

Gdańsk, dnia 15 kwietnia 2020 r.

D10.251.22.G.2020

**WYKONAWCY UBIEGAJĄCY SIĘ
O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA
(PAKIET NR 12)**

**INFORMACJA O WNIESIONYM ODWOŁANIU ORAZ WEZWANIE WYKONAWCÓW
DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO**

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, zgodnie z Ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na dostawę różnych produktów leczniczych, produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych, kontrastów oraz wyrobów medycznych.

Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o., działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych informuje, że w dniu 10 kwietnia 2020 r. Wykonawca AbbVie Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa w imieniu którego działa Pełnomocnik Anna Banaszewska wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (czynności Zamawiającego w pakiecie nr 12 polegającej na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 1 kwietnia 2020 r.). Treść tego odwołania stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z poważaniem
KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych

Rafał Szczesny

Załącznik:
- odwołanie z dnia 10.04.2020 r.

Sporządził Sekretarz komisji – Małgorzata Szyszka



Signed by /
Podpisano przez:

Anna Małgorzata
Banaszewska

Date / Data: 2020-
04-10 22:36



Łódź, dnia 10 kwietnia 2020 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

COPERNICUS Podmiot Leczniczy Sp. z o.o.
ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk
Dział Zamówień Publicznych
Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk
tel.: 58 768-42-81, fax: 58 768-42-86
e-mail: zamowienia.publiczne@copernicus.gda.pl

Odwołujący:

AbbVie sp. z o.o.
ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa
zastępowana przez:
dr Annę Banaszewską
Kancelaria Prawo Gospodarka Zdrowie Modro sp. k.
ul. Sienkiewicza 85/87 lok. 12.08, 90-057 Łódź

DOTYCZY: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej równoważność kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest dostawa różnych produktów leczniczych, produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych, kontrastów oraz wyrobów medycznych (CPV: 33.60.00.00-6, 33.69.00.00-3, 33.68.00.00-0), **zadanie częściowe nr 12, znak postępowania: D10.251.22.G.2020**

ODWOŁANIE

Działając w imieniu AbbVie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w powołaniu na pełnomocnictwo udzielone w dniu 3 kwietnia 2020 r., którego odpis przedkładałam w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako ustawa PZP), wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego w Pakiecie nr 12 (Sewofluran) przedmiotowego postępowania, tj.

1. czynności polegającej na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 1 kwietnia 2020 r. naruszającej zasady uczciwej konkurencji i nieproporcjonalnego, a w konsekwencji niezgodnego z przepisami ustawy PZP, sformułowania OPZ w sposób prowadzący do nieporównywalności cenowej ofert, dopuszczającej możliwość złożenia alternatywnie dwóch rodzajów ofert tj. oferty na dostawę leku konfekcjonowanego w butelce z fabrycznie montowanym adapterem oraz oferty na dostawę leku konfekcjonowanego w butelce oraz 900 adapterów.

Zaskarżonej czynności **zarzucam:**

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy PZP tj. przejrzystości w opinie przedmiotu zamówienia przez dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób skutkujący brakiem jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i prowadzący do braku możliwości obiektywnego porównania dwóch różnych materialnie: 1) oferty na dostawę leku konfekcjonowanego w butelce z 2) ofertą na dostawę leku konfekcjonowanego w butelce oraz 900 adapterów,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy PZP przez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia powodującej, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem uniemożliwia wykonawcom ocenę złożonych ofert,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy PZP przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości w ustaleniu kryteriów ofert, bowiem przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny gwarantować możliwość porównania ofert i ich obiektywną ocenę.

W związku z powyższym, **wnoszę o:**

1. na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 ustawy PZP dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego treści.
2. **nakazanie Zamawiającemu:**
 - 1) zmianę SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wprowadzenie kryterium ceny - 80pkt, oraz kryterium jakość 20 pkt oceniającego sposób montowania adaptera:
 - a. butelka z fabrycznie zamontowanym adapterem -20 pkt.
 - b. opakowanie leku z dołączonym adapterem -0 pkt.albo alternatywnie:
 - 2) unieważnienia czynności polegającej na zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz związanej z tym zmianie treści załącznika nr 1 formularza asortymentowo-cenowego,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego powiększonych o wysokość opłaty skarbowej uiszczonej od udzielonego pełnomocnictwa, według norm przepisanych.

INTERES PRAWNY:

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, albowiem na skutek niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu OPZ w sposób prowadzący do nieporównywalności cenowej ofert, dopuszczającej możliwość złożenia alternatywnie dwóch rodzajów ofert w zakresie pakietu 12 tj. oferty z fabrycznie montowanym adapterem oraz oferty z adapterami dołączanymi bez jednoczesnego wprowadzenia kryterium jakościowego, może ponieść szkodę, polegającą na braku realnej szansy na uzyskanie zamówienia w zakresie pakietu nr 12 (Sewofluranum) przez wykonawcę AbbVie Sp. z o.o.- tj. Sewofluran płyn wziewny 250 ml.

Dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia bez wprowadzenia przez Zamawiającego kryteriów rozróżniających uniemożliwia wykonawcom ocenę złożonych ofert konkurencyjnych i jednocześnie uniemożliwia Zamawiającemu wykonanie obowiązku badania rażąco niskiej ceny, gdyż nie sposób na

podstawie kryterium ceny i kryterium terminu dostawy rozróżnić oferty 900 butelek leku z fabrycznie zamontowanym adapterem z ofertą 900 butelek z dołączanymi adapterami.

Uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania spowoduje, iż oferta AbbVie Sp. z o.o. złożona w ramach pakietu nr 12 zostanie wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, bowiem wprowadzenie kryterium jakościowego pozwoli Zamawiającemu zróżnicować złożone oferty i dokonać wyboru w warunkach obiektywizmu i porównywalności ofert.

Dokonując oceny zasadności wprowadzenia określonych kryteriów oceny ofert oraz przyznania im określonej wagi należy mieć przede wszystkim na uwadze uzasadnione potrzeby zamawiającego, przejawiające się m.in. w zapewnieniu efektywnej realizacji celu postępowania, zarówno przy uwzględnieniu czynników jakościowych, jak i finansowych.

Wskazany przez Odwołującego interes w złożeniu odwołania niewątpliwie wypełnia przesłanki możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w świetle przepisu **art. 179** ustawy PZP. Stosownie bowiem do przepisu art. 179 ustawy PZP, środki ochrony prawnej przysługują m.in. podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Dowód:

1. SIWZ.
2. Załącznik nr 1 Formularz asortymentowo-cenowy

TERMIN:

Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2020 roku opublikował na stronie platformazakupowa.pl zmianę treści SIWZ, która stanowi czynność niezgodną z PZP. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

Mając na uwadze datę publikacji SIWZ wraz z załącznikami, należy wskazać, że termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, został przez Odwołującego dochowany. W konsekwencji powyższego należy wskazać, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

Dowód:

1. Print screen Strony platformazakupowa.pl ujawniającej daty publikacji SIWZ wraz z załącznikami.

Uzasadnienie

OPIS STANU FAKTYCZNEGO

Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (zgodnie z art. 39 (i nast.) ustawy PZP) o wartości zamówienia przekraczającej równoważność kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest dostawa różnych produktów leczniczych, produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych, kontrastów oraz wyrobów medycznych (CPV: 33.60.00.00-6, 33.69.00.00-3, 33.68.00.00-0), znak postępowania: D10.251.22.G.2020. Przedmiot postępowania został podzielony przez Zamawiającego na 13 pakietów.

W związku z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania wykonawców m.in. pytania nr 177, a mianowicie: *Czy zamawiający w pakiecie 12 dopuści produkt Sevoflurane Baxter z adapterami (konektorami) wielokrotnego użycia, bez wymogu ich sterylizacji, do każdego parownika? Adapter zewnętrzny musi być użyty tylko w momencie napełniania parownika płynem. Istnieje możliwość dostarczenia dodatkowych adapterów w przypadku takiej potrzeby. Przystąpienie do przetargu dwóch lub więcej oferentów gwarantuje Państwu otrzymanie korzystniejszej oferty cenowej, co w konsekwencji przekłada się na oszczędności finansowe Szpitala.* i odpowiedzią, że **Zamawiający dopuszcza** – w dniu 1 kwietnia 2020 r. Zamawiający opublikował zmianę SIWZ wraz ze zmianą załącznika nr 1 Formularz asortymentowo-cenowy.

Dowód:

1. Wyjaśnienie treści SIWZ przez Zamawiającego.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, że żąda dostarczenia produktu leczniczego Sevofluran w następujących ilościach:

Lp	Przedmiot zamówienia	liczba szt. w opakowaniu	liczba opakowań	inny sposób konfekcjonowania		cena brutto za opakowanie	Wartość brutto(zł)	Nazwa handlowa, dawka, ilość w opakowaniu	Producent	Informacja czy lek jest refundowany
				liczba szt. w opakowaniu	liczba opakowań					
1	2	3	4	5	6	7	8=4(lub6)x7	9	10	11
1	Sevofluran 250 ml płyn wziewny, zgodny z parownikami własnymi szpitala. Szpital posiada parowniki z systemem napełniania typu Quik Fil Mark II. Zamawiający wymaga aby oferowany produkt spełniał wymóg szczelności i bezpośredniego lub za pomocą konektora połączenia butelki z parownikiem i był zgodny ze wszystkimi aparatami do znieczulenia będącymi w posiadaniu zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy na dostawę leku.	1	900							

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu,
- SIWZ,
- Załącznik nr 1 do SIWZ.

Powyższy opis przedmiotu zamówienia zawiera dwie opcje ofert o różnych składnikach ceny:

1. lek konfekcjonowany w butelce z fabrycznie montowanym adapterem.
2. lek konfekcjonowany w butelce oraz adaptery.

Ponadto, w tym miejscu należy nadmienić, że każdy konektor dokręcany ręcznie powoduje pogorszenie jakości pracy personelu medycznego, narażając go jednocześnie na wdychanie oparów anestetyku, jak również powoduje ryzyko rozlania substancji podczas wykonywania procedury napełniania parownika. Tym samym Zamawiający zgodził się na rozwiązanie, które wcześniej się nie sprawdziło w placówce Zamawiającego.

Co więcej, zgodnie z instrukcją obsługi parownika (Vapor 2000), adapter wielokrotnego użytku musi być poddany procedurze sterylizacji po każdorazowym użyciu. Tymczasem Zamawiający zgadza się na rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę Baxter Polska Sp. z o.o., adaptery (konektory) wielokrotnego użycia będą wykorzystywane bez wymogu ich sterylizacji.

OPIS STANU PRAWNEGO

Opis przedmiotu zamówienia stanowi obligatoryjny element każdej SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest z jednej strony obowiązkiem zamawiającego, z drugiej zaś jego uprawnieniem. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach umowy. Na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przygotowują ofertę.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy PZP, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy PZP, *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 sporządzenie oferty.* Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przyjmuje się, że opis przedmiotu zamówienia nie może być dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Opis ten powinien mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie

ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15, Legalis)¹.

Funkcją powołanych przepisów określających obowiązek formułowania OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący jest uzyskanie porównywalnych cenowo ofert. Zamawiający bowiem określając OPZ w sposób, który prowadzi do uzyskania ofert nieporównywalnych jest narażony na obowiązek unieważnienia postępowania, w przypadku, gdy wada nieporównywalności cenowej jest niemożliwa do usunięcia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Tak też wskazuje KIO: „Porównywalność cenowa ofert stanowi zasadę wypracowaną na przestrzeni lat przez orzecznictwo. Nieporównywalność cenowa ofert stanowi wadę postępowania tego rodzaju, że jej źródłem musi być dokumentacja postępowania (zazwyczaj w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub sposobu obliczenia ceny) i musi ona posiadać swoje źródło w tej dokumentacji w taki sposób, że istotna i obiektywna wadliwość nie pozwala na zidentyfikowanie lub wycenę pełnego zakresu rzeczowego zamówienia przez wszystkich wykonawców. Okoliczność ta musi być zatem bezsporna, tkwiąca w samym opisie zamówienia i mieć charakter obiektywny. Do jej stwierdzenia nie wystarcza uznanie, że wykonawcy mogą mieć trudności realizacyjne lub organizacyjne, w tym nie wystarcza uznanie, że wycena poszczególnych ryzyk wymaga ponadprzeciętnego nakładu sił i środków” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2017 r., KIO 1862/17, Legalis).

Według Słownika Języka Polskiego „porównywalny” to taki, który jest podobny do innego na tyle, aby można go z nim porównać. W przypadku zamówień publicznych, oferty muszą być porównywalne, przedmiot zamówienia musi być porównywalny, obejmować ten sam zakres, wykonawcy oferujący ten sam przedmiot zamówienia muszą spełniać takie same warunki udziału w postępowaniu, itd.

Nieporównywalność ofert w naturalny sposób wiąże się z naruszeniem uczciwej konkurencji. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2010 r., sygn. KIO 184/10, gdzie stwierdza się m. in., że: „Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r.: „(...) obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty (wyrok KIO z 14 lipca 2009 r., sygn. KIO 812/09, KIO 833/09). (...) Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej zidentyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 PZP, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy PZP.”

Oprócz wymienionych już zasad przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz przy określaniu obiektywnych kryteriów wyboru oferty winna być respektowana **zasada proporcjonalności i przejrzystości**. Otóż kryteria oceny ofert powinny być określone w sposób pozwalający na wyłonienie

¹ Należy podkreślić, że mimo zmiany przepisów wynikające z implementacji dyrektywy klasycznej, zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia pozostały bez zmian, w konsekwencji czego powołane orzeczenia pozostają w mocy.

oferty najkorzystniejszej, a więc w sposób **proporcjonalny do zakładanych korzyści** z przyjęcia określonych kryteriów oceny ofert.

Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób **jasny, precyzyjny i jednoznaczny**, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej **faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg**. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej.

Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy PZP, Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Istotą kryteriów, co podkreśla się w motywie 92 dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Kryteria oceny ofert muszą zatem zostać opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tak aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Dlatego też **zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach** (A. Gawrońska-Baran, Vademecum zamawiającego, system informacji prawnej Legalis).

Przyjmuje się, że zamawiający jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Limitem swobody zamawiającego, wynikającym z obowiązku stosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi i zmienione na skutek tych odpowiedzi SIWZ wraz z formularzem asortymentowo-cenowym wpływa na przebieg postępowania. Istnieje bowiem konieczność i obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Art. 29 ust. 1 ustawy PZP nakłada obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym wystarczy do stwierdzenia takiego faktu jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

Dopuszczenie przez Zamawiającego oferty leku w butelce, który bezpośrednio lub za pomocą konektora połączy butelkę z parownikiem bez jednoczesnej zmiany kryteriów oceny ofert powoduje, że oferty które wpłyną do Zamawiającego będą całkowicie nieporównywalne ze sobą. Brak kryterium rozróżniającego powoduje, że wybór oferty najkorzystniejszej będzie w przedmiotowym stanie faktycznym sprzeczny z zasadami wynikającymi z ustawy PZP.

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy PZP, bowiem:

- (a) uniemożliwia wykonawcom ocenę złożonych ofert konkurencyjnych poprzez niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez co narusza art. 29 ust. 1 ustawy PZP a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP;
- (b) uniemożliwia Zamawiającemu wykonanie obowiązku badania rażąco niskiej ceny w oparciu o kryteria określone w art. 90 ust. 1a ustawy PZP, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.
- (c) uniemożliwia Zamawiającemu porównanie ofert wykonawców w oparciu o kryteria oceny niedostosowane do przedmiotu zamówienia, co stoi w sprzeczności z art. 91 ust. 2d ustawy PZP.

W ocenie odwołującego kryterium jakości winno zostać wprowadzone w niniejszym postępowaniu, gdyż pozwoli na wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty przy zachowaniu wysokiej jakości produktu optymalnie odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Innymi słowy, wprowadzenie jakości, jako kryterium, winno być każdorazowo sankcjonowane zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego i gwarantować porównywalność ofert, z zastrzeżeniem, że nie chodzi tu jedynie o porównywalność pozorną, ale o realną i rzeczywistą możliwość zestawienia ze sobą ofert i wybrania najkorzystniejszej. Realna i rzeczywista porównywalność ofert to sytuacja, w której Zamawiający ma możliwość obiektywnej oceny, która z ofert jest najkorzystniejsza, a tym samym gwarantuje urzeczywistnienie interesu publicznego.

Tymczasem pozostawienie kryterium ceny i terminu dostawy nie zapewnia porównywalności ofert w wymiarze, o którym mowa powyżej, a także nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na taki stan rzeczy składa się przede wszystkim to, iż ww. kryteria nie przystają do specyfiki przedmiotu zamówienia i nie znajdują odzwierciedlenia w zobiektywizowanych potrzebach Zamawiającego.

W świetle art. 91 ust. 2d ustawy PZP, wymagane dane muszą zapewniać porównywalność ofert oraz umożliwiać sprawdzenie informacji przedstawionych w powyższym zakresie przez wykonawców w ofertach.

Należy w tym miejscu zauważyć, że nieporównywalność ofert jest jedną z przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Unieważnienie takie jest obligatoryjne bowiem sytuacja taka stanowi niemożliwą do usunięcia wadę, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy

postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez Zamawiającego dopuszczający możliwość złożenia dwóch rodzajów ofert tj. oferty z fabrycznie montowanym adapterem oraz oferty z adapterami dołączanymi bez wprowadzenia kryterium rozróżniającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, bowiem prowadzi do nieporównywalności cenowej ofert.

Mając na uwadze powyższe wniesienie niniejszego odwołania jest zasadne i konieczne.

Załączniki:

- 1. Odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,*
- 2. Odpis potwierdzenia wpłaty wpisu,*
- 3. Pełnomocnictwo udzielone Annie Banaszewskiej,*
- 4. Odpis potwierdzenia wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,*
- 5. Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu,*
- 6. Dokumenty wymienione w treści Odwołania.*