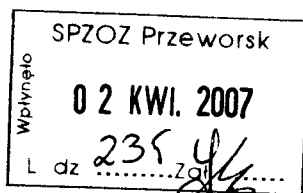


Warszawa, dnia 02.04.2007.

Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.  
ul. Szyszkowa 20, 02-285 Warszawa  
NIP: 113-00-20-467 REGON: 006934330



**Zamawiający:**  
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
w Przeworsku

Ul. Szpitalna 16.  
00-000 Przeworsk

**Protestująca:**  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.  
Ul. Szyszkowa 20  
02-285 Warszawa

**Sprawa Nr ZZP II 2400/19/07**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do sterylizatora plazmowego STERRAD 50 z podziałem na zadania.

## PROTEST

### **DOTYCZĄCY OGŁOSZENIA I SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA ORAZ TREŚCI MODYFIKACJI Z DNIA 28.03.2007 R.:**

Niniejszym mając na uwadze ogłoszenie, specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) oraz modyfikację z dnia 28.03.2007 r. dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do sterylizatora STERRAD 50, Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Szyszkowa 20; dalej: Protestująca stwierdza, że zapisy zawarte w w/w dokumentacji naruszają zapisy Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. nr 19 poz. 177 z późn. zm.) – nazywanej niżej „ustawą PzP” lub „PzP”, ponieważ treść modyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu naruszają art. 7 ust. 1 i 2, oraz art. 38 ust. 4 i 5 Ustawy PzP, również treść ogłoszenia w zakresie braku dookreślenia – zawarcia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu pozostaje w kolizji z art. 36 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 41 pkt. 7 powołanej Ustawy PzP, gdyż w treści ogłoszenia nie znalazły się zapisy, które zostały dopiero wymienione w s.i.w.z. Dodatkowo Zamawiający naruszył art. 38 ust. 6 Ustawy,

gdyż zaniechał czynności przedłużenia terminu składania ofert pomimo dokonanej modyfikacji treści oferty – formularza kosztorysowego stanowiącego o zadaniu nr 1 i 3.

W związku z powyższym działając na podstawie, art. 180 ust. 1 – 3 pkt. 1 w związku z art. 179 ust. 1 Ustawy PzP składam protest (uwierzytelniona kopia KRS oraz pełnomocnictwo w załączeniu).

### **Protestująca żąda:**

Usunięcie z zapisów s.i.w.z. dokonanych modyfikacją z dnia 28.03.2007 r. naruszających art. 38 ust. 4 i 5 Ustawy PzP;

Przedłużenia terminu składania ofert;

Unieważnienia postępowania na zasadzie określonej w art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 38 ust. 4 i 5 Ustawy PzP ze względu na doonanie modyfikacji warunków udziału w postępowaniu;

Unieważnienia postępowania na zasadzie określonej w art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 41 pkt. 7 Ustawy PzP ze względu na braku zawarcia w treści ogłoszenia warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków.

### **Uzasadnienie**

Zamawiający przygotowując oraz przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego oraz w konsekwencji dokonując ewentualnego wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązany jest do tego, aby w postępowaniu tym mogli wziąć udział wszyscy potencjalni wykonawcy posiadający w swojej ofercie wyroby medyczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia pamiętając o tym, że opis przedmiotu zamówienia nie może być realizowany z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Po dokładnej analizie zapisów SIWZ oraz biorąc pod uwagę **wszystkie pozytywne** argumenty stwierdzamy jednoznacznie, że Zamawiający modyfikacją z dnia 28.03.2007 r. naruszył art. 38 ust. 4 i 5 Ustawy PzP, ponieważ dokonał zakazanej modyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie „...wykazu zrealizowanych w ciągu **ostatnich trzech lat dostaw na materiały sterylizacyjne inne niż materiały eksploatacyjne do sterylizatora plazmowego o wartości podobnej lub większej niż zaoferowana cena**”. Powyższa modyfikacja z całkowitą pewnością jest zmianą warunków udziału w postępowaniu i

w związku z powyższym mając na uwadze art. 38 ust. 5 Ustawy PzP Zamawiającemu nie wolno na obecnym etapie postępowania (przed otwarciem ofert po opublikowaniu s.i.w.z.) dokonywać modyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu już dookreślonych w pierwotnych zapisach sprzed 28.03.2007 r. Ustawodawca jednoznacznie wyartykułował zakres niedozwolonych modyfikacji które obejmują warunki podmiotowe, fakt ten potwierdza również orzecznictwo w którym czytamy, że **„...Zamawiającemu nie wolno zmieniać warunków udziału w przetargu ustalonych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia”** orzeczenie z 7 września 2005 r. (sygn. UZP/ZO/0-2440/05).

Dodatkowo Protestująca pragnie podnieść, że w ogłoszeniu opublikowanym na stronie internetowej Zamawiający nie zamieścił wykazu zarówno warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających te warunki czym naruszył przepis art. art. 41 pkt. 7, art. 36 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PzP. Orzecznictwo, które ukształtowało się pod rządami Ustawy PzP jednoznacznie stanowi, że warunki udziału **muszą być zawarte w ogłoszeniu**, oraz s.i.w.z. Przykładem niech będzie między innymi treść artykułu w którym czytamy **„...Arbitrzy uznali takie postępowanie za niedopuszczalne. - Warunki udziału w postępowaniu powinny być konkretnie określone już w ogłoszeniu o zamówieniu, tak aby czytający je wykonawca wiedział już na tym etapie, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań - uzasadnił przewodniczący składu Zbigniew Malesza. - Wadliwe ogłoszenie, niezawierające warunków udziału w postępowaniu, mogło wyeliminować z gry niektórych wykonawców - dodał, uznając błąd zamawiającego za naruszenie zasad uczciwej konkurencji.”** Rzeczpospolita Nr 210 z dnia 07.09.2005 r. **„...Wykonawcy mogą zarzucić zamawiającemu, że wadliwie sformułował ogłoszenie o zamówieniu. Problem polega na tym, że ustawa nie przewiduje trybu zmiany ogłoszenia. Treść zamieszczanego przez zamawiającego ogłoszenia ma duże znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to szczególnie ważne zwłaszcza przy takich trybach, jak przetarg ograniczony czy negocjacje z ogłoszeniem. Chodzi bowiem o bardzo istotne informacje dotyczące np. warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert. Niektóre z nich mogą mieć znaczący wpływ na możliwość udziału konkretnej firmy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”**, i dalej **„...Wydaje się, że w obowiązującym stanie prawnym jedyne racjonalne i zgodne z ustawą wyjście to unieważnienie postępowania i ponowne zamieszczenie ogłoszenia o nowym postępowaniu, już ze stosownymi zmianami.”** Rzeczpospolita Nr 167 z dnia 19.07.2005 r. również w wyroku z 28 listopada 2005 r. (sygn. UZP/ZO/0-3520/05) Arbitrzy orzekli, że **„...Warunki udziału w przetargu muszą być**

określone już w ogłoszeniu. Nie mogą wynikać dopiero ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia” „...Arbitrzy unieważnili przetarg. Podkreślili, że warunki muszą być określone już w ogłoszeniu, bo inaczej można wyeliminować z gry niektórych wykonawców. Rzeczpospolita Nr 290 z dnia 13.12.2005 r. Warunki udziału w przetargu nieograniczonym muszą być wskazane już w ogłoszeniu o zamówieniu -przypomnieli arbitrzy. Również w Wyroku Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-184/07 czytamy, że „...Warunki udziału w przetargu nieograniczonym muszą być wskazane już w ogłoszeniu o zamówieniu.” Zamawiający Wojskowy Zakład Remontowo-Budowlany w Jarosławiu zorganizował przetarg nieograniczony na wykonanie kotłowni gazowej wraz z siecią centralnego ogrzewania. Wykluczył z postępowania jednego z wykonawców, uznając, że nie dołączył on do oferty wszystkich wymaganych dokumentów. Chodziło o wykaz osób niezbędnych do wykonania zamówienia. Przedsiębiorca złożył protest, a po nim odwołanie do arbitrów. Ci nie wypowiedzieli się jednak w sprawie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia. Uznali, że przetarg i tak trzeba unieważnić z innych przyczyn. Okazało się bowiem, że w ogłoszeniu o zamówieniu organizator przetargu nie wskazał warunków udziału w tym postępowaniu ani tego, jakie dokumenty mają potwierdzać ich spełnianie. -Zespół arbitrów uznał, iż zamawiający, dokonując wszczęcia postępowania, naruszył w sposób rażący art. 41 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych, nie uwzględniając jednego z obligatoryjnych elementów ogłoszenia - uzasadnił przewodniczący Dariusz Ćwik. -Zarówno z treści ogłoszenia, jak i z dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, że warunki udziału, a także dokumenty potwierdzające ich spełnienie zostały przez zamawiającego ustalone dopiero w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dodał. Arbitrzy uznali, że naruszenie jest na tyle rażące, że trzeba unieważnić cały przetarg. Rzeczpospolita Nr 58 z dnia 09.03.2007 r. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 listopada 2006 r. również stwierdza ponad wszelką wątpliwość, że: „...Specyfikacja nie może zawierać dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, które nie były uwzględnione w ogłoszeniu o przetargu”. W specyfikacji zamawiający zażądał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji usług o charakterze zbliżonym do zamówienia i o łącznej wartości co najmniej 460 tys. zł. Warunek ten jednak nie był ujęty w ogłoszeniu. Arbitrzy unieważnili postępowanie, bo uznali, że jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. - Zgodnie z art. 41 pzp w ogłoszeniu należy opisać warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny ich spełnienia. Ustalanie po wszczęciu postępowania dodatkowych warunków podmiotowych w specyfikacji zespół arbitrów

**uznaje za niedopuszczalne i naruszające podstawowe zasady systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron** Rzeczpospolita Nr 265 z dnia 14.11.2006 r.

Przypominamy również, iż Zamawiający wydając publiczne środki finansowe zobowiązany jest do przestrzegania art. 7 ust. 1 pzp, czyli do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich, czyli tych, którzy mogą złożyć najkorzystniejszą ofertę. Ponadto ponad wszelką wątpliwość należy stwierdzić, że ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 1998 r. Nr 155 poz. 1014 z późn. zm.) w art. 28 ust. 1 pkt. „i” nakłada na Zamawiającego obowiązek celowego, oszczędnego (z uzyskaniem najlepszych efektów) wydatkowania środków publicznych na zasadach określonych w przepisach PzP, w związku z czym anulowanie modyfikacji zapisów s.i.w.z. w zakresie modyfikacji warunków udziału w postępowaniu jest konieczne i bezwzględnie wymagane. Cokolwiek fakt, że zamawiający nie zamieścił warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu dyskwalifikuje jakiegokolwiek anulowanie modyfikacji, gdyż zostaje wyczerpana przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy PzP.

Protestująca powzięła od Zamawiającego w dniu 28.03.2007 r. informację że Zamawiający udziela wyjaśnień oraz dokonuje modyfikacji do zapisów poprzez zmianę pewnych zapisów odnoszących się do przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1 oraz utworzeniu zadania nr 3 co stanowi w szczególności modyfikację treści oferty formularza kosztorysowego (pomijamy podniesiona już powyżej kwestię modyfikacji warunków udziału w postępowaniu). W wyniku dokonania modyfikacji treści s.i.w.z, **na 6 dni przed otwarciem ofert**, Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert, mając na względzie konieczność dokonania zmian w ofertach wynikających z modyfikacji treści s.i.w.z, do czego był obowiązany z mocy ustawy.

Art. 38 ust. 6 Ustawy PzP jednoznacznie stanowi: *„...Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin przedłuża się co najmniej o 7 dni.”* Tym samym mając na względzie pismo z dnia

28.03.2007 r. w którym Zamawiający zawiadamia o modyfikacjach zmian winien był przedłużyć termin składania ofert, gdyż zmiany w treści wymagały dodatkowego czasu w rzetelnym przygotowaniu oferty. Zamawiający naruszając zapis art. 38 ust. 6 ustawy PzP poprzez zaniechanie czynności, uniemożliwił tym samym wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwość złożenia ważnej i kompletnej oferty w wyznaczonym terminie, gdyż zmiany cokolwiek może nieistotne dla Zamawiającego dla wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie były niezmiernie ważne i wymagały dodatkowego czasu.

Zgodnie z zapisami Ustawy PzP Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z., a Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba, że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 1 Ustawy PzP). W przedmiotowym postępowaniu efektem wniosku o wyjaśnienie złożonego przez wykonawców stała się odpowiedź zamawiającego, która spowodowała zmianę – modyfikację s.i.w.z. Pragniemy zwrócić uwagę na fakt, że każda zmiana s.i.w.z. (nawet najmniejsza) będzie stanowiła modyfikację i będzie generować konieczność przedłużenia terminu składania ofert. Jeżeli cokolwiek zmieniło się w treści np. formularza kosztorysowego (stanowiącego treść oferty) to bezsprzecznie nastąpiła właśnie jej modyfikacja. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN **modyfikacja** to «zmiana, przeróbka lub poprawka czegoś, nie naruszające zasadniczego charakteru rzeczy; wynik zmodyfikowania, rzecz zmodyfikowana»

Wyjątki od tej zasady będą zachodziły tylko wtedy, gdy zmiana (modyfikacja) s.i.w.z. będzie dotyczyła np. osoby wyznaczonej do kontaktowania się z wykonawcami czy np. sposobu przygotowania oferty, czyli sytuacje, które nie powodują, że wykonawca musi cokolwiek zmienić w ofercie, którą już przygotował. Przepis art. 38 ust. 6 Ustawy PzP zaczyna się słowami: „**Zamawiający przedłuża termin składania ofert...**”, co jednoznacznie oznacza, że w przypadku wystąpienia przesłanek ustawowych zamawiający musi ten termin przedłużyć i nie ma w tym zakresie żadnej możliwości wyboru. J.Pieróg w: *Prawo zamówień publicznych*. *„Przedłużenie terminu składania ofert skutkować powinno też przedłużeniem innych terminów podanych w specyfikacji. W szczególności zmieniony musi być termin otwarcia ofert. Przy okazji zmiany terminu składania ofert dochodzi czasami do błędów popełnianych zarówno przez zamawiających jak i przez oferentów. Pierwsi zapominają o konieczności odpowiedniego przedłużenia innych terminów zapisanych w specyfikacji (np. terminu wniesienia wadium), drudzy natomiast zapominają o konieczności odpowiedniego skorygowania gwarancji bankowej*

*lub innego dokumentu gwarantującego zapłatę wadium w zakresie daty jego ważności."*

Również orzecznictwo Zespołów Arbitrów, które ukształtowało się pod rządami Ustawy PzP, nie pozostawia żadnej wątpliwości w interpretacji, że „...Modyfikacja treści specyfikacji może być dokonana w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający musi o niej poinformować wszystkich wykonawców. Ma również obowiązek przedłużyć termin składania ofert, tak by uwzględnił on czas niezbędny na korekty w ofertach wykonawców. O nowym terminie również informuje wszystkich wykonawców (wynika to z ust. 7 art. 38 pzp). Sławomir Wikariak Rzeczpospolita z dnia 25.03.2005 r. Tym samym w chwili obecnej z celu zlikwidowania kolizji z obowiązującymi przepisami Ustawy PzP Zamawiający winien przedłużyć termin składania ofert. Cokolwiek mając na względzie braki formalne w ogłoszeniu prawdopodobieństwo przedłużenia terminu ofert nie jest zasadne, gdyż postępowanie winno być unieważnione.

**Reasumując; mając na względzie przedstawione argumenty, wnoszę jak na wstępie,**

Z poważaniem,

Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.  
ul. Szyszkowa 20, 02-285 Warszawa  
NIP: 113-00-20-467 REGON: 006934330

Mariusz Telma  
PRZEDSTAWICIEL MEDYCZNY  
Advanced Sterilization Products  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.

Załączniki:

1. Uwierzytelniona kopia KRS Protestującej;
2. Pełnomocnictwo.