

Warszawa, dnia 8 czerwca 2020 r.

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

**Zamawiający:** **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki**  
**Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital**  
**Kliniczny Nr 1 im. N. Barlickiego**  
**Uniwersytetu Medycznego w Łodzi**  
ul. Kopcińskiego 22  
90-153 Łódź  
Telefon: +48 (42) 677-68-24  
e-mail:  
dzial.zamowien.publicznych@barlicki.pl  
<https://platformazakupowa.pl/pn/barlicki>

**Odwołujący:** **Baxter Polska Sp. z o.o.**  
ul. Kruczkowskiego 8  
00-380 Warszawa  
adw. Joannę Hołowińską  
**CZUBLUN TRĘBICKI**  
**Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.**  
ul. Solec 18 lok. U12  
00-410 Warszawa  
Faks: 48 22 826 08 87  
e-mail: j.holowinska@cztr.pl

## **ODWOŁANIE**

**Dotyczy:** **postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**  
**prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki**  
**Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 im. N.**  
**Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, w trybie**  
**przetargu nieograniczonego na: „Dostawę produktów**  
**farmaceutycznych, wyrobów medycznych, opatrunków,**  
**środków dezynfekcyjnych”, nr sprawy nadany przez**

**Zamawiającego 13/ZP/2020, w zakresie pakietu 3, poz. 17, zwanego dalej: „Postępowaniem”.**

<b>Ogłoszenie o zamówieniu:</b>	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 maja 2020 r. pod numerem: 2020/S 104-250169.
<b>Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:</b>	czynność Zamawiającego z dnia 29 maja 2020 r. polegająca na przygotowaniu i opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami której postanowienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
<b>Termin:</b>	29 maja 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-380), przy ul. Kruczkowskiego 8, dalej: „**Baxter**” lub „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”, zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „**ustawa PZP**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będącym Załącznikiem nr 1A do SIWZ (dalej: „**OPZ**”) w zakresie pakietu 3 poz. 17 wymogu dotyczącego konieczności zaoferowania płynu wziewnego Sevoflurane z systemem szczelnego, bezpiecznego przelewania do parownika, bez elementów łączących butelkę z parownikiem, z fabrycznie zamontowanym adapterem kompatybilnym z parownikiem będącym w posiadaniu Zamawiającego z systemem wlewowym Quik Fil, zawartość wody powyżej 0,03% but 250ml, naruszył i ograniczył uczciwą konkurencję, bowiem wykluczył w sposób nieuzasadniony produkty innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia jedynie jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące produktu Sevofluran, tj. w szczególności wymagania dotyczące:

- 1) systemu wlewowego Quik Fil
- 2) kompatybilności systemu napełniania parownika z parownikami będącymi na wyposażeniu bloku operacyjnego,
- 3) zawartości wody powyżej 0,03%.

- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*
2. sformułowanie przez Zamawiającego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w rozdziale II ust. 8 w sposób nieprecyzyjnych prowadzący do naruszenia zasady równości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasad uczciwej konkurencji, bowiem co prawda przewidział możliwość przeliczenia ilości opakowań handlowych na ilość sztuk jednak dopiero po wystąpieniu z wnioskiem do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, co *de facto* oznacza, że w przypadku udzielenia negatywnej odpowiedzi wykonawca dysponujący przedmiotem zamówienia, który wymaga przeliczenia, nie będzie mógł złożyć oferty w Postępowaniu.
- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP.*
3. W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
- 1) zmiany postanowień SIWZ w następujący sposób:
    - a) zmianę OPZ w zakresie Pakietu 3 poz. 17 w ten sposób, że Zamawiający usunie wymóg dotyczący:
      - i. stosowania systemu wlewowego Quik Fil;
      - ii. zawartości wody powyżej 0,03%;
      - iii. kompatybilności z parownikiem będącym w posiadaniu Zamawiającego.
    - b) zmianę SIWZ w zakresie rozdziału II ust. 8 poprzez umożliwienie przeliczenia ilości sztuk danego produktu bez konieczności zwracania się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ.
  - 2) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;
  - 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 29 maja 2020 r., tj. w dniu opublikowania na platformie internetowej używanej przez Zamawiającego w celu prowadzenia postępowania, SIWZ wraz z załącznikami. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP został dochowany.

Podobnie wypowiada się w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 723/15:

*„Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień siwz należy wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia zmienionej treści postanowień na stronie internetowej.”*

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ oraz OPZ będącego załącznikiem do SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia w pakiecie 3 poz. 17 Wykonawca, może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości złożenia ważnej oferty w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

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

## UZASADNIENIE

### I. Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 29 maja 2020 r. Zamawiający opublikował SIWZ wraz z załącznikami w tym OPZ. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W OPZ w zakresie pakietu 3 poz. 17 – preparat Sevoflurane Zamawiający wskazał, że oczekuje dostawy preparatu w formie płynu wziewnego z systemem szczelnego, bezpiecznego przelewania do parownika, bez elementów łączących butelkę z parownikiem, z fabrycznie zamontowanym adapterem kompatybilnym z parownikiem będącym w posiadaniu Zamawiającego z systemem wlewowym Quik Fil, zawartość wody powyżej 0,03%:

17	Sevoflurane płyn wziewny z systemem szczelnego, bezpiecznego przelewania do parownika, bez elementów łączących butelkę z parownikiem, z fabrycznie zamontowanym adapterem kompatybilnym z parownikiem będącym w posiadaniu Zamawiającego z			szt	1000
----	--	--	--	-----	------

	systemem wlewowym Quik Fil, zawartość wody powyżej 0,03% but 250ml				
--	--	--	--	--	--

Zdaniem Odwołującego opisane postanowienia są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w pakiecie nr 3 poz. 17 załącznika nr 1A do SIWZ, utrudniają Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty na konkretny produkt, producenta produktu leczniczego – AbbVie Polska Sp. z o.o.

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

Powyższy opis przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 3 poz. 17 OPZ stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Odwołujący podkreśla, że obecne brzmienie OPZ w pakiecie nr 3 poz. 17 załącznika nr 1A do SIWZ Postępowania wskazuje na konkretny produkt konkretnego producenta, co z pewnością nie pozwala złożyć oferty większej liczbie oferentów, co z kolei ma oczywisty wpływ na nieuzyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na brak w nim konkurencji.

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

#### **1. Wymaganie systemu wlewowego Quik Fil**

Wymaganie w zakresie posiadania systemu wlewowego Quik Fil w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję do jednego producenta, a jednocześnie nie ma żadnego znaczenia w zakresie stosowania preparatu Sevoflurane wyprodukowanego przez firmę Baxter.

Przygotowanie OPZ w pakiecie nr 3 poz. 17 we wskazywany sposób nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego – farmakologicznego lub terapeutycznego. Odwołujący wskazuje, że wyposażenie produktu w ten system nie ma żadnego istotnego znaczenia w zakresie stosowania preparatu Sevoflurane.

Odwołujący zaznacza w tym miejscu, że wyrokiem z dnia 26 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt 1061/19 Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, nr postępowania EZ/215/41/2019, uwzględniła odwołanie Baxter i nakazała Zamawiającemu m. in. dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie wymogu wyposażenia produktu Sevoflurane 250ml w system wlewowy Quik Fil. Co potwierdza, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w określony sposób i wymagając wyposażenia preparatu Sevoflurane 250ml w system wlewowy Quik Fil ogranicza konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców. W wyroku KIO wskazało m. in.:

*„Wydając wyrok Izba wzięta pod uwagę złożone przez Odwołującego dowody nr 1 i 3 uznając, że Odwołujący udowodnił, iż system Quik-fil występuje tylko w przypadku leku Sevoflurane produkowanego przez jednego wykonawcę. Izba uznała też za udowodnione, że niezależnie od zastosowanego systemu łączenia opakowania zawierającego ww. lek z parownikiem, działanie leku jest takie samo. System łączący butelkę z parownikiem nie ma wpływu na skuteczność Sevofluranu, co za tym idzie nie ma podstaw do wskazania konkretnego systemu jako jedyne umożliwiającego bezpieczne zastosowanie w działalności leczniczej Zamawiającego.”*

## **2. Wymaganie kompatybilności systemu napełniania parownika z parownikami będącymi na wyposażeniu bloku operacyjnego**

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nie określił czy parownik będący na wyposażeniu szpitala został użyczony na określony czas na potrzeby realizacji bieżących zadań placówki przez Wykonawcę realizującego dotychczasowe zamówienie dostawy produktów, czy też stanowi własność Zamawiającego. Nie ma to jednak większego znaczenia, ponieważ powszechną praktyką na rynku jest użyczenie lub dzierżawa przez Wykonawcę parowników kompatybilnych do oferowanego produktu. Przedmiotem zamówienia jest sam produkt leczniczy, Zamawiający nie może wymagać aby był on kompatybilny z posiadanym wyposażeniem prowadzi to bowiem do sytuacji, w której jednym podmiotem jaki może złożyć ofertę w Postępowaniu jest AbbVie Polska Sp. z o.o. Należy wobec tego uznać, że sformułowanie wymagania tego rodzaju również nie znajduje uzasadnienia.

### **3. Wymaganie dotyczące zawartości wody od 0,03 %**

Odwołujący podkreśla, że sformułowanie wymogu dotyczącego zawartości wody nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego – farmakologicznego ani terapeutycznego. Zamawiający sformułował niezasadne wymaganie dotyczące zawartości wody w produkcie zawierającym sewofluran powyżej 0,03%.

Odwołujący wskazuje, że taka zawartość wody nie ma żadnego istotnego znaczenia w zakresie stosowanego preparatu Sevoflurane Baxter, który jest on pakowany w butelki aluminiowe pokryte od wewnątrz żywicą epoksyfenolową (stosowane powszechnie w praktyce codziennej zakładów opieki zdrowotnej).

Wymóg dotyczący zawartości wody w produkcie zawierającym sewofluran powyżej 0,03% ma znaczenie wyłącznie w przypadku, gdy opakowanie jest szklane i nie posiada innych zabezpieczeń chroniących sevofluran przed potencjalnym rozpadem.

Podkreślić należy, iż na rynku występują opakowania leku zawierającego sewofluran wykonane z aluminium. Opakowania aluminiowe pokryte są od wewnątrz żywicą epoksyfenolową i pozbawione są miejsc reaktywnych dla kwasów Lewisa, tym samym nie wymagają dodatku wody, zapewniają stabilne, niereaktywne środowisko dla sevofluranu i chronią go przed potencjalnym rozpadem. Jednocześnie podkreślić, należy, że niezależnie od zawartości wody analiza porównawcza próbek sevofluranu pochodzących od różnych producentów, w tym Baxter i Abbott (obecnie podmiotem odpowiedzialnym dla produktu jest Abbvie Polska sp. z o.o.) pokazała, że produkty są terapeutycznie równoważne.

W tym miejscu pragniemy również poinformować, iż Odwołujący złożył odwołanie w analogicznym postępowaniu do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 2219/18), gdzie po stronie Zamawiającego przystąpiła – jako wykonawca, spółka Abbvie Polska sp. z o.o. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż ostatecznie Zamawiający uwzględnił żądanie Odwołującego i wyeliminował ze swojego opisu przedmiotu zamówienia wymaganie zawartości wody w sevofluranie 0,03% do 0,1%. Z kolei Abbvie Polska sp. z o.o. poprzez wyłączenie się z postępowania, w istocie potwierdziła bezzasadność postanowienia dotyczącego wymogu wody.

W postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach, nr postępowania 46/PN/MN/2019, Baxter również wniosło odwołanie na treść SIWZ wobec przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w podobny sposób jak przez Zamawiającego, tj. wymaganie zawartości wody w sevofluranie 0,03% do 0,1%. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 26 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt 2346/19 umorzyła postępowanie odwoławcze wobec uwzględnienia w całości zarzutów podnoszonych przez Baxter. Co również wskazuje na słuszność żądań Odwołującego i niewłaściwe przygotowanie OPZ przez Zamawiającego.

**Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi jak na wstępie tj. o zmianę opisu przedmiotu zamówienia w treści SIWZ w pakiecie 3 poz. 17 w ten sposób, że Zamawiający usunie wymóg dotyczący**

- 1. stosowania systemu wlewowego Quik Fil;**
- 2. zawartości wody powyżej 0,03%;**
- 3. kompatybilności z parownikiem będącym w posiadaniu Zamawiającego**

## **II. Argumentacja dotycząca postanowień SIWZ**

Zamawiający w rozdziale II ust. 8 SIWZ wskazał:

*„Zamawiający dopuszcza możliwość przeliczania ilości opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (np. tabletek, ampułek, kilogramów), niż wskazane w SIWZ po uprzednim zadaniu pytania przez Wykonawcę. Ilość opakowań należy przeliczyć zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego wskazanym w SIWZ z dokładnością do 2 miejsc po przecinku (Przykładowo jeśli z wyniku przeliczenia ilość opakowań będzie wynosiła 1,222 op. to należy wycenić ilość 1,22 op., natomiast ilość 1,225 op. to należy zaokrąglić do 1,23 op.)”*

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający co prawda dopuścił możliwość przeliczenia ilości opakowań zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego jednak dopiero po zadaniu pytania w Postępowaniu, czyli jak domniema Odwołujący złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Tego typu rozwiązanie zdaniem Wykonawcy jest niedopuszczalne. Zamawiający mając świadomość możliwości występowania opakowań mających inną ilość sztuk niż wymagana przez Zamawiającego nie wprowadza możliwości automatycznego przeliczenia ilości opakowań handlowych na ilość sztuk bezpośrednio w SIWZ, a uzależnia taką możliwość od skierowania pytania do Zamawiającego. Biorąc pod uwagę należyta staranności jaką musi zachować Zamawiający przygotowując SIWZ oraz obowiązek przygotowania SIWZ w sposób przejrzysty i precyzyjny, wskazać należy, że Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał.

Ponadto podkreślić należy, że Zamawiający zawsze może nie uwzględnić wniosku o zmianę treści SIWZ, co oznacza, że Wykonawca dysponujący opakowaniami z inną niż wymagana przez Zamawiającego ilość sztuk, nie będzie mógł złożyć ważnej oferty w Postępowaniu. To prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców w Postępowaniu oraz zasad uczciwej konkurencji.



**Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o zmianę SIWZ w zakresie rozdziału II ust. 8 poprzez umożliwienie przeliczenia ilości sztuk danego produktu bez konieczności zwracania się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ.**

### **UZASADNIENIE PRAWNE**

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

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

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

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

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Odwołujący podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

*„Nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

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

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

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

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

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

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

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

*„Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”*

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień SIWZ w każdy sposób, który zaspokoi potrzeby Zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców (vide: wyrok KIO z dnia 22 listopada 2017 r., KIO 2211/17).

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

Odwołujący w zakresie postanowienia rozdziału II ust. 8 SIWZ, wskazuje, że zgodnie z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych zobowiązany jest w sposób jasny i precyzyjny przygotować dokumentację Postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Odwołujący wskazuje w tym miejscu na wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1057/19:

*„Treść dokumentacji postępowania winna być interpretowane w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.”*

Należy zatem uznać, że przygotowanie przez Zamawiającego wskazanego postanowienia SIWZ nie daje pewności co do sposobu jego rozumienia oraz nie zapewnia realizacji naczelných zasad prawa zamówień publicznych.

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

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

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

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

w imieniu Odwołującego:

.....  
adw. Joanna Hołowińska

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15.000 zł,
- 5) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.