



107 Szpital Wojskowy z Przychodnią  
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
ul. Kołobrzeska 44  
78-600 Wałcz  
Tel/Fax (067) 250 28 61  
*e-mail* : [apteka-przetargi@107sw.mil.pl](mailto:apteka-przetargi@107sw.mil.pl)

Komisja przetargowa przy 107 Szpitalu Wojskowym SP ZOZ w Wałczu, ul. Kołobrzeska 44 informuje o zmianach oraz zapytaniach do SIWZ związanych z przetargiem nieograniczonym na **dostawę odczynników i materiałów laboratoryjnych – znak 31/med/2013** ogłoszonym w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod poz. **2013/S 150-260706**

**Pytanie 1- dotyczące SIWZ, Rozdział 8, Punkt 8.2., ppkt. 2:**

Czy Zamawiający wyraża zgodę, aby Wykonawca zamiast aktualnego odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy, przedstawił informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4 ust. 4a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym?

Departament Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości uruchomił w dniu 28 czerwca 2012 roku internetową usługę pozwalającą na pobranie wydruku komputerowego aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS. Wydruki te mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację.

**Odpowiedz:**

Zamawiający wyraża zgodę.

**Pytanie 2 – dotyczące SIWZ, Rozdział 13, Punkt 13.1, ppkt. 2:**

Prosimy o wyjaśnienie, czy zamieszczenie w ofercie spisu materiałów w formie próbek dotyczy wszystkich zadań czy też nie? Jeżeli nie prosimy o wskazanie konkretnych zadań, w odniesieniu do których Zamawiający prosi o załączenie próbek.

**Odpowiedz**

Zamawiający nie wymaga próbek.

**Pytanie 3 – dotyczące wzoru umowy, §4 ust. 2**

Prosimy o usunięcie zapisu mówiącego o możliwości składania zamówień telefonicznych, ze względu na brak możliwości weryfikacji tożsamości osoby składającej zamówienie. Jednocześnie proponujemy dodanie zapisu mówiącego o dopuszczalności składania zamówień drogą elektroniczną w brzmieniu „Dopuszczalne jest również składanie zamówień za pomocą poczty elektronicznej”.

**Odpowiedz**

Zamawiający dopuszcza składanie zamówień za pomocą poczty elektronicznej, natomiast nie usuwa zapisu mówiącego o możliwości składania zamówień telefonicznych, ponieważ korzysta z niego sporadycznie w wyjątkowych sytuacjach.

**Pytanie 4 – dotyczące wzoru umowy, §4 ust. 3 lit. a)**

Zamawiający ww. postanowieniu wzoru umowy wskazuje, iż termin ważności przedmiotu zamówienia powinien być nie krótszy niż 12 miesięcy. Czy Zamawiający dopuszcza krew kontrolną o terminie ważności krótszym niż 12 miesięcy. Jeżeli tak prosimy o uzupełnienie ww. punktu zapisem w brzmieniu: „z wyłączeniem krwi kontrolnej, dla której termin ważności wynosi 3 miesiące od daty dostawy, w przypadku, gdy ta będzie rozdysponowana wg harmonogramu dostaw materiału kontrolnego”.

Krew kontrolna jest materiałem o krótkim okresie ważności ze względu na rodzaj materiału, dostarczana jest zgodnie z harmonogramem tak, aby Zamawiający miał zawsze ważną krew. Obecnie nie ma na rynku dostępnej krwi kontrolnej o dłuższym okresie ważności.

**Odpowiedz**

Zamawiający uzupełnia w §4 ust. 3 lit. a) – wzoru umowy – zapis o : *„z wyłączeniem krwi kontrolnej, dla której termin ważności wynosi 3 miesiące od daty dostawy, w przypadku, gdy ta będzie rozdysponowana wg harmonogramu dostaw materiału kontrolnego”.*

**Pytanie 5 – dotyczące wzoru umowy, §4 ust. 4**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopisanie po słowach „do 7dni” wyrażenia „roboczych”?

**Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę.

**Pytanie 6 – dotyczące wzoru umowy, §5 ust. 4**

Prosimy o zmianę użytego sformułowania „od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT” na zwrot „od daty wystawienia faktury VAT”.

Dotychczasowy zapis powoduje, iż niemożliwe jest bezpośrednio ustalenie daty powstania obowiązku podatkowego oraz dokładne określenie początku biegu terminu płatności.

**Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę.

**Pytanie 7 – dotyczące wzoru umowy, §5**

Prosimy o dodanie postanowienia w następującym brzmieniu:

„Na wypadek zwłoki Zamawiającego w zapłacie ceny zakupu ponad 60 dni licząc od terminu zapłaty, Wykonawca będzie uprawniony do powstrzymania się ze spełnieniem obowiązku kolejnych dostaw do dnia zapłaty całości zaległych należności”.

Wykonawca na mocy postanowień umowy zobowiązany jest do sukcesywnego świadczenia przedmiotu umowy na rzecz Zamawiającego. Powyższym zapisem Zamawiający dokonał ograniczeń praw Wykonawcy przynależnych mu w przypadku nie wykonania zobowiązania Zamawiającego, mianowicie, w przypadku braku zapłaty za dostarczoną część przedmiotu zamówienia. W stosunkach zobowiązaniowych wynikających z umów wzajemnych jest regułą, że każda ze stron, zobowiązując się do świadczenia, czyni to w przekonaniu, iż otrzyma ekwiwalent swego świadczenia od kontrahenta, dlatego też zgodnie z art. 490 KC gdy spełnienie świadczenia przez drugą stronę staje się wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem do czasu gdy druga strona zaofiaruje świadczenie wzajemne lub nie da stosownego zabezpieczenia.

**Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy.

**Pytanie 8 – dotyczące wzoru umowy, §6 ust. 2**

Prosimy o uzupełnienie ww. postanowienia wzoru umowy poprzez dodanie zapisu w brzmieniu: „natomiast, w przypadku gdy Zamawiający zalega z płatnościami za dostarczony towar ponad 60 dni licząc od terminu zapłaty, Wykonawca będzie uprawniony do powstrzymania się ze spełnieniem obowiązku kolejnych dostaw do dnia zapłaty całości zaległych należności”.

**Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy.

**Pytanie 8 – dotyczące wzoru umowy, §6**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie postanowienia w brzmieniu:

"Łącznie wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto, określonej w §3 ust. 3 niniejszej umowy".

**Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy.

**Pytanie 9 – dotyczące wzoru umowy, §8 ust. 1**

Prosimy o uzupełnienie postanowienia zapisem w brzmieniu: „, jednakże zgody takiej Zamawiający nie powinien odmówić”.

Wykonawca jest zobowiązany do spełnienia swojego świadczenia przed Zamawiającym i jednocześnie udziela mu kredytu. Wykonawca czyni to w przekonaniu, iż otrzyma ekwiwalent tego świadczenia. Nie zrealizowanie, w przewidzianym w umowie terminie, obowiązku zapłaty z dostarczony towar stanowi w świetle przepisów Kodeksu Cywilnego niewykonanie zobowiązania. W związku z czym Wykonawca powinien mieć prawo, w sytuacji gdy dojdzie do naruszenia przez Zamawiającego, postanowień umownych w tym zakresie, do odzyskania należnego mu wynagrodzenia na drodze prawem przewidzianych środków. Jednym z tych środków jest prawo przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią. Zamawiający ogranicza uprawnienia Wykonawcy w tym zakresie zastrzegając sobie prawo do nie wyrażenia zgody na cesję, tym samym wyłączając prawo do podochodzenia należnego Wykonawcy świadczenia, poza drogą przymusu sądowego. Tak skonstruowany zapis daje Zamawiającemu pełną swobodę i dowolność w podejmowaniu decyzji, co w istocie jest narzuceniem Wykonawcy uciążliwych warunków umownych w zakresie egzekwowania swoich praw. Dlatego też działając w ramach zasady równości praw i obowiązków stron Wykonawca prosi, o zwrot, iż zgody takiej nie można bezpodstawnie odmówić.

**Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy.

**Pytanie 10 – dotyczące SIWZ – projekt umowy dzierżawy – §1 ust. 1**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopisanie po słowach „w terminie do 30dni” wyrażenia „roboczych”?

**Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę na dopisanie po słowach „w terminie do 30dni” wyrażenia „roboczych”.

**Pytanie 11 – dotyczące SIWZ – projekt umowy dzierżawy – §2**

Czy Zamawiający wyraża zgodę na dopisanie ustępu w brzmieniu:

„Wydzierżawiający jest uprawniony do dokonywania kontroli sposobu używania przedmiotu dzierżawy w dowolnym czasie”.

**Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę na dopisanie w/w paragrafie ustępu w brzmieniu:

**„Wydzierżawiający jest uprawniony do dokonywania kontroli sposobu używania przedmiotu dzierżawy w dowolnym czasie”.**

#### **Pytanie 12 – dotyczące SIWZ – projekt umowy dzierżawy – §4**

Prosimy o dodanie postanowienia w następującym brzmieniu:

„W wypadku przekroczenia terminu zapłaty za czynsz Wydzierżawiający będzie uprawniony do naliczania odsetek ustawowych za każdy dzień opóźnienia w zapłacie.”

#### **Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę na dopisanie w/w paragrafie ustępu w brzmieniu: „***W wypadku przekroczenia terminu zapłaty za czynsz Wydzierżawiający będzie uprawniony do naliczania odsetek ustawowych za każdy dzień opóźnienia w zapłacie.***”

#### **Pytanie 13 – dotyczące SIWZ – projekt umowy dzierżawy – §5 ust. 1**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dopisanie po słowach „w terminie 7dni” wyrażenia „roboczych”?

#### **Odpowiedz**

W/w ustępie nie ma takiego zapisu.

#### **Pytanie 14 – dotyczące SIWZ – projekt umowy dzierżawy – §5 ust. 4**

Prosimy o dokonanie poprawy wyrażen „Najemca” i „Wynajmujący” na „Dzierżawca” i „Wydzierżawiający”.

#### **Odpowiedz**

Zamawiający wyraża zgodę.

#### **Pytanie 15 – dotyczące Zadania 45**

Zamawiający zgodnie z warunkami granicznymi postawionymi dla zadania 45 wymaga wyłącznie dostarczenia wszystkich produktów od jednego producenta. Wnosimy o wykreślenie tego zapisu, gdyż stawianie wymogu, aby wszystkie produkty pochodziły od jednego producenta jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ukierunkowany na konkretnego Wykonawcę, co zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

Zamawiający wymagając odczynników posiadających CE oraz odpowiednie dokumenty dopuszczające je do obrotu ma pewność, iż są to wyroby spełniające jego wymagania, na których dokona odpowiednich badań, wyprodukowanych według ściśle określonych norm, w związku z czym nie muszą one pochodzić tylko i wyłącznie od jednego producenta, a taki zapis stoi w sprzeczności z ustawą Pzp oraz narusza art. 17 ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Opisane w SIWZ czynności Zamawiającego powodują naruszenie podstawowych zapisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wskutek czego firma nasza dozna uszczerbku interesu prawnego tj.

1. naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich Wykonawców.
2. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawa Zamówień Publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu Klienta.
3. naruszenie art. 36 ustawy Prawa Zamówień Publicznych poprzez wadliwe sporządzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia (Pakiet 10 punkt 8 warunków dodatkowych) cyt. „8. Wszystkie produkty od jednego producenta (metody w pełni zwalidowane)”.
4. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszeniu na klientach wyboru określonego wykonawcy.

5. Ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów
6. Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE
7. Dyrektywy 98/78/WE poprzez łamanie praw producenta .

Jednocześnie wnoszę o:

wykreślenie wymogu zaferowania produktów pochodzących od jednego producenta.

#### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do przestrzegania wszystkich obowiązków wynikających z Ustawy Prawa Zamówień Publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003r. Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów utrudniających dostęp wszystkim Oferentom do udziału w postępowaniu, które wskazywałyby konkretny wyrób bądź określone wielkości opakowania dostępne u konkretnego producenta. Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub dostawcę.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest ewidentnie adresowana jest do wąskiego grona oferentów co ogranicza tym samym dostęp do postępowania innym oferentom z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Prawa Zamówień Publicznych. W takim przypadku został naruszony powyższy artykuł albowiem preferowane są zalecane przez producenta odczynniki, a jakiegokolwiek preferencje są niedopuszczalne z uwagi na istniejącą w tym zakresie przedmiotową konkurencję oraz istnienie innych producentów, których odczynniki spełniają parametry użytkowe i są z powodzeniem używane w innych jednostkach służby zdrowia w całej Europie.

Należałoby też nadmienić, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem, Zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza Orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. Zespół Arbitrów z dnia 28 czerwca 2000r. Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00. Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania art. 30 Prawa Zamówień Publicznych i stosowania opisu przedmiotu zamówienia odnosząc się do Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane aby dostęp do postępowania był równy dla wszystkich oferentów z krajów Unii Europejskiej zgodnie z Dyrektywa 2004/18/WE.

Powyższe działanie Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z Prawem Zamówień Publicznych ma decydujący wpływ na unieważnienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienia publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Wykreślenie zapisu w sposób opisany powyżej pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z Prawem Zamówień Publicznych i tym samym umożliwi ubieganie się o zamówienie publiczne innym Wykonawcom.

Ponadto wskazujemy, że na rynku UE znajdują się systemy dopuszczające używanie innych odczynników niż producenta tzw. system OTWARTY jednocześnie gwarantujący walidację metody w sposób prawidłowy zgodnie z SOP w laboratorium Zamawiającego. Jeden producent wskazuje na wymaganie oferowania drogiego systemu.

Ponadto informujemy, że istnieją inni producenci, oferujący równoważne odczynniki, spełniające parametry użytkowe i gwarantujące walidację metody

Informujemy, że to producent zgodnie z Dyrektywą 98/79/WE, bierze pełną odpowiedzialność za odczynniki z konsekwencjami ustawowymi, a jakiegokolwiek preferencje Zamawiającego godzą z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Prawa Zamówień Publicznych.

Wobec powyższego wnosimy jak na wstępie o wykreślenie wymogu zaferowania odczynników pochodzących od jednego producenta wskazanych dla zadania 45.

## **Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę zapisów SIWZ. Zamawiający wymaga odczynników do zamkniętego systemu DiaMed którego jest właścicielem i postępuje zgodnie z zapisami instrukcji obsługi w/w sprzętu. Zamawiający wymaga odczynników od producenta owego systemu, jednocześnie dopuszcza odczynniki równoważne, które uzyskały akceptację producenta systemu i zostały zwalidowane do stosowania z tym systemem. Gwarantuje to rękojmię producenta za działanie całego systemu i jego odpowiedzialność w przypadku wystąpienia nieprawidłowych wyników badań z użyciem tego systemu.

## **Pytanie 16 – dotyczące Zadania 45**

Zamawiający zgodnie z warunkami granicznymi postawionymi dla zadania 45 oraz opisem przedmiotu zamówienia wymaga załączenia dokumentu wystawionego przez producenta sprzętu lub autoryzowany serwis, potwierdzający, że odczynniki mogą być stosowane w posiadanym przez Zamawiającego systemie DiaMed. Wnosimy o wykreślenie tego zapisu, gdyż stawianie wymogu, jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ukierunkowany na konkretnego Wykonawcę, co zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm). Zamawiający wymagając odczynników posiadających CE oraz odpowiednie dokumenty dopuszczające je do obrotu ma pewność, iż są to wyroby spełniające jego wymagania, na których dokona odpowiednich badań, wyprodukowanych według ściśle określonych norm, w związku z czym nie muszą one pochodzić tylko i wyłącznie od jednego producenta, a taki zapis stoi w sprzeczności z ustawą Pzp oraz narusza art. 17 ust. 1 pkt. 1 i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Opisane w SIWZ czynności Zamawiającego powodują naruszenie podstawowych zapisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wskutek czego firma nasza dozna uszczerbku interesu prawnego tj.

1. naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich Wykonawców.
2. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawa Zamówień Publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu Klienta.
3. naruszenie art. 36 ustawy Prawa Zamówień Publicznych poprzez wadliwe sporządzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia (Pakiet 10 punkt 8 warunków dodatkowych) cyt. „8. Wszystkie produkty od jednego producenta (metody w pełni zwalidowane)”.
4. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszeniu na klientach wyboru określonego wykonawcy.
5. Ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów
6. Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE
7. Dyrektywy 98/78/WE poprzez łamanie praw producenta .

Jednocześnie wnoszę o:

wykreślenie wymogu załączenia dokumentu wystawionego przez producenta sprzętu lub autoryzowany serwis, potwierdzający, że odczynniki mogą być stosowane w posiadanym przez Zamawiającego systemie DiaMed.

I. Wymagania załączenia do oferty dokumentu producenta wirówki lub autoryzowanego serwisu na potwierdzenie zgodności przeznaczenia oferowanych odczynników do użytku ze sprzętem posiadanym przez Zamawiającego stanowi o jawnym naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1271)- zwanej dalej [uPzp] – poprzez naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 25 ust. 1 uPzp oraz art. 29 ust. 2 uPzp.

Wskazać należy, iż wobec wprowadzenia do siwz ww. dokumentu można i należy postawić tożsamy zarzut dyskryminacji pośredniej.

Wymaganie złożenia przez Wykonawców z ofertą dokumentu producenta - podlega oczywistej dyskwalifikacji jako wprowadzone z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Oczywistym jest, iż nie jest możliwym i wykonalnym uzyskanie powołanego dokumentu od producenta sprzętu (wirówek) przez wykonawcę – konkurenta tego producenta w zakresie odczynników oferowanych do przedmiotowego sprzętu.

Żądanie złożenia ww. dokumentu stanowi przejaw takiego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, aby celowo i świadomie wprowadzić do siwz element dyskryminujący wszystkich wykonawców poza jednym tj. producentem sprzętu posiadanego przez Zamawiającego (DiaMed) oraz jego dystrybutorem ( DiaHem).

DiaHem AG Diagnostic Products jest wyłącznym partnerem i dystrybutorem firmy DiaMed na terenie Polski (informacja pozyskana ze strony internetowej firmy DiaHem:

[http://diahem.pl/frontend/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2&Itemid=4](http://diahem.pl/frontend/index.php?option=com_content&task=view&id=2&Itemid=4)).

W zakresie żądania przez Zamawiających „oświadczeń producentów” wypowiedziało się KIO (wyrok KIO z dnia 5 września 2008 r., sygn. akt KIO /UZP 881/08 ) stwierdzając, iż „(...) wymóg postawiony w SIWZ w rozdziale IV, podrozdział II pkt. 1.2 jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, ponieważ umożliwiał de facto gwarantowi drukarek (który równocześnie był zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu) decydowanie, kto będzie mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia, zatem naruszał art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Tak postawiony wymóg świadczy też pośrednio o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia, co z kolei narusza art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (...).”

Z wyroku KIO wynika, iż powyższe wadliwe zapisy siwz w razie ich podtrzymania, stanowią podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych – z tego powodu, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podtrzymanie przez Zamawiającego w siwz żądań co do złożenia ww. dokumentu - nosi znamiona dyskryminacji pośredniej, gdyż Zamawiający co prawda nie powołuje w siwz nazw konkretnego producenta czy produktu, ale używane przez zamawiającego parametry wskazują na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Orzecznictwo KIO w powyższym zakresie jest jednolite i utrwalone.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w wyroku z 1 października 2008 r. (KIO/UZP 984/08) za dyskryminację pośrednią uznała również stawianie wygórowanych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Zamawiający w tym przypadku nie podał co prawda wprost znaków towarowych ani nazwy producenta produktu w opisie przedmiotu zamówienia, ale niezależnie od tego doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców, na co wskazują bezpośrednio zapisy zawarte w SIWZ. Ponadto KIO uznała za uprawdopodobnioną okoliczność, że Zamawiający – opisując zamówienie – kierował się cechami obecnie użytkowanego urządzenia tejże firmy. Rozstrzygając ww. sprawę, KIO odwołała się także do orzecznictwa sądowego (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r., sygn. II Ca 693/5), zgodnie z którym zamawiający powinien skutecznie udowodnić, iż więcej niż jeden produkt spełnia wyznaczone w SIWZ parametry graniczne – inaczej eliminacja technologii innych producentów jest naruszeniem art. 29 ust. 2 uPzp. Także w wyroku z 21 lipca 2008 r. (KIO/UZP 682/08) KIO wyraziła pogląd, iż treść przepisów art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie może bezpośrednio ani także pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców, a również – musi

odzwierciedlać rzeczywiste, racjonalne potrzeby zamawiającego. Natomiast w wyroku z 21 maja 2008 r. (KIO/UZP 442/08) KIO stwierdziła konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też eliminowałyby konkretnych wykonawców z postępowania lub powodowały uprzywilejowanie jednego z wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) 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.

Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”.

Także żądanie wymagania załączenia do oferty dokumentu wystawionego przez producenta sprzętu lub autoryzowany serwis, potwierdzającego, że odczynniki mogą być stosowane w posiadanym przez Zamawiającego systemie DiaMed podlega pod zarzut dyskryminacji pośredniej.

Jak wynika z poczynionych wyżej ustaleń DiaHem AG Diagnostic Products jest wyłącznym partnerem i dystrybutorem firmy DiaMed na terenie Polski, z czego wynika wprost, iż inny podmiot niż DiaHem nie uzyska od producenta wirówki DiaMed jakiegokolwiek dokumentu (oświadczenia), bowiem byłoby to działanie na niekorzyść własnej spółki. Ogólnie dostępną informacją ( w tym w szczególności dla Zamawiającego, który jest profesjonalistą ) jest, iż Wykonawca i firma DiaHem konkurują ze sobą na terenie Polski, co stanowi potwierdzenie na wyżej poczynione stwierdzenia odnośnie braku realnej możliwości uzyskania ww. dokumentu/oświadczenia od producenta wirówki, w której posiadaniu jest Zamawiający.

II. Wykonawca zarzuca także, iż Zamawiający wymaga złożenia do oferty dokumentu/oświadczenia jw. – które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania na dostawę odczynników analitycznych i sprzętu laboratoryjnego dla potrzeb 107 Szpitala Wojskowego z Przychodnią w Wałczu.

Wykonawca stwierdza, iż wprowadzenie do postępowania na dostawę – wymagania złożenia dokumentu w zakresie potwierdzającym, iż części zamiennie mogą być stosowane w posiadanym przez Zamawiającego systemie DiaMed wystawione przez producenta lub autoryzowany serwis przedmiotowej aparatury – ocenić należy jako wymaganie nieważne, bowiem wykraczające poza dyspozycję art. 25 ust. 1 uPpz. Przepis powyższy wyraźnie limituje zakres dokumentów jakich może żądać Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie do dokumentów niezbędnych potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez Zamawiającego. Nadto wskazać należy, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do badań serologicznych techniką mikrotestów kolumnowych żelowych, a nie dostawa części zamiennych do posiadanej przez Zamawiającego aparatury.

Punktem wyjścia do ustalenia zakresu niezbędności jest przedmiot danego postępowania, w nin. przypadku jest to dostawa. Zamawiający uprawiony wobec tego jest do określenia wymagań od przedmiotu dostawy i żądania dokumentów/oświadczeń na potwierdzenie spełniania tych wymagań. W oparciu o zapisy siwz stwierdzić można, iż przedmiotem ww. postępowania nie jest usługa serwisowa wirówki, usługa serwisowa oprogramowania, dostawa części zamiennych, wobec czego żądanie od Wykonawców złożenia dokumentu od producenta tego sprzętu lub autoryzowanego serwisu na okoliczność realizacji stosowania odczynników i części zamiennych jawnie wykracza



poza niezbędność, o której stanowi art. 25 ust. 1 uPpz.

Dodać należy, iż w nin. postępowaniu Zamawiający winien ustalić przed jego wszczęciem czy i jaka jest grupa podmiotów mogących realizować taką usługę. Uwzględniając zapisy zamieszczone na stronie internetowej firmy DiaHem, zasadnie przyjąć należy, iż jedynie ten podmiot dysponuje legitymacją od producenta DiaMed do wykonywania dostaw zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie w takiej sytuacji Zamawiającemu bezwzględnie nie wolno wprowadzać do siwz realizacji ww. usługi, bowiem z przyczyn wyżej wskazanych bezpośrednio ogranicza to dostęp do uzyskania przedmiotowego zamówienia i jest to ograniczenie wyłącznie do firmy DiaHem, co podlega kwalifikacji jako rażące naruszenie art. 7 ust.1 uPpz.

Wykonawca wskazuje, iż powołany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 marca 2013 r. przepis art. 90 ust. 4 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych ( Dz.U. nr 107 , poz. 679 z zm. ) nie stanowi uzasadnienia dla żądania złożenia przez Wykonawcę dokumentu wystawionego przez producenta lub autoryzowany serwis w przedmiotowym postępowaniu. Przywołany przepis stanowić może uzasadnienie na okoliczność dokonywania opisu przedmiotu zamówienia usługi serwisu sprzętu będącego w posiadania Zamawiającego.

Nadto Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z zapisami ustawy Pzp podpisanie umowy, której podstawą, a zarazem integralną częścią byłaby oferta w sposób tak rażący naruszająca zapisy ustawy byłoby bezprawne, a umowa taka nieważna z mocy prawa. Jest to zdefiniowane wprost przez Ustawodawcę w art. 146 ustawy PZP. Ewentualne podpisanie jej i późniejsza realizacja w tym stanie prawnym staje się rażącym naruszeniem nie tylko ustawy PZP, ale również ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. O odpowiedzialności za naruszeni dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności art. 17 ust. 1 pkt. 1 i 3, art. 17. ust. 1c, którego treść jednoznacznie mówi, że „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określone w pkt. 1 i 1b, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum pisma.

#### **Odpowiedz**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę zapisów SIWZ. Zamawiający wymaga odczynników do zamkniętego systemu DiaMed którego jest właścicielem i postępuje zgodnie z zapisami instrukcji obsługi w/w sprzętu. Zamawiający wymaga odczynników od producenta owego systemu, jednocześnie dopuszcza odczynniki równoważne, które uzyskały akceptację producenta systemu i zostały zwalidowane do stosowania z tym systemem. Gwarantuje to rękojmię producenta za działanie całego systemu i jego odpowiedzialność w przypadku wystąpienia nieprawidłowych wyników badań z użyciem tego systemu.

#### **Pytanie 17 – dotyczące Zadania 45**

Czy w Zadaniu 45 Zamawiający dopuści zaokrąglanie oferowanych odczynników do pełnych opakowań handlowych lub możliwość podania ilości z zaokrągleniem do 2 miejsc po przecinku, tak aby oferty różnych oferentów były równoważne?

#### **Odpowiedz**

Zamawiający dopuszcza możliwość podania ilości z zaokrągleniem do 2 miejsc po przecinku.

#### **Pytanie 18 – dotyczące Zadania 45**

Prosimy o doprecyzowanie w zakresie pakietu 45 Zamawiający prowadzi postępowanie do posiadanego zamkniętego 6 – kolumnowego systemu DiaMed?

#### **Odpowiedz**

Tak.

**Pytanie 19 – dotyczące Zadania 45**

Czy Zamawiający wymaga aby zaoferowane w pakiecie 45 odczynniki były zgodne z instrukcjami używania sprzętu będącego w posiadaniu Zamawiającego?

**Odpowiedz**

Tak.

**Pytanie 20 – dotyczące Zadania 45**

Czy zamawiający dopuści termin załatwienia reklamacji wynoszący 14 dni, co podyktowane jest procedurą Producenta i wynika z jego siedziby poza granicami Polski?

**Odpowiedz**

Tak.