



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, dnia 30 marca 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający: Specjalistyczne Centrum Medyczne im. Św. Jana
Pawła II S.A
ul. Jana Pawła II 2
57-320 Polanica Zdrój
e-mail: zp@scm.pl
faks 74 862 11 22

Odwołujący: Farmator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Podchorążych 4
87-100 Toruń
tel. (56) 65 88 865
fax: (56) 65 88 866
e-mail: zampubl@farmator.eu
reprezentowana przez:
r. pr. Magdalenę Marciniak
Kancelaria Prawna PIERÓG & Partnerzy
ul. Wspólna 50 lok. 6
00-684 Warszawa
tel. (22) 598 93 13
fax: (22) 598 93 33
e-mail: m.marciniak@pierog.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn ZP/PN/2020/14 – odczynniki, krwinki wzorcowe (dotyczy zakupu wraz z dostawą i rozładunkiem odczynników diagnostycznych oraz krwinek wzorcowych z dzierżawą aparatury do badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej metodą manualną i kolumnową na potrzeby Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Specjalistycznego Centrum Medycznego), dalej jako: „postępowanie”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2020 roku, pod numerem 526720- N-2020.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – Farmator spółka z ograniczona odpowiedzialnością, ul. Podchorążych 4, 87-100 Toruń (dalej jako: „**Odwołujący**”), powołując się na udzielone pełnomocnictwo – w załączeniu, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „**ustawa Pzp**”, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp w tym utrudniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dokonując w/w czynności w postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. **art. 29 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazuje na wybór produktów tylko jednego producenta i uniemożliwia udział w postępowaniu innym podmiotom;
3. **art. 29 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;
4. **art. 29 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez brak dopuszczenia równoważności dla poszczególnych rozwiązań jak i parametrów żądanych produktów. Zamawiający dokonał opisu produktu poprzez opis gotowego rozwiązania konkretnego producenta, zaniechał opisanie produktów i urządzeń w sposób umożliwiający zaoferowanie równoważnych rozwiązań jak i gotowych produktów.
5. **Art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w zawiązku z § 13 rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz.U. z 2016 r. poz. 1126** poprzez żądanie zaświadczenia konkretnego podmiotu (IHiT) a nie zaświadczenia niezależnego

podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu sformułowanych w sposób niezgodny z ustawą Pzp, a przywołanych w uzasadnieniu pisma, w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zmiany (przedłużenia) terminu składania ofert o czas niezbędny do prawidłowego przygotowania oferty, z uwagi na rodzaj oraz charakter zmian postanowień ogłoszenia i SIWZ (zmiany istotne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia).

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO *„Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy”* (tak przykładowo: wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17).

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień naruszających zasady uczciwej konkurencji, Odwołujący został faktycznie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Wskazane w dalszej części odwołania postanowienia SIWZ, traktowane jako całość, zapewniają preferencje rozwiązań jednego producenta. Odwołujący jest podmiotem, który ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania jak i ma realną możliwość uzyskać zamówienie, jeżeli zapisy specyfikacji zostaną doprowadzone do zgodności z powszechnie obowiązującym prawem. W tym stanie rzeczy wypełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych

Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. w terminie 5 dni (liczonym zgodnie

z przepisami ustawy Pzp) od dnia publikacji ogłoszenia w BZP. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 25 marca 2020 roku, w związku z powyższym, 5-cio dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany, bowiem **upływa w dniu 30 marca 2020 r.**

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia (w załączeniu dowód uiszczenia wpisu oraz przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Uzasadnienie

1. W zakresie zarzutu nr 1 -4 postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób naruszający dyspozycję art. 29 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp

Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób naruszający zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu w zakresie pakietu nr 2 część produktów i urządzeń wskazuje na rozwiązania tylko jednego producenta. Niemożność zaoferowania innych rozwiązań ma charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko Odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów Zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia, ale inni znani na rynku i oferujący podobny asortyment wykonawcy.

Zamawiający poprzez zapisy w dokumentacji przetargowej zarówno bezpośrednio jak i pośrednio wskazuje na konkretnego producenta i konkretne jego rozwiązania. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia może przyczynić się do mniejszej liczby ofert złożonych w postępowaniu a nawet spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w żadnej mierze poprzez opis swoich wymagań nie dopuścił rozwiązań równoważnych, mimo iż takie istnieją i mogą dopuścić większą liczbę wykonawców. Zamawiający nie opisał parametrów równoważności ani minimalnych wymagań. Poprzez opis konkretnych urządzeń i funkcjonalności, częściowo zbyt technicznych w postępowaniu jak np. poz 24 – zał 1b Pakiet 2: *inkubator mikrokart (pojemność min. 24 kart) – 1 szt. nie starszy niż 4 lata , z możliwością inkubowania próbek; możliwość umieszczania i inkubacji rotora z mikrokartami bezpośrednio w inkubatorze*, Zamawiający wymaga rozwiązania

konkretnego producenta, nie próbując nawet dopuścić rozwiązań równoważnych które są wystarczające i odpowiednie dla prawidłowego przeprowadzania badań.

Dowód: załącznik nr 1b Pakiet 2

W orzecznictwie Izby dość jednolitym pozostaje pogląd, że naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne, wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt, tak jak w badanym przypadku w pakiecie nr 2 karty wypełniane odczynnikami Lea, Leb) lub **pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt np. w badanym przypadku inkubator mikrokart)**. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tak: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2016 r. KIO/KD 49/16).

Powyższe potwierdza też wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2017 roku KIO 1686/17:

„Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). 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.

A zatem, realizacja obowiązku zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. oznacza dla zamawiającego 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. Taki pogląd został wyrażony między innymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2004 roku sygn. akt VI ACa 965/11”.

W zakresie dopuszczenia w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązań równoważnych wskazuje się zaś, że w świetle art. 29 ust. 3 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu

takiemu towarzyszają wyrazy "lub równoważny". Jak podkreśla się jednak w jednolitym orzecznictwie Izby nie wystarczy dopuścić samą możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych lecz należy tak opisać wymogi równoważności aby każdy wykonawca miał jasność o jakich parametrach równoważnych jest mowa. „Jeżeli zamawiający wprowadzie dopuszcza urządzenia równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to "mamy do czynienia" jedynie z równoważnością iluzoryczną, pozorną - takie zaś rozwiązanie jest na gruncie przepisów Pzp niedopuszczalne” (tak wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 789/17). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał całkowicie opisanie równoważności produktów i urządzeń.

2. W zakresie zarzutu nr 2 -4 tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na rozwiązania konkretnego producenta a przez to naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz jednocześnie braku dopuszczenia rozwiązań równoważnych

Wskazane naruszenia dotyczą OPZ dla Pakietu nr 2 – opis poszczególnych wymagań określa załącznik nr 1B dl pakietu nr 2 (dalej jako OPZ)

- 1. Pozycja nr 3 OPZ: Oznaczenie fenotypu z układu Lewis (Lea, Leb) - mikrokarty wypełnione odczynnikami monoklonalnymi anty-La(a), anty-Le(b)**

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia wprost wskazując na pochodzenie i markę karty, eliminując inne technologie dostępne na rynku, co jest sprzeczne z art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Karty wypełniane odczynnikami Lea, Leb posiada producent BioRad USA który jest właścicielem marki DiaMed (produkcja w Szwajcarii). Inni wykonawcy mające rozwiązania zamiennie i adekwatne do wykonywania badań nie mogą złożyć oferty. Odwołujący który z sukcesem od lat oferuje rozwiązanie równoważne, polegające na osobnym oferowaniu kart i odczynników nie może złożyć oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę OPZ w zakresie powyższego na:
Oznaczenie fenotypu z układu Lewis (Lea, Leb) - mikrokarty wypełnione odczynnikami monoklonalnymi anty-Le(a), anty-Le(b) lub równoważne (karta z odczynnikami Lea Leb do nakropienia)

Podobnie jedyną możliwą technologię bez możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego zawiera pozycja 8 OPZ: Karty do oznaczenia grup krwi, gotowe zawierające nakropione odczynniki monoklonalne A,B,DVI+,DVI-, A1,B

karty wypełniane odczynnikami DVI- oraz DVI+ posiada jedynie producent BioRad USA który jest właścicielem marki DiaMed (produkcja w Szwajcarii). Karta jest typowym towarem, której zawężający opis eliminuje pozostałą konkurencję na rynku. Odczynniki anty-D na jednej karcie czyli anty-DVI- oraz anty DVI+ nie mają cech funkcjonalnych. Zamawiający nie dopuścił zastosowania rozwiązań równoważnych to jest innej metody i technologii wykonania badania, mimo iż taka istnieje i jest oferowana także przez innych wykonawców.

Odwołujący żąda zmiany OPZ poprzez wprowadzenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego w pełni odzwierciedlającego zapotrzebowanie Zamawiającego i możliwego do spełnienia przez większą ilość dostawców niż 1. W związku z tym żądamy zmianę poz. 8 OPZ na:

Karty do oznaczenia grup krwi, gotowe zawierające nakropione odczynniki monokonalne A,B,DVI+,DVI-, A1,B lub równoważne np. A,B DVI-, A1,B ctl lub 2 karty A,B DVI-, A1,B ctl oraz A,B,D+/ A,B,D+

2. Poz. 24 OPZ: Dzierżawa aparatury potrzebnej do wykonywania ww. oznaczeń tj.:

- inkubator mikrokart (pojemność min. 24 kart) – 1 szt. nie starszy niż 4 lata , z możliwością inkubowania próbek; możliwość umieszczania i inkubacji rotora z mikrokartami bezpośrednio w inkubatorze

Po pierwsze wskazujemy na niejasność wymogów i brak zrozumiałego opisanie przedmiotu zamówienia w stosunku do poz. 50 gdzie wymaga się Inkubatora mikrokart o pojemności nie mniejszej niż 36 mikrokart z możliwością inkubowania próbek. Zamawiający stawia sprzeczne wymagania wymagające doprecyzowania czy Zamawiający żąda dwóch różnych inkubatorów czy jednego, przy czym należy wskazać, iż inkubator z integralną ilością 36 mikrokart z możliwością inkubowania próbek jest produktem wyłącznie jednego producenta.

Żądamy zatem usunięcia sprzeczności i ujednolicenia że chodzi o jeden inkubator mikrokart o pojemności min. 24 kart.

Po drugie, Zamawiający wprost opisał parametry i funkcję inkubatora firmy DiaMed. Żaden inny inkubator, w tym możliwy do zaoferowania przez Odwołującego nie posiada takich parametrów, nota bene ściśle określonych bez podania parametrów granicznych i możliwych rozwiązań równoważnych. Żaden system mikrokolumnowy (żadnej firmy poza 1, którą premiuje w postępowaniu Zamawiający) nie wymaga inkubacji próbek tylko inkubację kart żelowych, które są przedmiotem zamówienia pakietu nr 2 pozycja 1.

W związku z powyższym Odwołujący żąda zmiany poz. 24 i zakresie inkubatora mikrokart na:

- inkubator mikrokart (pojemność 24 kart) – 1 szt. nie starszy niż 4 lata ,
Możliwość inkubowania próbek; możliwość umieszczania i inkubacji rotora z mikrokartami bezpośrednio w inkubatorze jeśli producent zaoferuje wirówko-inkubator.

3. Poz 88 Żądanie niewłaściwego zaświadczenia o zwalidowaniu metody wirowania

Pozycja 88 OPZ W przypadku różnych producentów mikrokart i wirówki do mikrokart należy przedstawić zaświadczenie o zwalidowaniu takiej metody wirowania.

Równocześnie Zamawiający zgodnie z pkt 10.4 SIWZ żąda złożenia zaświadczenia IHIT o zwalidowaniu metody w pakiecie nr 2.

Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych to producent określa czy produkty innych producentów mogą być używane na jego sprzęcie a nie strona trzecia nie powołana do tego czyli IHIT Warszawa. Istnieje szereg innych instytucji mogących wydać odpowiednie i zgodnie z ustawą Pzp (w szczególności z jej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów) zaświadczenie w zakresie zwalidowania metody, o której mowa w pakiecie nr 2. Zamawiający nie może żądać konkretnego zaświadczenia od jedyne go podmiotu na potwierdzenie spełniania warunków co do przedmiotu zamówienia, jeżeli daną okoliczność można potwierdzić innym równoważnym zaświadczeniem. Samo rozporządzenie posługuje się zwrotem „zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego” a nie konkretnie wskazanym przez Zamawiającego podmiotem.

Zgodnie z § 13 rozporządzenia w Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Dz.U. z 2016 r. poz. 1126

Zamawiający może żądać od wykonawcy:

- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;*
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich;*
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania*

środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

Odwołujący żąda zatem zmiany wymogu i dopuszczenie możliwości złożenia innego równoważnego zaświadczenia tj. zmianę wymogu pkt 10.4 SIWZ poprzez żądanie złożenia zaświadczenia o zwalidowaniu metody wirowania przez jakikolwiek niezależny podmiot uprawniony do wydawania tego typu zaświadczeń dot pakietu nr 2 lub oświadczenia producenta w tym zakresie.

W takim stanie rzeczy Odwołanie jest zasadne przez co wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.