**Sekcja Zamówień Publicznych**

**Oś. Na Skarpie 66**

**31-913 Kraków**

**Pismo: ZP/2/2019/9** Kraków dnia: 2019-05-13

# ZAWIADOMIENIE

# O wniesieniu odwołania

W związku z wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2019-05-10 odwołania, dotyczącego postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) w trybie **przetarg nieograniczony**, na:

**Dostawa niesterylnego sprzętu jednorazowego i wielorazowego użytku**.

Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy w załączeniu przekazujemy kopię odwołania jednocześnie wzywając Państwa do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Prosimy o zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania według zasad określonych w art. 185 ust. 2 ustawy.

*Zamawiający*

*Dr n med. Jerzy Friediger – Dyrektor Szpitala*

Raszyn, dnia 10.05.2019r. Nasz znak: MLP/912/19

Do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego SPZOZ w Krakowie os. Na Skarpie 66

31-913 Kraków

Tel.: 622 94 13, 622 94 87

Faks: 644 47 56

e-mail: zpublQ©zeromski-szpital.pl

Adres strony internetowej: www.zeromski-szpital.pl

Odwołujący:

MEDLAB PRODUCTS SP. Z O.O. UI. Gałczyńskiego 8

05-090 Raszyn

Tel.: +48 22 7203512

Faks: +48 22 8462926

e-mail: mlp.biuroQmedlab-products,com.pl

Przedmiot zamówienia: „Dostawa niesterylnego sprzętu jednorazowego i wielorazowego użytku” Numer referencyjny: ZP/2/2019

Wskazanie numeru Biuletynu Zamówień Publicznych albo Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu — Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, numer ogłoszenia 2019/S8 084-198912 data zamieszczenia ogłoszenia: 30.04.2019r.

Wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie: platforma przetargowa https://e-ProPublico.pl

Termin ukazania się specyfikacji istotnych warunków zamówienia: 30.04.2019r. na stronie www.zeromski-szpital.pl oraz https://e-ProPublico.pl

MEDLAB-PRODUCTS Sp. z 0.0. Biuro: tel.: 22 720 35 12, nę 2166

ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn Dział Handlowy: tel.: 22 720

NIP: 522-000-30-55, Numer Rejestrowy 000033562 Dział Sprzedaży i Obsługi Klienta: tel.: 22 720 35 04 KRS 0000100180, Sąd Rej. M. St. Warszawy, XIV Wydz. Gosp. KRS e-mail: mip.biuro© medlab-products.com.pl / .

Kapitał zakładowy 111.720,00 PLN www.medlab-products.com.pl WL

 **ODWOŁANIE**

Wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w szczególności - wobec opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa niesterylnego sprzętu jednorazowego i wielorazowego użytku”. Numer referencyjny: ZP/2/2019

W imieniu Medlab Products Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ul. Gałczyńskiego 8, zwanym dalej „Wykonawcą” lub „Odwołującym”, działając na podstawie art. 182 ust. 2 w związku z art. 180 ust. 2 pkt. 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wobec opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa niesterylnego sprzętu jednorazowego i wielorazowego użytku”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty w wysokości 144.000 euro (sygnatura postępowania: ZP/2/2019), zwanym dalej „Postępowaniem”.

1. Zamawiającemu zarzucam działanie niezgodne z przepisami Ustawy poprzez podjęcie następujących czynności w Postępowaniu:
* opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, w sposób pośredni, źródła pochodzenia produktów, co prowadzi do 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,
* Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Il. Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:
* art. 29 ust. 1, 2 i 3 wzw. z art.7 ust. 1 Ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i opisanie przedmiotu postępowania w taki sposób, że możliwe jest zaoferowanie tylko produktów jednego wytwórcy mimo, że na rynku istnieje co najmniej kilka równoważnych grup produktów.

ill. Mając na względzie powyższe, wnoszę o:

Uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

1. Nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, poprzez:

A. Odstąpienie od wymogu zawartego w Załączniku nr 2 do SIWZ znajdującego się pod tabelą asortymentowo - cenową Zadanie 22 - Warunek 1 „Zamawiający wymaga aby wszystkie elementy systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej pochodziły od jednego producenta. W przypadku zaoferowania asortymentu od różnych producentów, Zamawiający wymaga dołączenia oświadczeń od producentów poszczególnych elementów potwierdzających wzajemną kompatybilność zaoferowanych elementów systemów” poprzez zmianę zapisu tego punktu, na następujący:

„Zamawiający wymaga aby wszystkie elementy systemu zamkniętego \_do pobierania *krwi\_żytnej* pochodziły od jednego wytwórcy -—- w przypadku zaoferowania części systemu różnych wytwórców - wykonawca musi złożyć oświadczenie o kompatybilności elementów systemu. zgodnie z wymogiem art. 30 ust 1 pkt. 1 Ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych."

Dla wyjaśnienia: System zamknięty pobierania krwi żylnej to zespół wyrobów takich jak: próbówki, igły,

wkłucia, uchwyty, adaptery, itp. wzajemnie dła siebie przeznaczonych i ze sobą współpracujących i kompatybilnych, przeznaczonych do pobierania krwi z żyły pacjenta w celu jej zbadania w sposób chroniący środowisko przez kontaktem z nią oraz jej spreparowania do tych badań

B. Odstąpienie od wymogu zawartego w Załączniku nr 2 do SIWZ znajdującego się pod tabelą asortymentowo - cenową Zadanie 22 - Warunek 2 „Probówki z zakręcanymi korkami za wyjątkiem probówki do OB z pozycji nr 14”

V. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy.

1. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy i dyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący pozbawiony zostaje możliwości złożenia ważnej oferty i ubiegania się o zamówienie w niniejszym postępowaniu, co narusza jego interes prawny i finansowy.
2. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Ustawy.
3. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 30.04.2019r. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 2 ust. 1 Ustawy został zachowany.
4. Odwołujący przesłał przy użyciu środków komunikacji publicznej kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 10.05.2019r. tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pt.: „Dostawa niesterylnego sprzętu jednorazowego i wielorazowego użytku” Numer referencyjny: ZP/2/2019.

Przedmiot zamówienia obejmuje 37 niepodzielnych części i został szczegółowo opisany w tabelach asortymentowej, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ. W przypadku Zadania 22 pod tabelą asortymentowo - cenową Zamawiający zamieścił wymogi, które oferowane produkty muszą spełniać.

Naruszenie art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, nastąpiło przez opisanie przedmiotu zamówienia poprzez pośrednie wskazania źródła pochodzenia elementów składowych systemu zamkniętego w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez Odwołującego.

System zamknięty pobierania krwi żylnej to zespół wyrobów wzajemnie dla siebie przeznaczonych

Ad.A

Pod tabelą asortymentowo-cenową został zawarty następujący parametr wymagany: „Zamawiający wymaga aby wszystkie elementy systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej pochodziły od jednego producenta. W przypadku zaoferowania asortymentu od różnych producentów, Zamawiający wymaga dołączenia oświadczeń od producentów poszczególnych elementów potwierdzających wzajemną kompatybilność zaoferowanych elementów systemów."

Tak postawiony parametr graniczny narusza w sposób istotny art. 29 ust. 3 Ustawy, bowiem prowadzi do uprzywilejowania jednego wykonawcę i do wyeliminowania produktów oferowanych przez innych wykonawców mogących w sposób należyty wykonać zamówienie publiczne.

Po pierwsze - Zamawiający nie określił, których pozycji w Zadaniu nr 22 dotyczy ten wymóg, czy całego asortymentu objętego Zadaniem nr 22, czy tylko niektórych pozycji. Jeśli tak - to które, zdaniem Odwołującego wyroby z pozycji 15,16, 28, 29, 30 Zadania 22 nie należą do wyrobów zaliczanych do systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej i jako takie nie muszą być kompatybilne z jego elementami, czyli pozostałymi wyrobami z Zadania 22, ani pochodzić od tego samego producenta.

Natomiast w podanym przez Zamawiającego zapisie wymóg ten obejmuje cały asortyment zawarty w tym zadaniu to znaczy, że obejmuje on także pozycje asortymentowe nie stanowiące powszechnie rozumianego systemu zamkniętego i z nim nie współpracujące (poz. 15, 16, 28, 29, 30). Zatem umieszczenie ich w pakiecie z produktami systemu zamkniętego i wymaganie, aby pochodziły od tego samego producenta co wyroby systemu i były z nim kompatybilne, jest sztuczne i służy, przy postawionym wymogu pochodzenia wszystkich wyrobów z zadania od jednego producenta, jedynie uniemożliwieniu złożenia ważnej oferty przez wielu potencjalnych wykonawców w tym Odwołującego, co stanowi ewidentny i rażący dowód naruszenia - art. 29 ust. 3 Ustawy. Produkty takie jak „probówki do mikrometody”, czy strzykawki do gazometrii, których używa się niezależnie od systemu zamkniętego, a także stazy (uciskowe opaski naramienne), które co prawda uczestniczą w procesie pobierania krwi, to jednak nie muszą być z tym systemem kompatybilne, nie tylko nie muszą, ale na ogół nie pochodzą od tego samego producenta co wyroby systemu zamkniętego. Jeśli zatem Zamawiający postawił taki wymóg, to zdaniem Odwołującego tylko dlatego, aby wyeliminować część wykonawców z ubiegania się o zamówienie publiczne.

Jeśli natomiast wymóg „jednego producenta”, obejmuje tylko wybrane pozycje to określenie, których pozycji dotyczy ten wymóg jest uznaniowe i może być przedmiotem późniejszych sporów między Zamawiającym a wykonawcą, jeśli okazałoby się, że wykonawca inaczej zinterpretował ten wymóg graniczny, niż Zamawiający. Jak również nie wypełnia wymogu opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Po drugie — Zamawiający wymagając, aby wszystkie elementy systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej pochodziły od jednego producenta, dopuścił co prawda odstępstwo od tego wymogu, ale postawił jednocześnie warunek, który nie jest możliwy do spełnienia, a mianowicie postawił wymóg, iż „przypadku zaoferowania asortymentu od różnych producentów, Zamawiający wymaga dołączenia oświadczeń od producentów poszczególnych elementów potwierdzających wzajemną kompatybilność zaoferowanych elementów systemów”.

Tak więc, jakkolwiek Zamawiający dopuścił do wystawienia takich oświadczeń, bowiem narzuca to Ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, to jest to dopuszczenie tylko pozorne bowiem:

* obowiązek sprawdzenia i potwierdzenia takiej kompatybilności spoczywa, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, na wprowadzającym je na rynek, a więc w tym wypadku na Wykonawcy, a nie na producencie czy wytwórcy,
* wystawienie oświadczeń o kompatybilności dla wszystkich wyrobów z zadania jest niemożliwe co wykazaliśmy powyżej.

Wyjaśniając szczegółowo, tak postawiony warunek graniczny nie jest możliwy do spełnienia, ponieważ nie jest możliwie uzyskanie oświadczeń od producentów, gdyż:

W Ustawie z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, ustawodawca posłużył się pojęciem Wytwórcy. Definiując je w następujący sposób:

1. Wytwórca:
2. podmiot odpowiedzialny za projektowanie, wytwarzanie, pakowanie i oznakowanie wyrobu przed wprowadzeniem go do obrotu pod nazwą własną, niezależnie od tego, czy te czynności wykonuje on sam, czy w jego imieniu inny podmiot,
3. podmiot, który montuje, pakuje, przetwarza, całkowicie odtwarza łub oznakowuje gotowy produkt lub nadaje mu przewidziane zastosowanie, w celu wprowadzenia go do obrotu jako wyrobu pod nazwą własną, z wyjątkiem podmiotu, który montuje lub dostosowuje wyroby już wprowadzone do obrotu, w celu ich przewidzianego zastosowania przez indywidualnego pacjenta;

(art. 2 ust 45 Ustawy z dnia 20 maja 2010r o wyrobach medycznych (Dz.U. 2010 nr 107, poz. 679 z późniejszymi zmianami).

Natomiast pojęcie „producent” nie istnieje w Ustawie z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych czyli ich nie dotyczy. Można zatem stwierdzić, producent czyli jednostka produkująca fizycznie wyrób nie występuje w obrocie wyrobów medycznych, a wręcz często stanowi tajemnicę handlową wytwórcy. Dlatego też Zamawiający nie może żądać oświadczeń od producentów poszczególnych elementów systemu zamkniętego. Może natomiast, w przypadku gdy poszczególne elementy systemu zamkniętego nie pochodzą od jednego wykonawcy, żądać oświadczenia o kompatybilności tych elementów, przy czym zgodnie z art. 30 ust 1 pkt. 1 Ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, oświadczenie takie składa „podmiot, który w celu wprowadzenia do obrotu jako system lub zestaw zabiegowy zestawia razem wyroby medyczne oznakowane znakiem CE, nie przekraczając ich przewidzianego zastosowania i ograniczeń w używaniu określonych przez ich wytwórców” potwierdza złożonym oświadczeniem, że „zweryfikowano wzajemną kompatybilność wyrobów medycznych zgodnie z instrukcjami wytwórców i przeprowadzono wskazane w nich działania zgodnie z tymi instrukcjami”.

Zatem, w świetle obowiązujących przepisów prawa oświadczenie złożone przez dostawcę (Wykonawcę), w szczególności jeśli może przedstawić on dowody na istnienie takiej kompatybilności, jest wystarczające i gwarantuje właściwą współpracę oferowanych wyrobów medycznych.

Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający tylko pozornie dopuścił, aby elementy systemu pochodziły od różnych producentów. Wymagając oświadczenia o kompatybilności

elementów systemu od producentów, a nie od wykonawcy doprowadził do sytuacji, że złożenie takich oświadczeń jest niemożliwe i wykonawca oferujący produkty pochodzące od różnych wytwórców i tak nie będzie mógł złożyć ważnej oferty w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji tego, ważną ofertę będzie mógł złożyć tylko wykonawca, który zaoferuje wyroby od jednego wytwórcy(producenta) i spełni warunek, o którym mowa w punkcie B. Będzie to więc tylko jeden Wykonawca, bowiem pozostali działający na rynku wykonawcy nie będą spełniali jednego, bądź obu wymogów Zamawiającego od których odwołuje się w niniejszym odwołaniu Odwołujący (wykonawca)

Niezależnie od powyższego, postawiony przez Zamawiającego wymóg pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta (wytwórcy) nie jest konieczny do zapewnienia kompatybilności wszystkich elementów systemu zamkniętego. Wytwórcy produktów systemów podciśnieniowego pobierania krwi produkują je według ogólnie przyjętych standardów i norm, które powodują, że można je używać zamiennie od różnych producentów tak samo jak igły i strzykawki.

Ad. B

Odwołujący twierdzi, że parametr graniczny zdefiniowany w sposób następujący: „Probówki z zakręcanymi korkami za wyjątkiem probówki do OB z pozycji nr 14”, narusza w sposób istotny art. 29 ust. 3 Ustawy, bowiem prowadzi do uprzywilejowania jednego wykonawcę i do wyeliminowania produktów oferowanych przez innych wykonawców mogących w sposób należyty wykonać zamówienie publiczne.

Na rynku polskim Odwołującemu znany jest tylko jeden system zamknięty do pobierania krwi żylnej posiadający probówki zakręcane. Jest to system Vacuette, firmy Greiner-Bio- One, który w Polsce jest dystrybuowany przez wykonawcę - firmę Eclipse Sp. z 0.0. sp. k,

Dlatego Odwołujący uważa, że parametr „Probówki z zakręcanymi korkami za wyjątkiem probówki do OB z pozycji nr 14” został wprowadzony do specyfikacji wyłącznie w celu ułatwienia uzyskania zamówienia publicznego jednemu z Wykonawców, bez jakichkolwiek podstaw merytorycznych. Brak jest bowiem jakichkolwiek dowodów, że probówki zakręcane, których żąda Wykonawca, mają jakieś inne dodatkowe cechy użytkowe czy funkcjonalne, istotne dla Zamawiającego których nie posiadają probówki z korkiem wciskanym. Tak więc postawiony przez Zamawiającego w SIWZ wymóg probówek zakręcanych, nie jest cechą istotną i jakościowo ważną dla Zamawiającego dającą probówkom o takim rozwiązaniu konstrukcyjnych przewagę jakościową nad rozwiązaniem konstrukcyjnym probówek z korkami wciskanymi oferowanymi praktycznie przez wszystkich innych wytwórców na świecie. Chociażby oferowanych przez Odwołującego.

Za zasadnością takiego twierdzenia przemawia również fakt, że Zamawiający w pozycji 14 nie wymaga probówki zakręcanej, czyni tak tylko dlatego, że system, którego wyboru chce dokonać, posiada w tej pozycji probówkę wciskaną, tak jak inni wytwórcy i nie może zaoferować probówki zakręcanej.

W rzeczywistości takie rozwiązanie konstrukcyjne stanowi wadę wchodzących w skład systemu probówek. Probówki zakręcane, które jako jedyne zostały dopuszczone do zaoferowania w niniejszym postępowaniu i są wymagane przez Zamawiającego posiadają stare rozwiązanie konstrukcyjne powstałe na początku lat dziewięćdziesiątych dlatego, że ich wytwórca nie był w stanie rozwiązać problemu szczelności „korek wciskany + probówka” i zapewnić właściwy poziom próżni, a co za tym idzie właściwy poziom pobierania krwi.

 (u Wszyscy inni wytwórcy i oferenci systemów podciśnieniowych, a jest ich w Polsce ok. 10, a na świecie co najmniej kilkuset, oferują rozwiązanie konstrukcyjne z korkami wciskanymi, które również pozwala na otwieranie ich ruchem obrotowym, a na dodatek takie otwieranie wymaga mniejszej siły, co czyni je bardziej ergonomicznym dla pracowników taboratoriów i pielęgniarek. Należy tu też dodać, że ostatecznie i firma Greiner-Bio-One rozwiązała ten problem po wygaśnięciu patentu firmy Becton Dickinson Ltd i obecnie oferuje także probówki z korkami wciskanymi jako nowocześniejsze.

Norma PN-EN ISO 6710: 2018-01E „Pojemniki jednorazowego użytku do pobierania od ludzi próbek krwi żylnej” nie definiuje w żaden sposób korków gwintowanych (zakręcanych) jako preferowanych dla tego rodzaju pojemników (probówek). Zaznacza jedynie, iż jeśli przewidywane jest otwieranie pojemników (probówek) należy je zaprojektować w sposób umożliwiający ich „otwieranie za pomocą uchwytu palcami i/lub środkami mechanicznymi....” oraz zaleca, aby „pojemniki na próbki były zabezpieczone przed nieoczekiwanym wylaniem zawartości w trakcie otwierania” (Rozdział 6 ww. wspomnianej Normy) — w załączeniu strona Normy zawierająca Rozdział 6

W \_\_świetle powyższego Odwołujący twierdzi, że nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego, aby preferować jeden sposób zamykania probówek w sytuacji, kiedy oba rodzaje zamykania probówek podciśnieniowych („na gwint” lub „wciskane”) w takim samym stopniu zapewniają optymalną ochronę i bezpieczeństwo personelu przed kontaktem z krwią pacjenta, zabezpieczają przed wydostaniem się z probówki krwi się w niej znajdującej, eliminują efekt aerozolowy przy otwieraniu oraz umożliwiają wielokrotne zdejmowanie i zakładanie korków na probówkę z jednoczesnym zachowaniem szczelności zamknięcia.

Tym samym wymaganie przez Zamawiającego probówek zakręcanych jako jedynych dopuszczalnych, jest jawnym preferowaniem wyrobów konkretnego wytwórcy i wykonawcy i stoi w sprzeczności z zapisem art. 7 oraz art. 29 Ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem nie zostaje spełniony ani wymóg bezstronności i obiektywizmu, ani wymóg opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie powinien doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców.

Należy stwierdzić, że wprowadzony wymóg probówek zakręcanych nie ma na celu wybranie oferty korzystnej dla Zamawiającego zarówno jakościowo, jak i ekonomicznie, ale doprowadzenie do wyboru z góry wytypowanego Wykonawcy, nawet jeśli jego oferta będzie o wiele droższa od takiej, która w pełni spełniałaby potrzeby Zamawiającego.

Jeżeli Zamawiający żąda „probówek zakręcanych” ze względu na jakieś ich specjalne cechy, które nie są znane Odwołującemu, mimo sprzedaży przez niego takich systemów przez ponad 25 lat, to powinien w SIWZ te wymagane cechy wyrobu określić, a nie narzucać unikalne rozwiązanie konstrukcyjne preferujące jedynie jednego wykonawcę.

Nie ważne jest bowiem rozwiązanie konstrukcyjne, tylko cecha, którą powinny posiadać wyroby. Zamawiający, w celu zachowania obiektywizmu, aby zapewnić optymalną jakość systemu, zamiast stawiać warunek graniczny: „Probówki z zakręcanymi korkami”, powinien postawić wymóg, aby zamknięcia probówek zapewniały optymalną ochronę personelu przed kontaktem z krwią pacjenta, eliminowały efekt aerozolowy przy otwieraniu oraz umożliwiały wielokrotne zdejmowanie i zakładanie z jednoczesnym zachowaniem szczelności zamknięcia. Jeśli takich cech wymaga i są dla niego istotne.

Tak więc brak jest jakichkolwiek podstaw formalnych i merytorycznych do postawienia takich wymogów, jakie postawił Zamawiający, a od których Odwołujący (Wykonawca) składa niniejsze odwołanie.

W uchwale KIO z dnia 7 sierpnia 2009 roku (KIO/KD 20/09) wskazano, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia bez uzasadnionej przyczyny, przeczy zasadom określonym w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy.

Uchwała KIO z dnia 4 kwietnia 2016 sygn. KIO/KD/21/16 wyraźnie wskazuje, że „sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca\_\_ stanął jednoznacznie na\_ stanowisku, iż zamawiający nie może *w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio*  lub *nawet* pośrednio \_\_godziłby vw wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora”.

W wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 2/09 czytamy: „1. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb Zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, Zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne. 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 eliminować konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych."

Konkludując postawienie wymogu „jednego producenta” lub niemożliwego do spełnienia wymogu przedstawienia oświadczeń producentów poszczególnych elementów systemu, w przypadku zaoferowania asortymentu od różnych producentów (wytwórców), oraz probówek z korkami zakręcanymi jest opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób charakteryzujący produkty jednego wytwórcy, co prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych, co narusza wprost zapisy art. 29 ust. 3 Ustawy.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. zart. 7 ust. i Ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia godzące w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, należy wskazać również, co następuje:

Zgodnie z zapisem ust 2 art. 29 ustawy: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”

Pojęcie sposobów naruszenia uczciwej konkurencji o którym mowa w art. 29 ust. 2 zostało doprecyzowane w wyroku KIO z dnia 22.01.2009r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie ż 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 — poprzez wskazanie parametrów prowadzi

do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego."

„Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób określający konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez Zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.” Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: "Przepis art. 29 ust. 2 usławy P.z.p. zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąq wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego." Uchwała KIO z dnia 4 kwietnia 2016 sygn. KIO/KD/21/16

Właśnie z taką sytuacja mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający poprzez wprowadzenie wymogu, aby wszystkie elementy pobierania krwi pochodziły do jednego producenta, a w przypadku gdy nie pochodzą - wymaga przedstawienia oświadczeń do producentów poszczególnych elementów potwierdzających wzajemną kompatybilność zaoferowanych elementów systemów, który to wymóg jest niemożliwy do spełnienia, ze względów opisanych powyżej, wymaganie probówek posiadających zakręcane korki doprowadził do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego, który również byłby w stanie złożyć ważną i zgodną z przepisami prawa ofertę, gdyby nie wykluczające go parametry graniczne, wskazane powyżej, których wprowadzenie uprzywilejowuje jednego dostawcę, choć nie gwarantuje wyższej jakości oferowanych produktów. Tym samy określone dla Zadania 22 wymogi mogą zostać spełnione tylko przez jednego wytwórcę, co narusza wprost zasadę określoną w art. 29 ust 2 Ustawy o zamówieniach Publicznych. W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.
J. Godlewski

Załączniki:

1. Aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości 15000 zł.
3. Dowód przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu

Strona Normy PN-EN ISO 6710: 2018-01E „Pojemniki jednorazowego użytku do

pobierania od ludzi próbek krwi żylnej” zawierająca Rozdział 6

MEDLAB PRODUCTE Sp. Z 0.0 KRS 0000300180, FIKD 48462 REGON 006216920 06-090 Haszyk ut. Oałkzyńskiego B tel. (022) 11619 40. fax (022) £46-29-20