



Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.  
Ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa  
NIP: 951-17-61-348

Tel. +48 22 3191352/53  
Fax +48 22319 14 38

Warszawa, dnia 04 styczeń 2019 r.

**Odwołujący:**

**Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.**

Ul. Postępu 21b

02-676 Warszawa

Tel. 22 319 13 52

Fax. 22 319 14 38

email: [przetargi.add@abbott.com](mailto:przetargi.add@abbott.com)

**Zamawiający:**

**Wojewódzki Specjalistyczny Szpital**

**Im. dr Wł. Biegańskiego**

Ul. Kniaziewicza 1/5

91-347 Łódź

Tel./fax 42 251 61 66

email: [zampubliczne@bieganski.com.pl](mailto:zampubliczne@bieganski.com.pl)

[www.platformazakupowa.pl/szpital\\_bieganskiego](http://www.platformazakupowa.pl/szpital_bieganskiego)

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

Warszawa (02-676)

Ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)

Biuro Odwołań

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników i dzierżawa analizatora do Pracowni Biochemii i Immunochemii.

**Nr sprawy:** ZP 63/18

## **ODWOŁANIE**

**Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2018/S S248 z dnia: 26 grudnia 2018 r.**

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. – dalej jako PZP lub ustawa), wnosimy odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy na dostawę odczynników i dzierżawę analizatora do Pracowni Biochemii i Immunochemii.



**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż: dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, czym uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone następujące przepisy:**

- 1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych** tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy** poprzez określenie opisu 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;
- 3. 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
- 4. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy** poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia **w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;**
- 5. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7** poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego
- 6. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych** tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście
- 7. Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.**

## **UZASADNIENIE**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w ustawy.

Po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia, Odwołujący ustalił, że Zamawiający poprzez tendencyjne zestawienie parametrów granicznych jednoznacznie wskazuje na możliwość złożenia ważnej oferty wyłącznie jednej firmie!



Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i 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.

Nadmienić trzeba, że nie ma żadnej ważnej przyczyny dlaczego żaden inny podmiot nie może złożyć oferty w tym „publicznym” przetargu, który do momentu zmiany zapisów jest w sposób rażący sprzeczny z prawem i to nie tylko z przepisami PZP, ale przy obecnych zapisach nawet przepisami prawa o charakterze penalnym.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a ustawy, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ.

Ergo zablokowanie możliwości złożenia oferty konkurencyjnej dokonane poprzez manipulację nieistotnymi parametrami opisywanego sprzętu oraz odczynników naraża nas na szkodę i tym samym posiadamy interes w skutecznym złożeniu odwołania.

**UWAGA!** Odwołujący zwraca uwagę, że manipulacja ta polega na tym w szczególności, że istnieją analizatory, które posiadają parametry spełniające poszczególne kwestionowane w odwołaniu zapisy SIWZ. Jednak wszystkie zapisy SIWZ łącznie w obecnym kształcie dyskwalifikują jakąkolwiek konkurencję – nie ma analizatora, który poza analizatorami firmy Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. spełniałby wszystkie zapisy SIWZ.

Ergo analizatory firmy Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. jako jedyne spełniają wymagania SIWZ w sztucznie skompilowanej „mozaice” wszystkich punktów SIWZ, zatem wszystkie te części może wygrać tylko jego jedyny Wykonawca.

Podobnie jak w przypadku tzw. parametrów odcinających czy inaczej zwanych „wymaganych” ma się także sytuacja z tzw. parametrami ocennymi. Tutaj także zamawiający dokonuje manipulacji poprzez taki ich dobór aby zmaksymalizować korzyści z góry wskazanego wykonawcy. Co najważniejsze kwestionujemy, aby za ich kompilacją stało uzasadnienie merytoryczne wynikające z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. Tym samym ich dobór jest prostym wynikiem naruszenia zasad uczciwej konkurencji dlatego podobnie jak w przypadku tzw. parametrów odcinających (wymaganych) występujemy o nakazanie ich zmiany w sposób opisany w odwołaniu.

□□□□□□



### **Zarzuty i uzasadnienie:**

1. Zgodnie z punktem 8.2 SIWZ Zamawiający wymaga, aby:

Dostarczone platformy muszą mieć możliwość wykonania pełnego panelu badań w zależności od potrzeb Zamawiającego. Jednak Załącznik numer 4 wskazuje, że część parametrów ma być wykonywana tylko na platformie głównej a część tylko na platformie dodatkowej, co jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie chce, aby obie platformy były jednakowe i stanowiły dla siebie backup.

Taki układ parametrów wykonywanych na platformach wskazuje jako wykonawcę tylko jedną firmę – firmę Roche i nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego.

Dlatego wnosimy o dopuszczenie zmian możliwości wykonywanych oznaczeń pomiędzy platformą główną i pomocniczą, co pozwoli na złożenie oferty innym firmom.

**Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:**

**Dostarczone platformy muszą mieć możliwość wykonania badań wskazanych w załączniku numer 2 z możliwością dowolnej konfiguracji testów pomiędzy platformą główną i pomocniczą.**

2. Zamawiający poprzez arbitralny rozkład testów pomiędzy analizator biochemiczny i immunochemiczny w sposób jednoznaczny określa wykonawcę i wskazuje firmę Roche jako jedyne Wykonawcę.

**Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmian w Załączniku nr 1 dla testów:**

**NGAL – możliwość oznaczania w części immunochemicznej**

**IgE, Digoksyna - możliwość oznaczania w części biochemicznej**

3. W Załączniku numer 4 Zamawiający wymaga, aby test do oznaczania PTH był III generacji, co jednoznacznie wskazuje firmę Roche jako jedyne możliwe wykonawcę, gdyż tylko firma Roche posiada test do oznaczania PTH III generacji.

Wymagania dostarczenia testu III generacji nie ma uzasadnienia merytorycznego, gdyż zgodnie z literaturą korzyści z pomiaru PTH testem II generacji oraz zakresy referencyjne dla tego testu nie zostały jeszcze zdefiniowane. Obecnie opublikowane zakresy referencyjne są ustalone dla testów drugiej generacji i nie mogą być stosowane dla testów trzeciej generacji

**Dlatego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu w Załączniku numer 1 pozycja nr 43 na intactPTH**

4. Zamawiający wymaga w punkcie nr 10 Załącznika nr 4: Zestawienie parametrów granicznych systemu Biochemiczno- Immunochemicznego, aby parametry Cholesterol całkowity, LDH, Amylaza były wykonywane w płynach z jamy otrzewnej.



**Odwołujący wnosi o zmianę ww. zapisu na:**

**Możliwość wykonywania badań w surowicy, osoczu, moczu, PMR, płyn z jamy otrzewnej (Cholesterol całkowity, LDH, Amylaza w oparciu o aplikację i odczynniki dla surowicy ) i krwi pełnej (HbA1C)**

Taki sposób oznaczenia umorzyli prawidłową diagnostykę różnicowania płynów z jam ciała (przesiek/wysięk) w oparciu o literaturowe standardy „diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod redakcją prof. dr hab. A. Dębińska Kieć i prof. dr hab. J. W. Naskalski.

5. Zamawiający w punkcie 34 i 35 Załącznika nr 1 w sposób arbitralny domaga się diagnostyki zakażenia HAV poprzez ocenę przeciwciał anty-HAV total czyli łącznie antyHAV IgG plus IgM oraz antyHAV IgM.

Taki zapis jednoznacznie wskazuje firmę Roche jako jedyne go możliwego wykonawcę, gdyż tylko firma Roche posiada test do oznaczania HAV total i HAV IgM.

Odwołujący proponuje zastosowanie zalecanej obecnie oceny obecności przeciwciał osobno antyHAV IgG oraz w klasie IgM (antyHAV IgM).

Dowodem zakażenia HAV jest stwierdzenie przeciwciał anty HAV IgM w surowicy, które pojawia się 18 do 41 dni po zakażeniu i utrzymuje się przez kilka miesięcy. W okresie zdrowienia pojawiają się antyHAV IgG, które początkowo współlistnieją z antyHAV IgM, ale później nie znikają, do końca życia stanowiąc dowód na odporność przed HAV.

*„ Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod redakcją prof. dr hab. A. Dębińska Kieć i prof. dr hab. J. W. Naskalski.*

Oznaczenie antyHAV w klasie IgG a nie Total jest zatem bardziej klinicznie użytecznym testem służącym nie tylko do oceny zakaźności, ale i do odporności na HAV w fazie późniejszej.

**Odwołujący wnosi zatem o zmianę zapisu w punkcie 34 Załącznika nr 1 na HAV IgG lub HAV total.**

6. Zamawiający wymaga w punkcie 13 Wymogi dla platformy biochemiczno-immunochemicznej wiodącej oraz 16 Wymogi dla platformy biochemiczno-immunochemicznej pomocniczej Załącznika nr 4: Eliminacja kontaminacji w części immunochemicznej – jednorazowe końcówki dozującej.

Firmy produkujące analizatory mają różne rozwiązania eliminujące kontaminację w swoich analizatorach. Mogą to być końcówki jednorazowe tak jak ma w swoim analizatorze firma Roche lub system mycia sond tak jak ma to Odwołujący.

Poprzez określenie sposobu eliminacji kontaminacji Zamawiający ogranicza konkurencję i możliwość złożenia oferty firmom, które również mają systemy eliminujące kontaminację.



**Odwołujący wnosi o zmianę ww. zapisu na:**

**Eliminacja kontaminacji w części immunochemicznej poprzez końcówki jednorazowe lub system mycia sond. Efekt przeniesienia z sondy próbkowej  $\leq 0.10$  ppm (surowica, osocze, moczu lub płyn mózgowo-rdzeniowy) – potwierdzone w instrukcji analizatora.**

7. Zamawiający wymaga w punkcie 1 w Zestawieniu parametrów ocenianych Załącznika nr 4 i przyznaje 10 punktów Troponinie T.

Zgodnie z wytycznymi ETK oraz PTK zarówno Troponina T jak i Troponina I mają równocenną wartość diagnostyczną.

Aktualnie również podkreśla się wady Troponiny T wynikające z cech analitycznych oraz ich potencjalny wpływ na postępowanie kliniczne. Wysokoczulý test do oznaczania Troponiny I posiada punkty odcięcia dla zawału (99-ty percentyl URL) specyficzne dla obu płci, co jest zgodne z IV Uniwersalną Definicją Zawału. Ponadto, zgodnie z informacjami zawartymi w najnowszych wytycznych „Nie odnotowano wzrostu Troponiny I w następstwie uszkodzenia tkanek poza sercem. Sytuacja jest bardziej złożona w przypadku Troponiny T. Dane biochemiczne wykazały, że uszkodzone mięśnie szkieletowe wykazują ekspresję białek, które są wykrywane przez testy do oznaczania Troponiny T, prowadząc do sytuacji gdzie wzrost Troponiny T mogą pochodzić z mięśni szkieletowych. Ostatnie dane wskazują, że częstość występowania tych wzrostów bez istnienia choroby niedokrwiennej serca może być wyższa niż początkowo uważano”.

Testy do oznaczania Troponiny T charakteryzują się mniejszą swoistością narządową w diagnostyce OZW. Swoistość narządowa, Troponiny I jest szczególnie istotna, dla prawidłowego rozpoznania AMI już na poziomie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego, do którego trafiają pacjenci niewyselekcjonowani pod względem kardiologicznym, często z urazami wielonarządowymi, gdzie istotne jest posiadanie możliwości odróżnienia pochodzenia troponiny, obecnej w surowicy pacjenta (np. czy pochodzi z mięśniówki, zmiażdżonej podczas wypadku samochodowego, czy jest konsekwencją uszkodzenia mięśnia sercowego w przebiegu zawału serca). Wpisanie do SIWZ Troponiny I ma na celu wyeliminowanie wpływu uszkodzonych mięśni szkieletowych na diagnostykę różnicową na SOR.

Ponadto, Troponina I jest mniej wrażliwa na obniżoną funkcję nerek. Ta cecha analityczna jest szczególnie ważna przy interpretacji wyników Troponiny u pacjentów z niewydolnością nerek, ponieważ stężenia Troponiny T mogą u tych pacjentów przekraczać wartości decyzyjne bez wystąpienia zawału. Jak wykazało badanie Twerenbold i wsp. u pacjentów z zaburzeniami czynności nerek ale bez zawału mogą występować znacznie wyższe wyjściowe stężenia cTn niż ogólnie przyjęty 99. percentyl URL. Ogólnie, odsetek pacjentów z podwyższonymi stężeniami hs-cTn, którzy ostatecznie zostali zdiagnozowani bez AMI, wynosił od 17% przy użyciu testu Abbott hs-cTnI i 71%, gdy stosowano test Roche hs-cTnT. Najniższą różnicę wyrażoną jako wielokrotność 99. percentyla URL wykazano przy zastosowaniu testu Abbott hs-cTnI, natomiast najwyższą w teście Siemens hs-cTnI. Niemniej jednak wszystkie zbadane testy hs-cTn charakteryzowały się porównywalną wartością diagnostyczną dla wczesnego rozpoznania AMI.





**Odwołujący wnosi o zmianę ww. punktu na Troponinę T i I i przyznanie 10 punktów dla obu Troponin.**

8. W nawiązaniu do zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiocie ustalenia przez Zamawiającego maksymalnej stawki czynszu dzierżawnego za platformy analityczne, w nieprzekraczalnej kwocie 500,00 zł netto miesięcznie oświadczamy, że zapis ten jest absolutnie sprzeczny z prawem i niedopuszczalny.

Po pierwsze w sposób nieusprawiedliwiony i abuzywny ingeruje w swobodę wykonawcy co do sposobu kalkulowania ceny, która w całości jest swobodnym i wyłącznym prawem wykonawcy a nie Zamawiającego. Po drugie pozostaje w rażącej sprzeczności z art. 2 pkt 13 ustawy PZP, która stanowi, że zamówienie publiczne to odpłatna umowa, która poprzez art. 14 ustawy PZP i odniesienie do przepisów kc, ma charakter tzw. umowy wzajemnej, gdzie świadczenia mają charakter umowy wzajemnej, o ekwiwalentnych wartościach. Zapis, że czynsz dzierżawny nie może przekroczyć kwoty 500,00 zł netto miesięcznie za dzierżawę platform o wartości 1,5 miliona złotych nie pozwala zachować owej ekwiwalentności.

Po trzecie w końcu i najważniejsze naraża Zamawiającego na odpowiedzialności karno-skarbową, gdyż to Zamawiający a nie wykonawca ponosi w takim przypadku ewentualną odpowiedzialność karno-skarbową za zaniżenie należnego podatku VAT z tytułu dzierżawy, która to wysokość podatku powinna być proporcjonalna do dzierżawionej wartości sprzętu, który generuje dochód po stronie wykonawcy. Nie ma bowiem innego logicznego uzasadnienia dla kwestionowanego zapisu, jak właśnie chęć i usiłowanie zaniżenia należnego podatku VAT w wysokości 23% i “przerzucenia” go na koszt odczynników opodatkowanych stawką preferencyjną 8%, ergo Zamawiający naraża się w ten sposób na w/w odpowiedzialność.

**Żądamy wykreślenia zapisu, który w naszej ocenie jest sprzeczny z prawem i pociąga za sobą daleko idące skutki prawne.**

W myśl art. 29 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. 29 ust. 2 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. 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. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”<sup>1</sup>.

Jako przykłady działań sprzecznych z art. 29 ust. 2 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<sup>2</sup>. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Opisanie 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. 7 ust 1 i art. 29 PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Urząd Zamówień Publicznych<sup>3</sup> w jednej z opinii prawnych stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym 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.

<sup>1</sup> Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów, t.1 red. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, Warszawa 2009 s. 154 i n.

<sup>2</sup> M.Stachowiak, Komentarz do art. 29 ustawy – Prawo zamówień publicznych [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012, LEX nr. 125847.

<sup>3</sup> Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2009r. s 21-22. [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)





W kolei orzecznictwie sądów powszechnych utrwaliło się stanowisko, zgodnie z którym: „Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art 7 i 29 Pzp. 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 powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art 29 ust. 2 Pzp zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, LEX nr 1315895).

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.”

Nawiązaniem do powyższego orzeczenia będzie z pewnością wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: „Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.”

Tożsame stanowisko znaleźć można również w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09. 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 wskazuje 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 stwierdzała, 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 bezpośrednie, jak i pośrednie (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”.

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, **eliminując 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<sup>4</sup>. Pogląd ten posiada potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Izby: „Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwia wykonawcom jednaki dostęp do zamówienia i nie

<sup>4</sup> M. Filipek, Opis przedmiotu zamówienia a efektywność energetyczna, Zamówienia Publiczne Doradca, 2008, nr 6, s.



*powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję.” (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2741/12).*

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 SIWZ, 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.

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. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 168 pkt. 3 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. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 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 wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. ajt 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”.



*UWAGA! Tak samo w literaturze komentarzowej, por.:*

Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz

LEX 2017; Komentarz do art.29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, „Przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ustawa w [ust. 2](#) komentowanego artykułu 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 taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. (...) 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, 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”.

### **W ślad za tym kolejne wyroki KIO:**

wyrok 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.*
- (...)

wyrok KIO

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.*
- (...)



wyrok KIO  
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.*

wyrok KIO  
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 obowiązkunienaważnienia 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 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, aby konkretna jedna predysponowana firma miała wyłączność w postępowaniu<sup>5</sup>. Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregośkolwiek z potencjalnych oferentów.**

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wnosi o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez pozostałych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Otwarcie postępowania na konkurencję z całą pewnością będzie korzystne 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, ponieważ Zamawiający nie będzie zmuszony do zawarcia umowy z jedynym wykonawcą, którego wyroby spełniają łącznie wszystkie wymagane parametry opisane w Załączniku nr A do SIWZ. Przywrócenie uczciwej konkurencji spowoduje rywalizację cenową, co uniemożliwi jednemu wykonawcy narzucenie wygórowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, do czego mogłoby dojść przy aktualnym brzmieniu postanowień SIWZ.

---

<sup>5</sup> por. D. Jagiełło, *Kontrowersje wokół zamawiania programów prawniczych. Zamówienia Publiczne Doradca*, 2011, nr 12, s. 38.





**Wobec powyższego Odwołujący wnosi:**

1. O uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.
2. Dopuszczenie do udziału firmy Abbott laboratories Poland Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu poprzez zmianę zapisów SIWZ:

**Tylko spełnienie wszystkich powyższych warunków pozwoli na stworzenie uczciwej konkurencji. Przez nie przychylenie się do któregoś w punktów Zamawiający nadal będzie stwarzał sytuację dopuszczającą tylko jedną firmę.**

3. Obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie.

**Interes prawny firmy:** Działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z prawem ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. **Wykreślenie kwestionowanych zapisów lub ich 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.

Wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające złożenie oferty, która zaspokoiłaby uzasadnione i obiektywne potrzeby zamawiającego stanowił w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

Jednak nie ulega wątpliwości, że obecne postępowanie Zamawiającego, znajdujące swoje odzwierciedlenie w zapisach SIWZ narusza zasady współżycia społecznego. Przeciwnie w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

UWAGA! Reasumując tolerowanie opisu przedmiotu zamówienia jaki ma miejsce w niniejszym przetargu „nieograniczonym” oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

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





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

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

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

1. dowód opłacenia wpisu (zał. Nr 1)
2. KRS (zał. Nr 2)
3. Dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu
4. Pełnomocnictwo

