

Przyszowie 10.05.2023

**Prezes :**

**Krajowej Izby Odwoławczej  
Warszawa (02-676)  
ul. Postępu 17a**

**Zamawiający:**

**SAMODZIELNY PUBLICZNY SPECJALISTYCZNY SZPITAL  
ZACHODNI IM. JANA PAWŁA II ul. Daleka 11  
Grodzisk Mazowiecki kod 05-825  
Tel. 22 755 91 15  
Magdalena Lonc  
e-mail: zp.lonc@szpitalzachodni.pl**

**Odwołujący:**

**SINMED Sp.zo.o. ul. Graniczna 32B  
44-178 Przyszowice  
Tel. 518-615-733  
Justyna Dubieńska  
e-mail: dzp1@sinmed.pl**

**Dotyczy:** postępowania na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku 2 dla Szpitala Zachodniego w Grodzisku Mazowieckim

**Znak sprawy:** SPSSZ/21/D/23

**Identyfikator postępowania:** ocds-148610-db268c01-ea6b-11ed-9355-06954b8c6cb9

**Numer ogłoszenia:** 2023/BZP 00202673

#### **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „PZP” lub ustawa), w imieniu SINMED Sp.zo.o. uczestnika w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „Wykonawca”),

niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opisanego w petitum.

Data ogłoszenia: 05.05.2023 r.. r.

Data wniesienia odwołania: 10.05.2023 r.

Data przesłania kopii odwołania Zamawiającemu: 10.05.2023 r.

#### **I Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:**

1. **naruszenie art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 w zw. z art. 266 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie pakietu 24,** Zamawiający, dokonał opisu przedmiotu zamówienia, m.in. poprzez wskazanie na jeden konkretny wyrób, **co doprowadza do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania odwołującego,** który w wyniku w/w czynności zamawiającego nie może złożyć oferty w postępowaniu, a zakwestionowane „parametry” nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, lecz są nakierowane wyłącznie na wyeliminowanie konkurencji z postępowania. Finalnie wywołuje to skutek w postaci uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.
2. **naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy** PZP tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
3. **naruszenie art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy** poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”);
4. **naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

#### **II Odwołujący wnosi o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w tym sposobu dokonania jego oceny w ramach sporządzonych kryteriów oceny ofert oraz usunięcia z treści opisu przedmiotu zamówienia tych elementów które nie są w zobiektywizowany sposób niezbędne Zamawiającemu zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla Zamawiającego parametrami w jak najszerszych zakresach, które nie będą odpowiadały z góry określonemu wyrobowi określonego producenta, w szczególności poprzez eliminację wskazanych w treści odwołania dyskryminacyjnych zapisów SIWZ, w sposób opisany w odwołaniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i modyfikację brzmienia zapisów zaskarżonych w odwołaniu.

### **UZASADNIENIE**

#### **I Aspekty faktyczne**



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencji określonych rozwiązań technicznych, czym preferuje wyłącznie jedną firmę, co nie jest usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Tym samym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone ww. przepisy w ustawy PZP. Zapisy SWZ zawarte w pakiecie 24 wskazują w sposób jednoznaczny na opis produktów Sage, której wyłącznym dystrybutorem jest firm Skamex Sp.żo.o. Wszystkie zapisy zawarte w pozycjach 1,2 zsumowane ze sobą w specyficzny sposób wykluczają pozostałych wykonawców. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest w orzecznictwie jednoznacznie oceniany jako niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że następujące elementy opisu przedmiotu zamówienia wykluczają wszystkich innych – poza firmą Sage – wykonawców lub producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, gdyby Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadnienie ograniczający uczciwą konkurencję.

Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia 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. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany treści SWZ.

Uniemożliwienie złożenia oferty konkurencyjnej Odwołującego naraża nas na szkodę i tym samym posiadamy interes w skutecznym złożeniu odwołania.

Kwestionujemy następujące zapisy SWZ :

#### **Pakiet 24, pozycja 1**

*Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z poziomą zastawką do regulacji siły odsysania, z 3 otworami ssącymi oraz pofałdowaną gąbką na górnej powierzchni , 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem diglukonianu chlorheksydyny w wyciskanej saszetce, 1 gąbka -aplikator z poprzecznym pofałdowaniem. Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcje pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania . Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP .*

#### **Pakiet 24, pozycja 2**

*Zestaw do 24-godzinnej toalety jamy ustnej na 3 procedury o składzie:*

*2 osobne opakowania każde zawierające : 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z 3 otworami ssącymi, z poziomą manualną zastawką do regulacji siły ssania i pofałdowaną gąbką na górnej powierzchni, 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem chlorheksydyny w wyciskanej saszetce, 1 gąbka -aplikator*

*1 osobne opakowanie zawierające : 1 gąbkę pokrytą dwuwęglanem sodu z odsysaniem z pozioma manualną zastawką do regulacji siły odsysania oraz zagiętą końcówką, 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,05 % roztworem chlorku cetylpirydyny w wyciskanej saszetce, 1 saszetkę z 2 g preparatu nawilżającego do ust na bazie wodnej z cetylpirydyną i witamina E oraz 1 gąbkę aplikator.*

*Każde pojedyncze opakowanie pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania. Oferowany zestaw o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP. Zestaw posiadający uchwyt do Yankauera, umożliwia powieszenie na plastikowej zawieszce oraz zawiera numeracje sugerującą kolejność stosowania pojedynczych odrywanych opakowań.*

Szczegółowy opis ilości otworów bocznych, pojemności saszetki z płynem, sposobu pofałdowania gąbki czy składu oraz sposobu pakowania nie ma żadnego uzasadnienia praktycznego. Jest to jednoznacznie opisany produkt firmy Sage Products, której wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex. Oferowane zestawy mają za zadanie wykonanie toalety jamy ustnej u osób zaintubowanych przebywających na oddziałach Intensywnej Terapii jako profilaktyki przed odrespiratorowym zapaleniem płuc (VAP). Istotne w tym przypadku są jedynie składowe zestawów, tak aby możliwe było wykonanie pełnej procedury. Sama budowa, pojemności czy skład nie wpływają w żadnej sposób na funkcjonalność produktu.

## **II Aspekty prawne**

W myśl art. 99 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. 99 ust. 4 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.**

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 99 ust. 4 PZP jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, **eliminując lub ograniczając jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, przyjmuje się, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.**

Dlatego też przy opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi



być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

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 SWZ, 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, 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.

Zatem art. 99 ust. 4 ustawy PZP 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.

Jako przykłady działań sprzecznych z art. 99 ust. 4 ustawy w doktrynie wymienia się m. in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję.

Warto też podkreślić, że **dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.** Opisane 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. 16 ust 1 i art. 99 PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Urząd Zamówień Publicznych w jednej z opinii prawnych stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP (art. 99 ust. 4 ustawy z 2019 r.), 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.

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

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 wskazują 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”.



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. 255 pkt 6 ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 459 pkt. 1 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. 16 ust. 1 i art. 99 ust. 4 ustawy stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt 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”.

**W ślad za tym idą kolejne wyroki 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.*

(...)

KIO/UZP 700/08

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

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

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.*

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 w 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 zamawiającego. Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregośkolwiek z potencjalnych oferentów.**

**Mając na uwadze powyższe kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wnosi o zmianę zapisów poprzez dopuszczenie produktów alternatywnych / równoważnych:**

#### **Pakiet 24, pozycja 1**

*Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z zastawką do regulacji siły odsysania, z otworami ssącymi oraz z gąbką na górnej powierzchni, min. 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem diglukonianu chlorheksydyny w saszetce, 1 gąbka -aplikator z pofaldowaniem. Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw skuteczny w redukcji VAP.*

#### **Pakiet 24, pozycja 2**

*Zestaw do 24-godzinnej toalety jamy ustnej na 3 procedury o składzie:*

*2 osobne opakowania każde zawierające : 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z otworami ssącymi, z manualną zastawką do regulacji siły ssania i gąbką na górnej powierzchni, min. 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem chlorheksydyny w saszetce, 1 gąbka -aplikator*

*1 osobne opakowanie zawierające : 1 gąbkę pokrytą dwuwęglanem sodu z odsysaniem z manualną zastawką do regulacji siły odsysania oraz zagiętą końcówką, min. 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,05 % roztworem chlorku cetylpirydyny lub 0,12% roztworu chlorheksydyny w saszetce, 1 saszetkę z min. 2 g/ml preparatu nawilżającego do ust na bazie wodnej oraz 1 gąbkę aplikator.*

*Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw skuteczny w redukcji VAP. Zestaw zawiera numerację sugerującą kolejność stosowania pojedynczych opakowań.*



Modyfikacja w sposób opisany powyżej pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Jak również otwarcie postępowania na konkurencję, będzie z całą pewnością korzystna 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 SWZ jest to de facto niemożliwe, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia w najwyższy sposób utrudnia czyni "bezpiermiotowym" złożenie oferty przez wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja opisu przedmiotu zamówienia” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

**Wobec powyższego Odwołujący wnosi:**

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.
2. obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie.

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