

Składający odwołanie:**Blue-Box Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

ul. Świętego Mikołaja 1 lok/ 17

15-419 BIAŁYSTOK

faks (85) 733-88-31

e-mail: olanowak@blue-box.net.pl

Białystok, 2019.02.11

**Do: Prezes Krajowej
Izby Odwoławczej**
Pani Małgorzata Rakowska**Krajowa Izba Odwoławcza**

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:**Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM
w Szczecinie**

Al. Powstańców Wielkopolskich nr 72

70-111 Szczecin

faks (91) 466 11 13

e-mail: zamowienia@spsk2-szczecin.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy postępowania o zamówienie publiczne prowadzone przez **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie**, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 t.j. z dnia 2018.10.16, zwana dalej – ustawą Pzp) pn.: „Dostawa, montaż i uruchomienie zestawu laparoskopowego 3D”.
Znak sprawy nadany przez Zamawiającego: **ZP/220/101/1**.

Na podstawie **art. 179** i nast. ustawy Pzp **Blue-Box Sp. z o.o.** z siedzibą w Białymstoku, zwana dalej **Wykonawcą** lub **Odwołującym**, składa niniejsze odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 29 ust. 2 i 3** ustawy Pzp w związku z **art. 7 ust. 1** ustawy Pzp oraz z ostrożności procesowej **art. 7 ust. 1** ustawy Pzp w związku z **art. 91 ust. 1** ustawy Pzp oraz **art. 186 ust. 2** ustawy Pzp, w związku z niepodjęciem przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie**, w ramach w/w postępowania o zamówienie publiczne, czynności do których był on zobowiązany, w świetle przepisów ustawy Pzp oraz podjęciem czynności do których nie był on uprawniony, tj.:

a/ niewykonania przez Zamawiającego dyspozycji z **art. 186 ust. 2** ustawy Pzp tj. zgodnie z żądaniem Wykonawcy nie zmodyfikował on opisu przedmiotu zamówienia ani też nie dopuścił do składania ofert „równoważnych”, pomimo, że uznał w całości dwa wcześniejsze odwołania Wykonawcy (**Sygn. akt KIO 2644/18, i KIO 61/19**) aby „zmodyfikowany” opis nie utrudniał uczciwej konkurencji i dopuszczał rozwiązania „równoważne”. Opis przedmiotu zamówienia w dalszym ciągu wskazuje na rozwiązania odnoszące się do urządzenia produkowanego i dystrybuowanego na rynku przez firmę OLYMPUS przez co w dalszym ciągu ogranicza uczciwą konkurencję i narusza przepisy ustawy Pzp. Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze „Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty;

b/ opisując w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb, wymagania techniczne odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a rygoryzm ten "promuje" produkt dystrybuowany przez konkretną firmę (OLYMPUS). Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze

„Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty” oraz dodatkowo „parametrów punktowanych” z pkt. 5, 8, 9, 10, 26, 27, 30, 32, 33, 40, 50 rzeczonego załącznika;

c/ opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie patentów oraz szczególnych procesów, które charakteryzują zamawiany produkt produkowany i dystrybuowany przez konkretnego wykonawcę (firmę OLYMPUS), co prowadzi de facto do uprzywilejowania tego producenta i jego produktu, a eliminuje, w sposób bezpośredni (warunki odcinające) - dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze „Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty”, lub pośredni (warunki punktowane) - dotyczy pkt.: 5, 8, 9, 10, 26, 27, 30, 32, 33, 40, 50, „Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty”, innych wykonawców i ich produkty;

d/ w sposób nieuprawniony nie dopuszcza do składania ofert „równoważnych” w stosunku do opisanego w „Zmodyfikowanym Załączniku nr 2 do formularza oferty”, przedmiotu zamówienia pomimo, iż jest do tego bezwzględnie zobowiązany przepisami ustawy Pzp w związku z tym, że przedmiotowy opis wskazuje patenty oraz szczególne procesy, które charakteryzują zamawiany produkt produkowany i dystrybuowany przez konkretnego wykonawcę (firmę OLYMPUS). Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze „Zmodyfikowanego Załącznik nr 2 do formularza oferty.”

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

UZASADNIENIE

Wybór przez Zamawiającego wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne, jeszcze przed wszczęciem samego postępowania przetargowego, poprzez taki a nie inny opis przedmiotu zamówienia czy też kryteria oceny ofert, nie doznaje ochrony prawnej w świetle przepisów ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający uznając (dla pozoru) w całości wcześniejsze odwołania Wykonawcy (pierwsze z dnia 24.12. 2018 – Sygnatura akt: KIO 2644/18 i drugie z dnia 15.01.2019 r. – Sygnatura akt: KIO 61/19), zamiast dokonać modyfikacji treści SIWZ w zakresie przywrócenia uczciwej i efektywnej konkurencji, podjął dodatkowe kroki w celu zwiększenia (i tak już niemal 100%) prawdopodobieństwa (graniczącego z pewnością) wyboru oferty perforowanej firmy (OLYMPUS) poprzez wprowadzenie dodatkowego kryterium oceny ofert – „Parametry techniczne” o wadze 35% (sic!) Zamawiający świadomie punktuje wysoko jedynie cechy charakterystyczne lub unikalne dla produktu firmy OLYMPUS, która ma zagwarantowane 225 pkt. na 225 możliwych do uzyskania. Przy tak skonstruowanym kryterium jakakolwiek konkurencja (w tym cenowa) jest niemożliwa gdy odniesiemy się do standardów wymaganych opisem przedmiotu zamówienia (warunki odcinające).

Zgodnie z dyspozycją wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, kluczowym dla zasad na jakich oparte winny być wszelkie czynności Zamawiającego w procedurze o zamówienie publiczne, tak aby jej przygotowanie i przeprowadzenie stało w zgodzie z *ratio legis* ustawodawcy, jest zachowanie realnej (efektywnej), a nie iluzorycznej konkurencji, rzeczywistego równego traktowania wykonawców oraz zachowanie proporcjonalności i przejrzystości podejmowanych przez

Zamawiającego czynności, gdzie ewentualne ograniczenia dla potencjalnych wykonawców winny wynikać nie z chęci obejścia przepisów i subiektywnego preferowania konkretnych produktów i ich producentów, ale z obiektywizowanych (realnych) potrzeb danego Zamawiającego. Powyższe w szczególności dotyczy, tak niewątpliwie dla każdej opartej o konkurencyjność procedury o zamówienie publiczne elementu postępowania jakim jest opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert.

Ustawodawca pozostawił co prawda zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego interes, ale interes zobiektywizowany, co oznacza, że podmiot dokonujący zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma nie tylko przywilej ale przede wszystkim bezwzględny obowiązek, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia i opisu kryteriów oceny ofert uwzględnić generalne wymagania wynikające z przepisów ustawy Pzp zawartych w art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w jednej ze swoich uchwał podniosła, że „w zakresie naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp skład orzekający wskazuje, że jakkolwiek Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak nie dysponuje niczym nieograniczonym prawem opisanego przedmiotu zamówienia wedle własnych preferencji. Po pierwsze - sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia odpowiadać musi wymogom określonym w przepisie art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, po drugie zaś - opis przedmiotu zamówienia nie może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, naruszać uczciwej konkurencji, przy czym wystarczające do stwierdzenia naruszenia ww. regulacji jest chociażby **uprawdopodobnienie tej okoliczności**. Wspomniany zakaz należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający uprawniony jest wyłącznie do takiego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, które odpowiada jego rzeczywistym i uzasadnionym potrzebom. Zamawiający, czy to w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem jest kontrola przez Izbę prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, czy to w postępowaniu kontrolnym, powinien być w stanie wykazać jakimi uzasadnionymi potrzebami kierował się konstruując opis przedmiotu zamówienia w określony sposób.

W szczególności, zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który **mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m.in. zasady równego dostępu do zamówienia) wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. 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) lub **pośredni** (jeśli nazwy własne nie zostają co prawda wskazane, ale szczegółowy opis wymaganych przez Zamawiającego parametrów wskazuje na konkretny produkt lub producenta), a z takim właśnie zachowaniem Zamawiającego w w/w zamówieniu przetargowym mamy do czynienia. Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze „Zmodyfikowanego załącznika nr 2 do formularza oferty” oraz dodatkowo „parametrów punktowanych” z pkt 5, 8, 9, 10, 26, 27, 30, 32, 33, 40, 50 rzeczony załącznika;

2. W związku z tym, że w wielu punktach „Zmodyfikowanego Załącznika nr 2 do formularza oferty” wygląda tak jakby Zamawiający przepisał poszczególne parametry i rozwiązania techniczne wprost z kart katalogowych, folderów czy ulotek producenta firmy OLYMPUS, winien on, co wynika jednoznacznie z przepisów ustawy Pzp, dopuścić w tym zakresie złożenie oferty „równoważnej”. O ile w ogóle prawo do skorzystania z uprawnienia wynikającego z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp mu przysługuje w przedmiotowym postępowaniu (tj. w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia i faktyczną niemożliwością dokonania opisu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń).

Zasadą jest przy udzielaniu zamówienia publicznego, że: "(...) przedmiot zamówienia winien być 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 (vide wyrok SO w Lublinie z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok SO w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub na jego wykonawcę. (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07).

Ponadto, zarówno w zgodnej opinii doktryny jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać Zamawiający. Z kolei wymaganie tożsamości i identyczności z produktem o wskazanym pochodzeniu oznaczałoby, że dopuszczenie produktu równoważnego ma charakter pozorny, a taki opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, w świetle przedstawionych przez nas (Blue-Box Sp. z o.o.) w niniejszym odwołaniu argumentów oraz obowiązujących przepisów prawa jak i zapisów SIWZ zarówno w/w działanie Zamawiającego jak i jego zaniechania działań, kwalifikują się do uznania ich za całkowicie nieuprawnione, a tym samym naruszające w/w przepisy ustawy Pzp oraz interes prawny **Odwołującego (Blue-Box Sp. z o.o.)** który nie jest w tym stanie faktycznym skutecznie złożyć oferty mającej jakiegokolwiek szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym wnosimy do Krajowej Izby Odwoławczej o :

1. Uznania wniesionego przez **Blue-Box Sp. z o.o.** odwołania za zasadne.
2. Nakazanie **Zamawiającemu**:

a/ dokonania, w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie patentów (np. w postaci parametrów) oraz szczególnych procesów, które charakteryzują zamawiany produkt produkowany i dystrybuowany przez konkretnego wykonawcę (firmę OLYMPUS), zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla Zamawiającego parametrami (np. w zakresie minimum lub/i maximum) oraz obowiązującymi normami, które nie będą odpowiadały z góry określonemu produktowi określonego producenta. Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze „Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty” oraz dodatkowo „parametrów punktowanych” z pkt5, 8, 9, 10, 26, 27, 30, 32, 33, 40, 50 rzeczonoego załącznika;

b/ w sytuacji gdy jest to obiektywnie uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, aby dopuścić on zaoferowanie rozwiązań „równoważnych” uwzględniających zasadę uczciwej i efektywnej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, obejmujących jedynie taki zakres przedmiotu zamówienia do którego odnoszą się przesłanki z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, z podaniem w jaki sposób ową „równoważność” będzie Zamawiający oceniał tj. określił obiektywne i przejrzyste zasady oceny spełniania warunku „równoważności” przez zaoferowane, inne niż „referencyjne”, rozwiązania techniczne. Dotyczy pkt. 3, 4 i „X” ze

„Zmodyfikowanego załącznik nr 2 do formularza oferty” oraz dodatkowo „parametrów punktowanych” z pkt5, 8, 9, 10, 26, 27, 30, 32, 33, 40, 50 rzeczony załącznika;

Wpis od odwołania w kwocie **7.500 zł** został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych prowadzony przez **NBP** o numerze: **60 1010 1010 0081 3622 3100 0000** w dniu 11.02.2019 r.

Kopia odwołania została doręczona wraz z załącznikami **Zamawiającemu** w trybie i na zasadach określonych w **art. 180 ust. 5** ustawy Pzp.

Z poważaniem

Z up. Aleksandra Nowak

Dyrektor Działu Prawnego - Przetargi

Załączniki:

1. Aktualne odpis z KRS spółki: Blue-Box Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku.
2. Potwierdzenie dokonania przez Blue-Box Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku przelewu wpisu na wskazane konto UZP z dn. 11.02. 2019 r.
3. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.