak i również efekt końcowy zabiegu uniemożliwia złożenie oferty odpowiadającej swoją treścią siwz. Dlatego też można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 - 3 Ustawy, pzp, co w konsekwencji narusza interes prawny Spółki Nestle Polska S.A., gdyż naraża go na poniesienie wymiernej straty finansowej ze względu na nieuzasadnione ograniczenie dostępu do rynku zbytu (udzielenie zamówienia publicznego) poprzez nieobiektywne i tendencyjne określenie opisu przedmiotu zamówienia z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy pzp.

Dokładna analiza opisu przedmiotu zamówienia sprawia, że nie można się oprzeć wrażeniu, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony według informacji technicznej określonych produktów bez uwzględnienia możliwości dopuszczenia innych podmiotów.

Poza sporem pozostaje również fakt, że parametry produktów zawarte w Załączniku nr 2 do siwz dla pozycji nr 7,14,15,16,17,18,20,21,22,23,33,34,35, są co najmniej wątpliwe do uzasadnienia medycznego i klinicznego jak i również ekonomicznego oraz wyraźnie „blokują” dostęp innych podmiotów do złożenia konkurencyjnej oferty. Dodać należy, że produkty, które są dystrybuowane przez Wnioskodawcę praktycznie nie różnią się zasadniczo od wymaganych, i są używane przez wiele ośrodków klinicznych nie tylko w Polsce, ale również na świecie do wykonywania tych samych zabiegów. Dodać należy, że Wnioskodawca nie żąda od Zamawiającego radykalnych zmian opisu przedmiotu zamówienia, lecz dopuszczenie pewnych parametrów oraz wykreślenie z Załącznika nr 2 do siwz parametrów preferujących wytwórcę Fresenius Kabi Polska i tym samym dopuszczenie produktów o cechach bardzo zbliżonych do wymaganych i przeznaczonych do tych samych zabiegów, gdzie czynność ta może spowodować tylko i wyłącznie zwiększenie konkurencyjności postępowania, a w związku z tym, że istotnym kryterium w przedmiotowym postępowaniu jest cena 97% to ewentualne zyski z zakupu wyrobów po niższej cenie będą wartością dodaną.

Mając na względzie treść Załącznika nr 2, pozycji nr 7,14,15,16,17,18,20,21,22,23,33,34,35 oraz biorąc pod uwagę naprawdę wszystkie pozytywne argumenty stwierdzamy, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający podstawowe, fundamentalne zapisy zawarte w art. art. 7 ust. 1, 29 ust. 1-2 Ustawy pzp, gdzie *postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców*” ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający uczciwą konkurencję. Orzecznictwo, które ukształtowało się w wyniku wyroków Zespołów Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych jak i również Krajowej Izby Odwoławczej zajmującej się tożsamymi sprawami, co obecnie, można podsumować w następujący sposób: *„...nie może być mowy o wyborze najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu zasad równości i uczciwej konkurencji, a także przy nie utrudnianiu tych zasad, jeżeli zamawiający dopuszcza do postępowania tylko ograniczoną liczbę wykonawców”*, chociażby z powodu określenia cech przedmiotu zamówienia publicznego w taki sposób, który by eliminował innych wykonawców. Pragniemy zwrócić uwagę na niezaprzeczalny fakt, wynikający z zasad Ustawy pzp, że opis przedmiotu zamówienia winien być opisany za pomocą tylko obiektywnych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty, a ponadto winien być tak zrealizowany, tak, aby nie zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji, w przeciwnym wypadku dojdzie po stronie Zamawiającego do naruszenia przepisów Ustawy pzp. Analiza poszczególnych zapisów siwz, utwierdza Wnioskodawcę w przekonaniu, że Zamawiający poprzez opis zawarty w Załączniku nr 2, pozycje 7,14,15,16,17,18,20,21,22,23,33,34,35, wręcz uniemożliwia złożenie oferty nie tylko Wnioskodawcy, ale również innym podmiotom, gdyż nieliczne jak i również mało istotne wymagane elementy przedmiotu zamówienia stanowią o jednoznacznym wskazaniu na przyszłego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Obecny opis przedmiotu zamówienia stanowi jawne naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ogranicza konkurencję i preferuje wyłącznie jednego beneficjenta zamówienia.

Warto przypomnieć, że ideą przyświecającą ustawodawcy przy tworzeniu Ustawy pzp, było umożliwienie zarówno z jednej strony wolnej konkurencji wielu wykonawców, ale też umożliwienie Zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jakże Zamawiający ma dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty

skoro już ograniczył ilość potencjalnych wykonawców.

Komentarz do Ustawy pzp pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Wydawnictwo UZP, Warszawa 2004 r. str. 112) w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości w zakresie interpretacji zajmuje jednoznaczne stanowisko, stwierdzając, że:

„...4. Zakaz, o którym mowa w pkt. a (art. 29 ust. 1 i 2) 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. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” i dodatkowo Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 10 grudnia 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2118/04) potwierdza w sentencji jak i uzasadnieniu Wyroku, że: „...uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia umożliwiających zaoferowanie wyrobów równoważnych odpowiednio do igły „Prime” oraz „poliglaktyny”, oraz „...Zespół Arbitrów pragnie zauważyć, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów specyfikacji”. Dodać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. Akt KIO/UZP 423/08) stwierdziła ponad wszelką wątpliwość, że”... – *Prawem zamawiającego, a zarazem jego obowiązkiem, jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami.*” lecz „... swoboda ta jest ograniczona zakazem opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i stawiający w uprzywilejowanej sytuacji jedną firmę, a dyskryminujący inne. Dyskryminacja następuje także w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.” w efekcie, czego Izba uznała, że wymagania szpitala bezpodstawnie ograniczały uczciwą konkurencję, i nakazała zmienić specyfikację. Tożsame zdanie *expressis verbis* wynika z Orzeczenia KIO (Sygn. akt: KIO/UZP 423/08) gdzie czytamy (...) *Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt, jak również z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta. Dyskryminacja wykonawców następuje także, w sytuacji gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.*” Mając na względzie powyższe można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że Wyroki KIO w pełni podtrzymują dotychczasową linię doktryny w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i utwierdzają Wnioskodawcę w przekonaniu, że w przedmiotowym postępowaniu bez wątpienia doszło do naruszenia zasad o których mowa w art. 7 oraz art. 29 ust. 1 Ustawy pzp.

Stwierdzić również należy, że dokonywany przez zamawiającego w opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym również na ilość złożonych ofert i zasadnym byłoby, aby Zamawiający otrzymał jak największą ilość ważnych ofert w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania. Stąd też, pomimo tego, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Faktem również jest, że art. 29 ust. 1 Ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z tym, że opis ten ma służyć tylko i wyłącznie realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, która została wstępnie wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy i wzmocniona w art. 29 ust. 2 powołanej Ustawy pzp a nie realizowaniem własnych preferencji i upodobań w żaden sposób nie uzasadnionych. Biorąc również pod uwagę art. 29 ust. 2 Ustawy 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 przesłaniem i przesłaniem jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji (parametrów technicznych), niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji, co ma miejsce w chwili obecnej. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. „...zamawiający nie może używać sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretną grupę wyrobów albo na konkretnego wykonawcę.” Tym samym nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób pośredni lub bezpośredni wskazuje na konkretnego wykonawcę produktu, przy czym grupa tych produktów nie musi być nazwana przez zamawiającego, wystarczy, że parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że spełnić je w stanie tylko jeden wykonawca.

Wnioskodawca pragnie również wskazać, że Zamawiający w Załączniku nr 2 do siwz (kolumna „Numer katalogowy/producent”), użył nazw własnych wyrobów, wywołując konflikt z art. 29 ust. 3 ustawy pzp, gdyż nie został określony zakres równoważności dla tych wyrobów. Wskazując nazwy własne dla poszczególnych wyrobów Zamawiający wskazał w sposób bezpośredni jakich wyrobów oczekuje pomimo, że na rynku wyrobów medycznych występują wyroby o tożsamej charakterystyce ale innej nazwie własnej.

Z całkowitą pewnością możemy również stwierdzić, że ograniczenie możliwości składania korzystnych dla Zamawiającego ofert narusza również bezpośrednio art. 3 ust. 2 w związku z art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z dnia 8 czerwca 1993 r. Nr 47 poz. 211 z późn. zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji gdyż wypełniony został katalog przesłanki, jaką jest „...rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie klientów”. Ponadto pragniemy zwrócić w tym momencie uwagę na fakt, że utrudnianie uczciwej konkurencji dotyczy działań Zamawiającego, a naruszenie przepisów powołanej ustawy w konsekwencji może być przyczyną unieważnienia postępowania lub ewentualnej umowy zawartej w kolizji (rażącym naruszeniem) z przepisami Ustawy pzp.

#### Odpowiedź:

Zamawiający przygotowując Załącznik nr 2 do SIWZ wykazał w nim rzeczywiste zapotrzebowanie na żywienie pacjentów będących pod opieką Szpitala. Ponadto informujemy, iż każda dieta dostosowana jest do indywidualnych potrzeb pacjentów i każda jej zmiana może spowodować narażenia życia i zdrowia pacjenta.

Ponadto Zamawiający dopuszcza stosowanie równoważnych preparatów innego producenta spełniających wszystkie wymagania opisane w kolumnie „Nazwa”.

W celu rozwiania wątpliwości Wykonawców Zamawiający zmodyfikował formularz asortymentowo – cenowy w następujący sposób.

Dodając kolumnę „Nr katalogowy/Producent – produkt oferowany przez Wykonawcę”.

Wszystkie produkty opisane w kolumnie „Numer katalogowy/Producent” mogą zostać zastąpione równoważnymi produktami spełniającymi wymagania opisane w kolumnie „Nazwa”.

Zamawiający informuje, że termin składania i otwarcia ofert nie ulega zmianie.

Dyrektor  
Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego  
im. prof. Witolda Orłowskiego CMKP

Łeśzek Kliś

Zastępca Dyrektora  
ds. Lecznictwa  
Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny  
im. prof. Witolda Orłowskiego CMKP  
dr hab. n. med. Jacek Sobocki, prof. CMKP