



Poznań, dnia 28 lipca 2008 roku

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki
Zdrowotnej w Przeworsku**
ul. Szpitalna 16
37-200 Przeworsk

Dotyczy:

Przetargu nieograniczonego na
„Dostawę odczynników bakteriologicznych
wraz z dzierżawą analizatora z podziałem
na zadania” ogłoszonego w Biuletynie
Zamówień Publicznych w dniu 23 lipca
2008 roku pod numerem 168952-2008;
KOD CPV: 33124110-9;

Oferent/Wykonawca:

Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
ul. Przelot 24, 60-408 Poznań,
zastępowana przez radcę prawnego
Tomasza Filipowskiego ze spółki „Siuda,
Filipowski i Partnerzy Spółka Adwokatów i
Radców Prawnych”, ul. Konopnickiej 6/3,
60-771 Poznań.

Kod CPV: 33124110-9

**PROTEST W POSTĘPOWANIU
O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Działając w imieniu spółki Argenta Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, legitymowany udzielonym pełnomocnictwem (w załączeniu), na zasadzie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 j.t z późn. zm.), niniejszym składam protest na czynność podjętą przez Zamawiającego – treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegającą na opisie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 tj. polegającą na:

SIUDA, FILIPOWSKI I PARTNERZY
Spółka Adwokatów i Radców Prawnych
ul. Konopnickiej 6/3, 60-771 Poznań
telefon +48 61 8522809
faks +48 61 8557594
e-mail: biuro@siuda-filipowski.pl
www.siuda-filipowski.pl
KRS 0000169600
NIP 778-141-12-26

1. Jednoczesnym i łącznym umieszczeniu w Zadaniu nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej jako SIWZ) tj. w pozycji numer od 1-17, 36-49, 54-55 umieszczono testy podłoża i odczynniki produkowane tylko i wyłącznie przez spółkę bioMerieux, którą mogą być zastosowane jedynie przy wykorzystaniu odpowiedniego analizatora (produkowanego tylko i wyłącznie również przez spółkę bioMerieux) - łącznie z innymi podłożami, testami i odczynnikami które nie wymagają dla swego zastosowania ww. aparatu a które mogą być dostarczone przez wielu innych oferentów-wykonawców oraz polegającą na żądaniu przez Zamawiającego dostarczenia również analizatora bakteriologicznego do identyfikacji i oznaczania lekowrażliwości drobnoustrojów na antybiotyki określonego jako „mini API” - tj. analizatora produkowanego tylko przez spółkę bioMerieux a nadto polegającą na takim określeniu i sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w szczególności niektórych rodzajów testów, odczynników i podłoży (w szczególności podłoży wskazanych w poz. 37, 38 i 39) jak również takie opisanie analizatora poprzez bezpośrednie wskazanie znaku towarowego producenta tj. znaku API, który to znak jest zarejestrowany w Urzędzie Patentowym RP przy jednoczesnym braku dopuszczenia ofert równoważnych oraz braku dopuszczenia składania ofert wariantowych, co jednoznacznie wskazuje przy braku możliwości składania ofert częściowych na poszczególne pozycje w Zadaniach na potencjalnego wykonawcę przedmiotu zamówienia, tj. spółkę bioMerieux – tylko bowiem ten podmiot na rynku produkuje ww. analizator i wskazane w ww. pozycjach produkty;

Powyższą specyfikację zaskarżam i oprotestowuję w części, w jakiej:

1. zamawiający wymaga by Oferent-Wykonawca dokonał dostawy zarówno podłoży które są produkowane tylko i wyłącznie przez spółkę bioMerieux (tj. produktów wskazanych pod pozycjami numer od 1-17, 36-49, 54-55 w Zadaniu nr 1 SIWZ Załącznik nr 2) oraz które wymagają dla swego zastosowania analizatora tej firmy oraz jednocześnie podłoży, odczynników i testów, które w żaden sposób nie są powiązane z ww. aparatem a które jest w stanie dostarczyć większość oferentów na rynku, przy czym sposób opisu ww. produktów jednoznacznie wskazuje na potencjalnego wykonawcę zamówienia – przy jednoczesnym braku wskazania iż zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych, - przy czym zamieszczenie wszystkich tych substancji w jednym zadaniu nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

oraz w części w jakiej:

2. zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia poprzez pominięcie cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posługuje się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu, co w konsekwencji doprowadziło do bezpośredniego wskazania konkretnego wykonawcy zamówienia poprzez wskazanie znaku towarowego analizatora tj. użycie zarejestrowanego w Urzędzie Patentowym RP znaku towarowego:

API - (zgłoszonego do ochrony w dniu 10.09.1976 roku przez spółkę bioMerieux; kategoria i numer ochrony: TOW: (111) 55017), jak również poprzez takie opisanie niektórych pozycji w zadaniu nr 1 (załącznik nr 2 poz. 37-39) który pomimo braku wskazania znaku towarowego, poprzez nazwę jak i wskazanie sposobu pakowania wymienionych tam substancji jednocznie wskazuje na wykonawcę zamówienia - oraz w części w jakiej wskazaniu tego przedmiotu zamówienia nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny” , nadto poprzez brak określenia na czym ewentualnie miałyby polegać powyższa równoważność;

Podanym zapisom treści specyfikacji zarzucam:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nadanie specyfikacji treści, i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób który narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do sytuacji, w której warunki przetargu jest w stanie spełnić tylko jeden podmiot będący jednocześnie wyłącznym producentem podłoży, odczynników i testów które wymagają dla swego wykorzystania analizatora spółki bioMerieux oraz podłoży, odczynników i testów niewymagających użycia ww. urządzenia , jak też będący jedynym producentem przedmiotowego analizatora, który to analizator opisany został poprzez użycie zarejestrowanego przez Urząd Patentowy znaku towarowego API (zgłoszonego do ochrony w dniu 10.09.1976 roku przez spółkę bioMerieux; kategoria I numer ochrony: TOW: (111) 55017) - przy czym warunki te może spełnić tylko jeden podmiot na rynku zakupu i dostaw produktów będących przedmiotem zamówienia tj. spółka bioMerieux sp. z o.o., a nadto warunki te nie są konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o zmianę treści specyfikacji poprzez usunięcie z niej postanowień (zapisów) niezgodnych z przepisami prawa tj. zmianę przedmiotu zamówienia w taki sposób by odzwierciedlał wymagania Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie producentów i dostawców testów, odczynników i podłoży, a w szczególności poprzez wyodrębnienie do odrębnego zadania z Zadania nr 1 SIWZ podłoży, odczynników i testów, które nie wymagają dla swego zastosowania analizatora bakteriologicznego do identyfikacji i oznaczania lekowrażliwości drobnoustrojów na antybiotyki (analizator mini API), tj. produktów wskazanych w poz. 18-35 i od 50-53 a nadto poprzez zmianę opisu tychże odczynników, testów i podłoży bez nawiązań do konkretnego producenta z pominięciem bezpośredniego wskazania znaków towarowych spółki bioMerieux oraz poprzez dodanie słów „lub równoważny” przy opisie tychże produktów i określenie na czym owa równoważność miałyby polegać.

Uzasadnienie

I.

Interes prawny spółki Argenta Sp. z o.o. w złożeniu niniejszego protestu polega na tym, iż spółka ta jest podmiotem dokonującym dostaw przedmiotów wskazanych w treści specyfikacji, zamierza złożyć ofertę w opisanym wyżej postępowaniu i pobrała specyfikację.

II.

W toku przetargu nieograniczonego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lipca 2008 roku (nr ogłoszenia: 168952-2008; KOD CPV: 33124110-9) przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Przeworsku, na zadanie pn. „Dostawa odczynników bakteriologicznych wraz z dzierżawa analizatora z podziałem na zadania” w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w Zadaniu nr 1 – Załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający umieścił w jednym zadaniu jednocześnie podłoża, odczynniki i testy które produkowane są tylko i wyłącznie przez spółkę, bioMerieux (poz. 1-17, 36-49, 54-55) i które dla swego zastosowania wymagają wykorzystania aparatu produkowanego również tylko i wyłącznie przez spółkę bioMerieux wraz z produktami które są dostarczane i mogą być produkowane przez wielu przedsiębiorców na rynku polskim oraz w Załączniku nr 3 (również Zadanie nr 1) do SIWZ, Zamawiający umieścił w analizator bakteriologiczny do identyfikacji i oznaczania lekowrażliwości drobnoustrojów na antybiotyki (oznaczony jako analizator mini API), produkowany tylko przez bioMerieux, który łącznie z produktami wymienionymi powyżej w Załączniku nr 2 stanowi nierozdzielny przedmiot zamówienia, nie podlegający możliwości dokonania dostawy częściowej w ramach Zadania, lub wariantowej. Nadto ww. analizator został opisany poprzez wykorzystanie zarejestrowanego znaku towarowego spółki bioMerieux tj. znaku API, zaś przy opisie substancji wskazanych w Załączniku nr 2 (w pozycji nr 37-39) pośrednio poprzez zastosowany opis przedmiotu zamówienia wskazano na wykonawcę zamówienia tj. spółkę bioMerieux. Jednocześnie w obu Załącznikach przy opisie ww. produktów nie zastosowano wzmianki „lub równoważne” i nie wskazano, na czym miałyby polegać ewentualna równoważność zaoferowanych przez wykonawców produktów. Nadto Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych w ramach poszczególnych zadań. Powyższe powoduje sytuację, iż tylko w zasadzie jeden podmiot tj. spółka bioMerieux jest w stanie spełnić warunki postępowania o udzielenie zamówienia.

III.

Odnosząc się do treści powyższych warunków bezspornie wskazać należy, iż łamią one zakaz określony w art. 7 ust. 1 oraz w art. 22 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), tj. postanowienie stanowiące, iż Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję jak również co do zasady przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia bądź też poprzez odniesienia się do konkretnego producenta co w przedmiotowym przypadku bezspornie zachodzi.

Przed wszystkim wskazać należy, iż zgodnie z ustawą z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 07.50.331 z późn. zm.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności m.in. na: ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; podziale rynków zbytu lub zakupu; uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

Porozumienia, te z mocy ust. 2 ww. przepisu są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8 ww. ustawy.

Z kolei art. 9 ww. ustawy stanowi, iż zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużycie to może polegać w szczególności na: bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów; uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.

Jednocześnie czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Wskazać bezspornie należy, iż zgodnie z przepisami ww. ustawy Zamawiający jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt. 1)a). Ma on, zatem obowiązek przestrzegać zasad wolnej konkurencji. Wymogi wprowadzone przepisami ww. ustawy odnoszą się, bowiem w równym stopniu do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może, zatem opisywać przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję jak również nie może żądać dostarczenia produktów, które nie mają rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Nadto zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 j.t. z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku, które może wyrażać się m.in. poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów jak też działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Obowiązkowi równego traktowania przez zamawiających wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada uprawnienie potencjalnych wykonawców do traktowania ich w toku postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. W tym celu Zamawiający obowiązany jest przy dołożeniu należytej staranności eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy (tak m.in. E. Norek, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 37). Tym bardziej na zamawiającym ciąży obowiązek takiego określenia warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby w żaden sposób nie utrudniało to konkurencji między podmiotami biorącymi udział w przetargu.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie spełnia stawianych mu przepisami warunków. Zamawiający w jednym zadaniu zawarł zarówno podłoża, testy i odczynniki, które produkowane są tylko i wyłącznie przez spółkę bioMerieux i mogą być zastosowane tylko przy użyciu aparatu produkowanego również wyłącznie przez tę spółkę (produkty zamieszczone w szczególności w pozycji nr 1-17, 36-49, 54-55), jak też substancje, które w żaden sposób nie są powiązane z ww. aparatem (tj. pozycje nr 18-35, 50-53) jak też Zamawiający w tym samym Zadaniu – odrębnym załączniku (Załącznik nr 3) umieścił analizator, którego wyłącznym producentem jest spółka bioMerieux.

Jednocześnie zamawiający w sposób niezgodny z art. 29 ust. 2 i 3 dokonał opisu przedmiotowych produktów – w szczególności analizatora oraz produktów określonych w poz. od 37-39) poprzez wskazanie producenta oraz znaku towarowego producenta, od którego mają pochodzić (zarejestrowany znak towarowy spółki bioMerieux - API) oraz wskazaniu takiemu nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny”, co w zasadzie spowodowało skutek tożsamy z żądaniem by wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia pochodziły od jednego producenta, co nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia ani też nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Przepis, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Nadto ust. 3 tego przepisu zakazuje również opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

W przedmiotowym przypadku zamawiający, w ogóle nie zawarł przy opisie zarówno produktów zamieszczonych pod poz. 37-39 jak i analizatora (Załącznik nr 2 i 3) wskazania, iż dopuszcza składanie ofert na produkty równoważne, nie określił także, na czym owa równoważność miałaby polegać. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Urzędu Zamówień Publicznych „ dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez Zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość ich porównania. Nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazanie przez Zamawiającego na konkretny znak

towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu." (tak ZAUZP w wyroku z dnia 22 kwietnia 2005 roku, UZP/ZO/0-761/05, opublikowany w LEX nr 179330).

Nadto wskazanie zastosowane przez Zamawiającego nie świadczy także o możliwości dostarczenia innych produktów, skoro te wskazane w specyfikacji są produkowane jedynie przez jeden podmiot. Trudno w takim przypadku mówić o równoważności oferty.

W odniesieniu zaś do analizatora z Załącznika nr 3 Zadania nr 1 Zamawiający w ogóle nie dopuścił możliwości składania ofert równoważnych, wręcz odmiennie – bezpośrednio poprzez użycie znaku towarowego wskazał na aparat produkowany przez bioMerieux.

Powyższe stanowisko zgodne jest z linią orzeczniczą Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. I tak:

W orzeczeniu z dnia 19 września 2007 roku (wyrok Zespołu Arbitrów UZP z dnia 19 września 2007 roku, UZP/ZO/0-1140/07, opublikowany w LEX pod numerem 321699) UZP stwierdził, iż: „ Nie znajduje uzasadnienia w świetle potrzeb Zamawiającego wymóg, aby wszystkie elementy zestawów komputerowych pochodziły od jednego producenta lub były przez niego sygnowane, gdy fakt sygnowania lub opatrywania logiem poszczególnych elementów systemu, w szczególności takich zewnętrznych elementów jak: monitor, klawiatura, mysz w żaden sposób nie wpływa na funkcjonalność całego zestawu. W świetle sytuacji na rynku komputerowym, która cechuje się wysoką specjalizacją wymóg, aby elementy wewnętrzne takie jak: pamięć RAM lub dysk twardy pochodziły od jednego producenta lub były przez niego sygnowane w sytuacji istnienia wielu produktów składających się z elementów wytwarzanych przez różnych producentów, które spełniają najwyższe wymagania jakościowe stanowi nieusprawiedliwione ograniczenie konkurencji.” W przedmiotowej sprawie zamawiający co prawda nie zawarł wymogu by wszystkie testy, podłoża i odczynniki wskazane w Zadaniu nr 1 Załącznik nr 2 pochodziły od jednego producenta, jednakże łącząc produkty wymagające dla swego zastosowania analizatora firmy bioMerieux z tymi które mogą zostać wykorzystane bez użycia tegoż aparatu, jak również umieszczając bezpośrednio aparat produkowany przez tę spółkę w tym samym Zadaniu, doprowadził do ograniczenia konkurencji.

Podobnie orzekł Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 2 lutego 2006 roku, UZP/ZO/0-233/06 opublikowany w LexPolonica nr 1159740 stwierdzając, iż: „ Jeżeli Zamawiający żąda dostawy czterech rodzajów olei wymienionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - olej do silników, olej do automatycznej skrzyni biegów i olej do manualnych przekładni mechanicznych, to nieuzasadnione jest żądanie, aby każdy olej był produkowany przez jednego producenta.”

Dalej w wyroku z dnia 5 maja 2005 roku (wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP-z dnia 05.05.2005 roku, UZP/ZO/0-855/05 opublikowany w LEX pod numerem 176423) UZP uznał iż „warunki udziału w postępowaniu nie mogą być ustalone w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia.”

Szczególne znaczenie w niniejszej sprawie ma wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 maja 2005 roku (wyrok ZAUZP z dnia 19.05.2005 roku, UZP/ZO/0-996/05, opublikowany w LEX pod numerem 179150) którego teza sprowadza się do następującego stwierdzenia: Określanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że pomijając nazwę producenta żąda się praktycznie wyrobów tylko tego producenta jest prawem niedopuszczalne, bowiem narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, którą zamawiający zobowiązany jest przestrzegać. Co do zasady bowiem zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wolno w opisie przedmiotu zamówienia używać określeń wskazujących konkretne produkty, producentów, wskazywać nazw oraz sposobu ich wytwarzania, wskazującego na konkretnego producenta (tak też wyrok ZAUZP z dnia 24 kwietnia 2006 roku, UZP/ZO/0-1114/06, opublikowany w LEX nr 199289).

Zgodzić się należy, iż to Zamawiający decyduje o tym, czy przedmiot zamówienia podzielić na części, i jaki asortyment w poszczególnych częściach powinien się znajdować (tak wyrok ZAUZP z dnia 28 czerwca 2006 roku, UZP/ZO/0-1809/06, opublikowany w LEX nr 199427). Nie sposób jednak zgodzić się ze stwierdzeniem, że „opisanie elementu składowego przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnego producenta i niedopuszczenie zastosowania elementów równoważnych nie narusza przepisu art. 29 ust. 3 p.z.p. Przyjęcie toku rozumowania, w myśl którego dopuszczalne jest wskazanie producenta części składowej zamówienia, prowadziłoby do nielogicznego wniosku, że Zamawiający może dokonać opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie producentów każdego z elementów składowych. Zachowania takiego nie można by uznać za respektujące zasady uczciwej konkurencji będącej jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych (tak wyrok ZAUZP z dnia 10 maja 2006 roku, UZP/ZO/0-1306/06, opublikowany w Lex nr 202841).

Jednocześnie przy braku możliwości składania ofert częściowych w obrębie danego Zadania tj. konieczności złożenia oferty obejmującej cały asortyment w danym zadaniu, w sposób oczywisty może to utrudniać części wykonawcom uzyskanie zamówienia (tak wyrok ZAUZP z dnia 7 lipca 2005 roku, ZP/ZO/0-1656/05, opublikowany w LEX nr 174818). Nadto w tym samym wyroku Zespół Arbitrów wskazał, iż rozumienie oferty równoważnej musi być szerokie i w żadnym wypadku nie może sprowadzać się do oferowania takiego samego produktu – w ten sposób, bowiem Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie Zamawiający winien przedstawić przekonujące argumenty uzasadniające tego rodzaju grupowanie testów, podłoży i odczynników o *de facto* różnym przeznaczeniu.

Wskazać również należy, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, w sytuacji, kiedy istnieją przesłanki do zastosowania tego przepisu (art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie może pominąć możliwości złożenia ofert równoważnych, nie może pominąć w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów "lub równoważne" albo innych o podobnym znaczeniu. (tak m.in. wyrok ZAUZP z dnia 10 lipca 2007 roku, UZP/ZO/0-806/07, opublikowane w LEX nr 341951)

Jednocześnie w wyroku z dnia 14 czerwca 2007 roku (wyrok ZAUZP z dnia 14.06.2007 roku, UZP/ZO/0-670/07, opublikowany w LEX nr 321727) Zespół Arbitrów wyraźnie stwierdził że:

1. Zamawiający, dodając w opisie przedmiotu zamówienia określenie "równoważny", zobowiązany jest zawrzeć określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w kwestii równoważności.
2. Specyfikacja techniczna opisywana przez Zamawiającego określająca parametry równoważności powinna umożliwić oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego.
3. Realizując zamówienia w zakresie dostaw lub usług, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z przyczyn wynikających z praw wyłącznych, Zamawiający nie może łączyć tych zamówień w całość z innymi częściami zamówienia, które mogą być realizowane przez nieograniczony krąg wykonawców na zasadach uczciwej konkurencji.

Nie wdając się szczegółowo w opis stanu faktycznego sprawy, który dotyczył zamówienia na rozbudowę i utrzymanie systemu telekomunikacyjnego Straży Granicznej, wskazać należy główne zarzuty Protestującego, które sprowadzały się do następujących kwestii:

„Zdaniem Protestującego zawarte w SIWZ parametry techniczne sprzętu telekomunikacyjnego posiada wyłącznie sprzęt produkowany przez C. Taki opis parametrów sprzętu teleinformatycznego w SIWZ faktycznie wyklucza z postępowania przetargowego innych producentów lub dostawców, w tym również Protestującego, i tym samym pozbawia potencjalnych wykonawców możliwości złożenia ofert, to z kolei w ocenie Protestującego, narusza podstawową (fundamentalną) zasadę przeprowadzania przetargu publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Nadto zdaniem Protestującego nie ma znaczenia fakt zamieszczenia przez Zamawiającego w pkt IV podpunkcie 2 SIWZ postanowienia, że "Jeżeli w OPZ (opis przedmiotu zamówienia) użyto do opisanie przedmiotu zamówienia oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta, konkretny produkt lub wskazano znaki towarowe, patenty lub pochodzenie urządzeń, Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych, przez które należy rozumieć produkty o parametrach nie gorszych niż przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia, kompatybilne (współpracujące) z rozbudowanym systemem w tym zakresie, co produkty określone w OPZ", bowiem parametrów równoważnych nie posiada sprzęt teleinformatyczny produkowany przez inne podmioty czy wykonawców. Parametry zawarte w SIWZ posiada wyłącznie sprzęt produkowany przez jednego wykonawcę, tj. C. Zamawiający przy określaniu w SIWZ wymagań dotyczących sprzętu teleinformatycznego posługuje się terminologią używaną przez C. oraz rozwiązaniami technicznymi opatentowanymi przez ww. firmę. Powyższe uzasadnia, zdaniem Protestującego, iż sposób sformułowania SIWZ faktycznie gwarantuje wyłączność na uczestnictwo w przetargu Spółce C. lub jej partnerom, co jest krzywdzące dla innych wykonawców oraz sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a także pozbawia Zamawiającego konkurencyjności przy wyborze ceny i może doprowadzić do jej sztucznego zawyżenia.

Przy tak skonstruowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dojdzie, bowiem do wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż nie będą w nim uczestniczyć rywalizujący ze sobą cenowo wykonawcy."

Zespół Arbitrów uznał, iż odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego, (którym oddalono protest) zasługuje na uwzględnienie. W uzasadnieniu wyroku wskazał, iż:

„Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W szczególności przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzależnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". W wyroku z dnia 18.12.2003 r. Zespół Arbitrów wskazał, że Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Odstępstwo od wyżej wymienionych zasad wynika z art. 29 ust. 3 p.z.p., stosownie do którego w przypadku, gdy jest to uzależnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, jeżeli określeniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Przepis ten ma charakter normy *lex specialis* i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach oraz interpretowany wyjątkowo ściśle. Poprzez dodanie słów "równoważny" wskazane przez Zamawiającego produkty mogą mieć charakter wyłącznie przykładowy. Zamawiający, dodając określenie "równoważny", zobowiązany jest zawrzeć określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w kwestii równoważności. Należy mieć również na uwadze, iż specyfikacja techniczna opisywana przez Zamawiającego określająca parametry równoważności powinna umożliwić oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego. Specyfikacje nie powinny prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania wykonawców lub oferowanych przez nich produktów. W niniejszym postępowaniu wprawdzie Zamawiający spełnił formalny warunek z art. 29 ust. 3 p.z.p., dopisując słowa "lub równoważny" jednakże specyfikacja urządzenia równoważnego została przygotowana przez Zamawiającego w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję. Również w innych częściach przedmiotu zamówienia Zamawiający opisywał warunki równoważności w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, domagając się, by oprogramowanie urządzenia realizując określoną funkcję posługiwało się bezwzględnie protokołem RSVP, który na zasadzie wyłączności używany jest przez jednego producenta (pkt 5.1.1.3 załącznika nr 1 do SIWZ). Zespół Arbitrów rozumie złożoność przedmiotu zamówienia oraz jego niejednorodność, jednakże stoi na stanowisku, iż opisywanie przedmiotu zamówienia oraz łączenie jego elementów w całość nie może naruszać

zasady uczciwej konkurencji oraz ograniczyć dostępu wykonawców do realizacji zamówienia. Realizując zamówienia w zakresie dostaw lub usług, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z przyczyn wynikających z praw wyłącznych, Zamawiający nie może łączyć tych zamówień w całość z innymi częściami zamówienia, które mogą być realizowane przez nieograniczony krąg wykonawców na zasadach uczciwej konkurencji. W ocenie Zespołu Arbitrów, takie opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 3 p.z.p. oraz zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., utrudniając dostęp do udziału w postępowaniu."

Podobnie w wyroku z dnia 15 grudnia 2006 roku, UZP/ZO/0-2937/06, opublikowany w Lex nr 239955 Zespół Arbitrów orzekł, że: „Zawarcie przez Zamawiającego w załączniku do umowy - "Wymagania na system", wymaganie "System operacyjny czasu rzeczywistego LINUX lub pochodny" stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Istotne jest, że system operacyjny LINUX stanowi zarejestrowany znak towarowy. Powyższe implikuje konieczność stosowania regulacji art. 29 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności Zamawiający winien opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaku towarowego LINUX podać, że dopuszcza również produkty równoważne, co do cech i właściwości wskazanego systemu. Z tego względu konieczne staje się dokonanie we wskazanym zakresie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków, poprzez dodanie w załączniku do umowy - "Wymagania na system" wyrazów "lub równoważny." Tak też ZAUZP w wyroku z dnia 25 października 2006 roku, UZP/ZO/0-2655/06 gdzie teza 2 orzeczenia sprowadza się do następującego wniosku: „Użycie w SIWZ zapisów "Monitor musi posiadać trwałe oznaczenie logo producenta jednostki centralnej" i "Oprogramowanie musi być wyprodukowane przez producenta oferowanej jednostki centralnej komputera i być oznaczone jego logo", stanowi naruszenie, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie ulega, bowiem żadnej wątpliwości, że monitor jest oddzielnym, niezależnym od jednostki centralnej urządzeniem. Zazwyczaj monitory są produkowane przez innych producentów niż producenci jednostek centralnych. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku producentów oprogramowania."

W tym miejscu dodać jedynie należy, iż zamawiający umieszczając wszystkie podłoża, testy i odczynniki razem z analizatorem konkretnego producenta naruszył zasady uczciwej konkurencji. Nadto zgodnie, z utrwalonym poglądem „ przy założeniu, iż oferowany przez Odwołującego się sprzęt spełnia wszystkie parametry techniczne przewidziane w zapisach SIWZ i jest przystosowany do współpracy z systemem operacyjnym wymaganym przez Zamawiającego, koniecznym staje się wykazanie, że sam fakt pochodzenia sprzętu i oprogramowania od różnych producentów stanowi przeszkodę dla sprawnego funkcjonowania systemu. Sama tylko potencjalna możliwość wystąpienia awarii systemu, wywołanej brakiem współpracy sprzętu i systemu operacyjnego, nie stanowi dostatecznej podstawy do tak istotnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia" (tak wyrok ZEUZP z dnia 10.11.2006 roku, UZP/ZO/0-2748/06, opublikowany w LEX nr 213555).

Nadto wskazać należy, iż zamawiający nie może ustanawiać surowszych warunków niż te, które są konieczne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Nadmierny warunek stawiany przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, może mieć wpływ na ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co jest działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji. (tak ZAUZP w wyroku z dnia 16 marca 2006 roku, UZP/ZO/0-719/06, opublikowane w LexPolonica 1887304).

Podsumowując powyższe podnieść należy, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Oprócz tego, że stanowi on podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest on niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego w tym zakresie jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest, więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak, że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Nadto posłużenie się w opisie wskazaniem znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaku towarowego, zamawiający powinien się do tego zastosować. Dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu,

usługi, technologii itd.), co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję (tak w Komentarzu do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierzanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Tożsamość stanowisko zajmuje UZP wskazując, iż nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy warunki zamówienia są określone w sposób wskazujący albo wprost na konkretnego Wykonawcę, albo poprzez takie określenie wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia, iż może je spełnić tylko określony oferent" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lipca 2007 roku, UZP/ZO/0-899/07, opublikowany w LEX pod numerem 342087).

V.

Podsumowując powyższe bezspornie stwierdzić należy, iż Zamawiający, wbrew uregulowaniom ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu zamówienia niezgodnie, z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2 i 3, doprowadził do ograniczenia i utrudnienia uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uchylenie zaskarżonej czynności i zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim w jednym zadaniu tj. Zadaniu nr 1 zamawiający umieścił testy, odczynniki i podłoża produkowane tylko i wyłącznie przez spółkę bioMerieux sp. z o.o. (w szczególności poz. 1-17, 36-49, 54-55), wymagające dla swego zastosowania aparatu spółki bioMerieux oraz testy, odczynniki i podłoża które produkują również inni oferenci a które nie wymagają dla swego zastosowania aparatu produkowanego przez spółkę bioMerieux jak również w zakresie w jakim zamawiający umieścił w tym samym zadaniu aparatu mini API- poprzez wydzielenie do odrębnego Zadania testów, podłoży i odczynników znajdujących się pod poz. od 18 do 35 i od 50 do 53. Jednocześnie wnoszę o zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie poz. 37-39 Zadania nr 1 Załącznika nr 2 oraz opisu urządzenia określonego w Załączniku nr 3 tj. w zakresie, w jakim poprzez sposób sformułowanie wymogów i parametrów w tym m.in. poprzez wskazanie znaków towarowych producenta oraz wskazanie nazwy producenta oraz pominięcie cech obiektywnych przedmiotu świadczenia, a także pominięcie wskazania „lub równoważny” oraz określenia, na czym owa równoważność miałaby polegać, wymogi te może spełnić jedynie jeden wykonawca, tj. spółka bioMerieux, przy czym takie opisanie przedmiotu zamówienia nie jest w żaden sposób usprawiedliwione potrzebami zamawiającego ani właściwością zamówienia, a prowadzi jednocześnie do ograniczenia konkurencji.

Protestujący składa niniejszy protest zgodnie z pkt. 20 ust. 4 w zw. z pkt. 10 ust. 2 i 7 SIWZ w formie pisemnej, jak również przesał go faksem na adres podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego dokumentu.


Tomasz Filipowski
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. wydruk z Bazy Danych Urzędu Patentowego RP;
3. odpis z rejestru przedsiębiorców KRS spółki Argenta sp. z o.o.