

Warszawa, dnia 16 października 2020 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu**
ul. Plac Medyków 1
41-200 Sosnowiec
Telefon: +48 (032) 368-20-00
Faks: +48 (032) 368-20-32
e-mail: sekretariat@wss5.pl,
zam.publ@wss5.pl

Odwołujący: **Baxter Polska Sp. z o.o.**
ul. Kruczkowskiego 8
00-380 Warszawa

reprezentowana przez:

r. pr. Łukasza Krawczyka
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
Faks: 48 22 826 08 87
e-mail: l.krawczyk@cztr.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: **postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa sprzętu medycznego oraz wyposażenia oddziałów szpitalnych w ramach projektu: Zakup sprzętu medycznego, zakup wyposażenia oddziałów szpitalnych, zakup ambulansu, zakup sprzętu komputerowego,**

zakup urządzeń do dezynfekcji i środków dezynfekcyjnych”, w zakresie części 13, nr sprawy 89/PNE/DOT/2020, zwanego dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 194-468647 z dnia 6 października 2020 r.
Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:	czynność Zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. polegająca opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami której postanowienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
Termin:	6 października 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-380), przy ul. Kruczkowskiego 8, dalej: „Baxter” lub „Odwołujący” lub „Wykonawca”, zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „ustawa PZP” lub „Prawo zamówień publicznych”), niniejszym:

I. Wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będącym załącznikiem nr 1 do SIWZ (dalej: „OPZ”) w zakresie części 13 wymogów dotyczących aparatu do hemodializy z wyposażeniem, w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję, bowiem wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia jedynie jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące aparatu do hemodializy w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. w szczególności zestawienie wymaganych parametrów technicznych w załączniku nr 1 do SIWZ, w zakresie:

- 1) Część 13 lp. 5 tabeli - regulacja przepływu krwi min 50 do 500 ml/min,
- 2) Część 13 lp. 8 tabeli - tryb oszczędnościowy: brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta,

- 3) Część 13 lp. 11 - archiwizacja min 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego,
 - 4) Część 13 lp. 12 - pamięć min 10 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu,
 - 5) Część 13 lp. 18 - aparat wyposażony w obrotowy ciekłokrystaliczny, kolorowy monitor,
 - 6) Część 13 lp. 21 - program serwisowy umożliwiający wszelkie kalibracje oraz pełną diagnostykę aparatu dostępną z poziomu technika dializacyjnego,
 - 7) Część 13 lp. 23 - zasilanie wodne 1,0÷6 bar.
- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*

II. W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
- 2) dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;
- 3) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;

III. Nadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 6 października 2020 r., tj. w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz SIWZ wraz z załącznikami na stronie internetowej Zamawiającego. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ oraz OPZ będącego załącznikiem do SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia w części nr 13

Wykonawca, może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Baxter wykazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 6 października 2020 r. Zamawiający opublikował SIWZ wraz z załącznikami w tym OPZ. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do OPZ postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego przygotowanie OPZ w Postępowaniu we wskazany sposób jest niczym nieuzasadniony i postanowienia wskazane przez Odwołującego w dalszej części powinny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w części nr 13 załącznika nr 1 do SIWZ, utrudniają Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty na konkretne urządzenie, producenta urządzenia – B. Braun Melsungen AG. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego producenta.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Powyższy opis przedmiotu zamówienia w części nr 13 OPZ stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Odwołujący podkreśla, że obecne brzmienie OPZ w części nr 13 załącznika nr 1 do SIWZ Postępowania wskazuje na konkretny produkt konkretnego producenta, co z pewnością nie pozwala złożyć oferty większej liczbie oferentów, a co z kolei ma oczywisty wpływ na nieuzyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na brak w nim konkurencji.

Wskazać należy, że hemodializa jest zabiegiem leczenia nerkozastępczego przeprowadzanym u pacjentów z przewlekłą chorobą nerek w stadium V, ostrym uszkodzeniem nerek, bądź nałożeniem obu powyższych stanów klinicznych, a także w sytuacjach, gdy konieczne jest usunięcie toksycznych produktów przemiany materii, substancji powstałych przy wystąpieniu stanu zapalnego towarzyszącego innym schorzeniom, w tym w sepsie, a także gdy zaistnieje potrzeba usunięcia z organizmu zewnątrzpochoydných substancji – toksyn bądź leków, których nerki pacjenta nie są w stanie usunąć.

Aparat do hemodializy, przy tak szerokiej gamie wskazań, powinien spełniać pewne niezbędne wymagania. Część wymagań Zamawiającego jest właściwa i zgodna z celem w jakim ma być wykorzystywany przedmiot zamówienia, natomiast część z wymagań w sposób nieuzasadniony zawęża i nie dopuszcza alternatywnych funkcji w równie wysokim stopniu spełniających kliniczne bądź techniczne wymogi zabiegu. Takie przedstawienie wymogów w sposób nieuprawniony sprzawdza możliwość spełnienia wymagań do zakupu aparatów od jedynie jednego producenta, tj. B. Braun Melsungen AG.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów, o których usunięcie lub zmianę wnioskuje Odwołujący:

1. Część 13 lp. 5 tabeli - regulacja przepływu krwi min 50 do 500 ml/min

Zamawiający w Części 13, lp. 5 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ aparat do hemodializy wymaga:

„Regulacja przepływu krwi min 50 do 500 ml/min”

Odwołujący wskazuje, że wielkość przepływu krwi przez dializator jest istotnym czynnikiem wpływającym na skuteczność zabiegu. Jest on jednak ograniczony poborem krwi z cewnika bądź przetoki tętniczo-żylną. Ponadto, im wyższy przepływ przez dializator, tym wyższa musi być minutowa objętość wyrzutowa serca, by zapewnić odpowiedni przepływ krwi przez inne narządy organizmu pacjenta. Tak więc wartość tego przepływu powinna być możliwa do indywidualnego dostosowania do aktualnych wymagań zabiegu. Wobec powyższego przedział 20-600 ml/min jest klinicznie wystarczający.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 5 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Regulacja przepływu krwi min 50 do 500 ml/min lub 20-600 ml/min”

2. Część 13 lp. 8 tabeli - tryb oszczędnościowy: brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta

Zamawiający w Części 13, lp. 8 tabeli załącznika nr 13 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„tryb oszczędnościowy: brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta”

Wymaganie określone w parametrze nie ma znaczenia dla celu w jakim prowadzone jest Postępowanie w części nr 13. Parametr ten nie wpływa w żaden sposób na poprawność czy możliwość prawidłowego wykonania hemodializy. Jedynym skutkiem wprowadzenia wskazanego parametru jest ograniczenie konkurencji w Postępowaniu, gdyż wymagany parametr jest rozwiązaniem charakterystycznym dla B. Braun Melsungen AG.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Usunięcie wymagania określonego w lp. 8 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy.

3. Część 13 lp. 11 - archiwizacja min 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego

Zamawiający w Części 13, lp. 11 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„archiwizacja min 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego”

Odwołujący wskazuje, że proces dezynfekcji aparatu do hemodializy stanowi niezwykle istotny element zabezpieczający pacjentów przed zakażeniem związanym z dostępem naczyniowym i

zewnątrzymostrojowym oczyszczaniem krwi. Dlatego proces ten musi być monitorowany i w razie wystąpienia błędów musi być możliwość wstecznej ich kontroli. Dla prawidłowego wykonania hemodializy oraz kontroli wykonanych wcześniej dezynfekcji wystarczające jest zapisanie 20 ostatnich procesów na wypadek podejrzenia nieprawidłowości.

Wymaganie zapisu 100 wykonanych dezynfekcji jest wymaganie nadmiernym, nieznajdującym uzasadnienia medycznego. Jedynym skutkiem określenia wymagania w zakresie tego parametru technicznego jest ograniczenie konkurencji w Postępowaniu w zakresie części nr 13 i umożliwienie złożenia ważnej oferty tylko jednemu podmiotowi.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 11 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„archiwizacja min 20 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomego programu użytkowego”

4. Część 13 lp. 12 - pamięć min 10 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu

Zamawiający w Części 13, lp. 12 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„pamięć min 10 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu”

Odwołujący wskazuje, że możliwość monitorowania parametrów zabiegu hemodializy stanowi niezwykle istotny element wpływający na bezpieczeństwo pacjenta. Umożliwia to personelowi oddziału dializ bieżące reagowanie na ewentualne zmieniające się wymagania kliniczne w trakcie zabiegu. Monitorowane parametry są zapisywane na bieżąco przez personel oddziału dializ. Prawidłowość pracy personelu czyni powyższy zapis niepotrzebnym.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Usunięcie wymagania określonego w lp. 12 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy.

5. Część 13 lp. 18 - aparat wyposażony w obrotowy ciekłokrystaliczny, kolorowy monitor

Zamawiający w Części 13, lp. 18 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„aparat wyposażony w obrotowy ciekłokrystaliczny, kolorowy monitor”

Baxter podkreśla, że możliwość monitorowania parametrów zabiegu hemodializy stanowi niezwykle istotny element wpływający na bezpieczeństwo pacjenta podczas hemodializy. Umożliwia to personelowi oddziału dializ bieżące reagowanie na ewentualne zmieniające się wymagania kliniczne w trakcie zabiegu. Natomiast parametr dotyczący możliwości obracania monitora nie jest w żaden sposób uzasadniony, z pewnością nie jest to parametr istotny z punktu widzenia prowadzenia samego zabiegu.

Należy zatem uznać, że wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu dla którego zostało postawione. Nadrzędną kwestią jest dla tego parametru możliwość monitorowania przebiegu zabiegu. Natomiast wprowadzenie postanowienia w przyjętym kształcie prowadzi jedynie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 18 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„aparat wyposażony w ciekłokrystaliczny, kolorowy monitor”

6. Część 13 lp. 21 - program serwisowy umożliwiający wszelkie kalibracje oraz pełną diagnostykę aparatu dostępną z poziomu technika dializacyjnego

Zamawiający w Części 13, lp. 21 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„program serwisowy umożliwiający wszelkie kalibracje oraz pełną diagnostykę aparatu dostępną z poziomu technika dializacyjnego”

Odwołujący wskazuje, że funkcja serwisowania aparatu do hemodializy stanowi niezwykle istotny element wpływający na bezpieczeństwo pacjenta. Serwis musi być prowadzony przez

doświadczony i przeszkolony personel techniczny – technika dializacyjnego przeszkolonego przez producenta bądź serwisanta producenta.

Wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego zostało postawione. Wprowadzenie parametru w przyjętym kształcie prowadzi jedynie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 21 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„program serwisowy umożliwiający wszelkie kalibracje oraz pełną diagnostykę aparatu dostępną z poziomu certyfikowanego serwisanta”

7. Część 13 lp. 23 - zasilanie wodne 1,0÷6 bar.

Zamawiający w Części 13, lp. 23 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„zasilanie wodne 1,0÷6 bar”

Odwołujący wskazuje, że postawiony przez Zamawiającego wymóg jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego został postawiony przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, że jedną z kluczowych funkcji aparatu do hemodializy jest bieżąca produkcja płynu dializacyjnego z koncentratu oraz dostarczonej wody oczyszczonej metodami mechanicznymi oraz odwrotnej osmozy (RO). Wartości ciśnienia tej wody powinny zawierać się w elastycznych granicach. Określenie dolnej wartości na poziomie 1,0 bar nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego ta funkcja jest wykorzystywana, a w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w Postępowaniu.

Wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego zostało postawione. Wprowadzenie parametru w przyjętym kształcie prowadzi jedynie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 23 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ dla części 13 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„zasilanie wodne 1,0÷6 bar lub 1,2÷6 bar”

UZASADNIENIE PRAWNE

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględny zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmiernego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentacji Postępowania postanowienia w treści OPZ będącego załącznikiem do SIWZ oraz SIWZ, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 i 29 ustawy PZP.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ postanowienia są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Odwołującego utrudniają bowiem one Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych,

nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Odwołujący podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

„Nadmierne 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, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

W tym zakresie Odwołujący podziela pogląd wyrażony w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

1. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

„fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać”

2. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

„Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.”

3. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17:

„Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu

uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”

Baxter wskazuje również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 1528/20, w którym Odwołujący również podnosił zarzuty sformułowania przez zamawiającego postanowień SIWZ w sposób ograniczający konkurencję, poprzez ukształtowanie parametrów opisu przedmiotu zamówienia umożliwiające złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. KIO uwzględniło odwołanie Baxter, w uzasadnieniu wskazując m. in.:

*„Granice uprawnień zamawiającego wyznaczają jednak przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, które są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Ponieważ dyspozycją art. 29 ust. 2 pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, jej spełnienie niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Skoro ustawodawca w art. 29 ust. 2 pzp zawarł **wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zakazane jest więc nie tylko dokonywanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.***

*Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez **szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.** W szczególności dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.”*

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień SIWZ w każdy sposób, który zaspokoi potrzeby Zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców.

Brak zmian w treści SIWZ, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez jej niezgodność z treścią SIWZ. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący mu dostęp do niniejszego zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana Zamawiającemu.

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

w imieniu Odwołującego:

.....
r. pr. Łukasz Krawczyk

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15 000 zł,
- 5) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.