

Do: Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Składający odwołanie:

Sinmed Sp. z o.o.
Ul. Graniczna 32B
44-178 Przyszowice
Faks (32) 739 00 45
e-mail: biuro@sinmed.pl

Zamawiający:

Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach
Ul. Węgierska 21
38-300 Gorlice
Tel. 18/35-53-317
bzp@szpital.gorlice.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy postępowania o zamówienie publiczne prowadzone przez Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach, w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie w kwocie o wartości powyżej 214 000 euro ogłoszonego na stronie internetowej <https://www.szpital.gorlice.pl/zamowienia-publiczne.php> oraz w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2020/S 255-640175 w dniu 29.12.2020r. w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa Leków”, numer postępowania: 01/2021.

Na podstawie art. 179 i nast. Ustawy Pzp Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, zwany dalej Wykonawcą lub Odwołującym, składa niniejsze odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z podjęciem przez Zamawiającego - Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach, w ramach w/w postępowania o zamówienie publiczne, czynności do których nie był on uprawniony w świetle przepisów ustawy Pzp tj. opisując w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb, wymagania techniczne w Zadaniu nr 20 (dokładna ilość płynu do płukania jamy ustnej, skład płynów, sposób klasyfikacji, szczegóły techniczne produktów wskazujące na jednego producenta) odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zestawy do toalety jamy ustnej). Wymagania te dyskryminują produkty oferowane przez Sinmed Sp. z o.o., wskazują natomiast na produkty firmy Sage Products dystrybuowane w Polsce przez firmę Skamex.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego w/w postępowania o zamówienie publiczne w/w przepisów ustawy Pzp, przez co naruszony został interes prawny Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, gdyż w/w nieuprawione, tak działania jak i zaniechanie działań Zamawiającego, pozbawiają Wykonawcę w sposób całkowicie bezprawny możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach efektywnej konkurencji i zupełnie iluzorycznym czynią szansę na jego uzyskanie.

UZASADNIENIE:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: *za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą* (W. Łysakowski [w] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Tomasza Czajkowskiego, *Urząd Zamówień Publicznych 2007*, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): *Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przestankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Na szczególną sytuację wykonawców wnoszących odwołanie na etapie ogłoszenia o zamówienia zwraca także KIO w wyroku KIO 979/14: *Istnienia po stronie wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie kwestionowania postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czy treści ogłoszenia o zamówieniu należy bowiem upatrywać w jakichkolwiek przejawach zainteresowania postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (pobranie Specyfikacji ze strony internetowej zamawiającego, składanie wniosków o wyjaśnienie jej Specyfikacji)*. Trzeba przy tym pamiętać, że na wspomnianym etapie procedury przetargowej odwołujący nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z*

prawem. Uznając powyższe przesłanki *ad casum* za spełnione zarzuty odwołania podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, którego wynikiem było oddalenie odwołania. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący posiada więc odpowiednią wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia oraz jest w stanie zaoferować sprzęt najwyższej jakości, sprawdzony w innych tego typu placówkach medycznych. Jednakże z uwagi na to, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, m.in. poprzez wskazanie na jeden wyrób, uniemożliwia tym samym udział Odwołującego w postępowaniu. Obecny sposób opisu przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, mimo iż takie opisanie przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowego wykonania zamówienia, Odwołujący nie może złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: *W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, www.uzp.gov.pl).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasady te są fundamentem systemu udzielania zamówień publicznych. Od początku funkcjonowania systemu ugruntowane stanowisko doktryny wskazuje, iż niedopuszczalne jest prowadzenie postępowania **w sposób choćby tylko utrudniający uczciwą konkurencję:**

- 1) „Skoro w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zakazał takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jedynie może utrudniać uczciwą konkurencję, to przy stawianiu zarzutu opartego o tę podstawę prawną nie jest konieczne udowodnienie zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, że dane istotne postanowienie opisu przedmiotu zamówienia rzeczywiście utrudnia taką konkurencję, ale wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2013 r., KIO 2407/13),
- 2) „Zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., zob. też wyr. SO w Warszawie z 1.4.2004 r., V Ca 1661/03, niepubl.). Zgodnie z art. 3 ZNKU "czynem nieuczciwej konkurencji" jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli

zagroza lub narusza interes innego przedsiębiorcy.” (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, CH.Beck 2014, wyd. 4, Legalis, komentarz do art. 7 ustawy)

- 3) „Przy rozpatrywaniu ograniczania uczciwej konkurencji bierze się pod uwagę przede wszystkim wykonawców i sposób oddziaływania opisu przedmiotu zamówienia na możliwość złożenia przez nich oferty. Jednak w wielu wypadkach należy brać też pod uwagę sytuację producentów, niekoniecznie będących wykonawcami w rozumieniu Prawa zamówień publicznych. Przepisy nie pozwalają bowiem nie tylko na taki opis przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony ograniczy krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia, ale także w taki sposób, który bez uzasadnionego powodu wyeliminuje wielu producentów, chociaż krąg wykonawców może być stosunkowo szeroki. Nie jest możliwe preferowanie w opisie konkretnego produktu, nawet jeżeli korzysta się z możliwości opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3. Jak wskazała KIO w wyr. z 20.3.2009 r. (KIO/UZP 285/09, Legalis), utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu niemal wszystkich potencjalnych producentów.” (J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, CH. Beck, wyd. 13, Legalis, komentarz do art. 29 ust. 3 ustawy).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie, a przede wszystkim **w sposób niczym nie uzasadniony**, ograniczył krąg potencjalnych wykonawców. Doszło więc do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. W kształcie opisanym w SIWZ przez Zamawiającego, eliminuje wszystkich poza jednym wykonawcą – firmą Skamex. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie:

- 1) „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2014 r., KIO 765/14, teza LexPolonica),
- 2) „Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek opisać przedmiot zamówienia tak, aby z jednej strony zapewnić sobie nabycie dóbr odpowiadających jego uzasadnionym potrzebom, z drugiej strony zapewnić dostęp do zamówienia jak największej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania. Cel ten może zostać osiągnięty przede wszystkim poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm, ewentualnie poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Ponadto zamawiający może oceniać pożądane przez siebie cechy zamawianego sprzętu w ramach kryteriów oceny ofert i przyznawać za nie dodatkowe punkty w celu wyboru oferty najkorzystniejszej również pod względem

technicznym, funkcjonalnym czy środowiskowym. Metodą wyboru oferty najbardziej odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego nie może być natomiast opis przedmiotu zamówienia powielający specyfikację techniczną sprzętu poszczególnych producentów.” (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2014 r. KIO/KD 35/14),

- 3) „Oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2013 r., KIO 2683/13),
- 4) „Opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób obiektywny, nieutrudniający uczciwej konkurencji, nie może zawierać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2013 r., KIO 1781/13),
- 5) „Opis przedmiotu zamówienia - zgodnie z dyrektywą wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - powinien być dokonany w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Oznacza to obowiązek wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia takich elementów, które będą wskazywały na jednego tylko producenta, przy czym w konkretnej sytuacji może to dotyczyć zestawienia cech, które razem brane pod uwagę może spełnić tylko jeden przedmiot. Powyższe postulaty winny być spełnione przy opisie przedmiotu zamówienia, niezależnie od prawa nabycia przez Zamawiającego przedmiotu czyniącego zadość jego uzasadnionym potrzebom.” (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2013 r., KIO/KD 67/13).

Zapisy SIWZ zawarte w Zadaniu nr 20 wskazują w sposób jednoznaczny na opis produktów producenta Sage oferowane w Polsce jedynie przez firmę Skamex. Zapisy zawarte w pozycjach od 1 i 3 wykluczają pozostałych wykonawców. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest w orzecznictwie jednoznacznie oceniany jako niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji: *„Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Utrudnianiem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca.”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2013 r., KIO 1314/13)

Odwołujący wskazuje, że następujące elementy opisu przedmiotu zamówienia wykluczają wszystkich innych – poza firmą Skamex – wykonawców lub producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, gdyby Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadnienie ograniczający uczciwą konkurencję.

Zamawiający opisał w Zadaniu nr 20, pozycji 1 i 3 następujący asortyment:

Pozycja 1: „Zestaw do toalety jamy ustnej w jednym fabrycznym opakowaniu 2 gąbki z **poprzecznym** pofałdowaniem pokryte dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z **dwoma** otworami ssącymi, z zagiętą końcówką ora **poziomą** manualną zastawką do regulacji siły odsysania, **7 ml** bezalkoholowego płynu do płukania jamy ustnej z 1,5% roztworem nadtlenu wodoru w **wyciskanej** saszetce, jedna saszetka z **2g** preparatu na zwilżającego do ust na bazie wodnej z **cetylpirydyną i Wit. E**. Każde pojedyncze opakowanie pełni funkcje pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego **przed** otwarciem opakowania. Oferowany zestaw jako element komponentu do całodobowej toalety jamy ustnej **o potwierdzonej badaniami klinicznymi** skuteczności w redukcji VAP.”

Pozycja 3: „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 z **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 funkcję 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. Zarejestrowany jako wyrób medyczny **klasy IIa**”

Ww. produktami dysponuje tylko jeden producent na świecie, tj. firma Sage Products. W Polsce wyłącznym dystrybutorem firmy Sage Products jest firma Skamex.

Pragniemy zauważyć, że takie wymagania nie tylko zawężają liczbę wykonawców do jednego - firmy Skamex, ale i nie mają uzasadnienia logiczno-prawnego. Szczegółowy opis dokładnej ilości płynu do płukania jamy ustnej, sposoby klasyfikacji zestawów, sposób otwierania opakowania i saszetek z płynami, ilość otworów ssących nie ma uzasadnienia praktycznego. Jest to jednoznacznie opisany produkt firmy Sage Products, której wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex.

W tym miejscu warto wskazać, iż w doktrynie taki opis jakiego dokonał Zamawiający jest uważany za naruszenie uczciwej konkurencji: „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 również nadmienić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.” (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów poprzez dopuszczenie produktów alternatywnych / równoważnych umożliwiając złożenie oferty większej liczbie wykonawców :

Zadanie nr 20:

Pozycja 1: „Zestaw do toalety jamy ustnej w jednym fabrycznym opakowaniu 2 gąbki z pofałdowaniem pokryte dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z otworami ssącymi, z zagiętą końcówką oraz manualną zastawką do regulacji siły odsysania, min. 7 ml bezalkoholowego płynu do płukania jamy ustnej z 1,5% roztworem nadtlenku wodoru w saszetce, jedna saszetka z min. 2g preparatu na zwilżającego do ust na bazie wodnej z substancją oczyszczającą i nawilżającą. Każde pojedyncze opakowanie pełni funkcje pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw jako element komponentu do całodobowej toalety jamy ustnej skuteczny w redukcji VAP.”

Pozycja 3: „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 pofałdowaniem. Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej skuteczny w redukcji VAP. Zarejestrowany jako wyrób medyczny, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, tj. elementy zestawu podłączane do ssaka zarejestrowane jako wyrób medyczny klasy IIa”.

Wnosimy jednocześnie o odstąpienie od wymogu posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na prowadzenie hurtowej sprzedaży leków w zakresie Zadania 20. Produkty zawarte w Zadaniu 20 nie są lekami oraz nie wymaga się koncesji farmaceutycznej ani innego zezwolenia w związku z sprzedażą tych produktów.

Zaproponowany opis przedmiotu zamówienia umożliwia złożenie oferty większej liczbie wykonawców, jednocześnie nie ogranicza uczciwej konkurencji.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpłaty od odwołania
2. Dowód przesłania kopii Zamawiającemu
3. Wydruk z KRS
4. Pełnomocnictwo