

Warszawa, dnia 04 marca 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Zachodniopomorskie Centrum Onkologii
ul. Strzałowska 22
71-730 Szczecin
e-mail: szpital@onkologia.szczecin.pl

Odwołujący:
Skamex Spółka Akcyjna
ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź
KRS: 0001055638
Reprezentowany przez
adw. Kamile Podwapińską
„PSK Podwapińska, Brzezińska Adwokaci”
Spółka Partnerska
ul. Samochodowa 2 lok. 21, 02-652 Warszawa
e-mail: podwapinska@pskl.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji pn.: DOSTAWA IGIEŁ DO PORTÓW NACZYNIOWYCH ORAZ STRZYKAWEK DO PRZEPŁUKIWANIA DOSTĘPÓW NACZYNIOWYCH. Numer sprawy: TP-10/25.

WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia, które Zamawiający opublikował w dniu 27 lutego 2025 roku. W związku z powyższym **5-dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu 4 marca 2025 roku, a odwołanie składane jest z zachowaniem ustawowego terminu.**
2. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. **Potwierdzenie przelewu w załączeniu.**
3. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego **w dniu 4 marzec 2025 roku. Potwierdzenie wysłania odwołania do Zamawiającego stanowi załącznik do niniejszego odwołania.**
4. Nr sprawy: TP-10/25
5. Nr publikacji ogłoszenia: 2025/BZP 00123965/01
6. Link do dokumentów postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/1063212>

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w zakresie czynności Zamawiającego polegających na sporządzeniu dokumentów zamówienia w zakresie:

1. opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego pakietu nr 2:

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów produktu, który uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, naruszając tym samym zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,
 - w sposób naruszający zasadę proporcjonalności wymagań w stosunku do faktycznych potrzeb Zamawiającego
 - w sposób, wskazujący faktycznie na jeden produkt konkretnego producenta, a zatem w sposób który umożliwia zaoferowanie wyłącznie konkretnego asortymentu, co powoduje uprzywilejowanie konkretnych wykonawców i produktów i eliminuje z postępowania Odwołującego, który w wyniku działań Zamawiającego nie ma możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a zakwestionowane parametry nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego, a zmierzają jedynie do wyeliminowania konkurencyjnych firm w postępowaniu i zakupu konkretnego produktu.
2. projektowanych postanowień umowy poprzez zawarcie zbyt restrykcyjnych i jednostronnych zapisów w treści projektowanych postanowień umowy z naruszeniem równowagi stron umowy, w odniesieniu do możliwości ograniczenia przez Zamawiającego realizacji umowy o 70%, co stanowi również naruszenie przepisów ustawy PZP w zakresie konieczności określenia przez Zamawiającego gwarantowanego zakresu realizacji umowy, powodując fikcję w tym zakresie co do pewności obrotu i wymuszając na wykonawcach podporządkowanie się do realizacji umowy na podstawie jednostronnie korzystnych dla Zamawiającego warunków realizacji zamówienia, w których

W konsekwencji powyższego, zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp - poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych niezapewniających najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie parametrów dotyczących produktu) w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki ich dobór, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty, bez istnienia ku temu obiektywnych przesłanek związanych z potrzebami Zamawiającego w zakresie wymaganych parametrów;
3. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp – poprzez opisanie parametrów produktów ograniczający do możliwości zaoferowania tylko jednego produktu, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie Odwołującemu, który oferuje produkt o parametrach nie gorszych niż opisany przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem ofertę może złożyć jeden wykonawca, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Dodatkowo w zakresie projektowanych postanowień umowy Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

4. art. 433 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 353 ind. 1 kc, w zw. z art. 5 k.c.– poprzez znaczne ograniczenie dostaw, tj. o 70% zawartych w treści projektowanych postanowień umowy, co powoduje fikcyjność zachowania wymagań określonych w naruszonym przepisie i wprowadzenie klauzuli abuzywnej do postanowień umownych pod pozorem ujęcia w treści umowy wymaganych postanowień – przy

czyż tak określone ograniczenia realizacji powodują, iż Wykonawca nie ma żadnej gwarancji realizacji zamówienia na poziomie adekwatnym do założeń postępowania;

Naruszenie wskazanych powyżej w punkcie 4 zarzutów przepisów ustawy Pzp narusza równowagę stron i wymusza zaniechanie wystartowania w postępowaniu z uwagi na projektowane postanowienia umowne co zaburza konkurencyjność na rynku, natomiast zawarte w projektowanych postanowieniach umowy zapisy są niezgodne z wymaganiami wskazanymi w ustawie PZP, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie również w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 4 powyżej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
 - w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie 1-3 powyżej dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty przez Odwołującego, a zatem poprzez dopuszczenie produktów zarejestrowanych w klasie min. IIb lub rozszerzenie opisu o zmianę opisaną poniżej odpowiednio:

Pakiet 2 pozycja 1

strzykawka napełniona fabrycznie 0,9 % roztworem soli fizjologicznej w ilości 10 ml, przeznaczona do przepłukiwania dostępów naczyniowych; roztwór sterylny, apirogenny, bez środków konserwujących; strzykawka pozbawiona lateksu, DEHP i PCV; średnica cylindra strzykawki odpowiadająca średnicy standardowej strzykawki 10ml; konstrukcja uniemożliwiająca refluks krwi; ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający przypadkowe wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki i kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania; strzykawka wyposażona w korek zamykający, umożliwiający odpowietrzenie strzykawki bez konieczności całkowitego ściągania korka, który posiada gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki typu Luer Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wewnętrznej części stożka; strzykawka zapakowana pojedynczo, jałowo w opakowanie zewnętrzne - do stosowania w polu sterylnym; **wyrób medyczny klasy min. IIb**

Pakiet 2 pozycja 2

strzykawka napełniona fabrycznie 0,9 % roztworem soli fizjologicznej w ilości 5 ml, przeznaczona do przepłukiwania dostępów naczyniowych; roztwór sterylny, apirogenny, bez środków konserwujących; strzykawka pozbawiona lateksu, DEHP i PCV; średnica cylindra strzykawki odpowiadająca średnicy standardowej strzykawki 10ml; konstrukcja uniemożliwiająca refluks krwi; ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający przypadkowe wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki i kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania; strzykawka wyposażona w korek zamykający, umożliwiający odpowietrzenie strzykawki bez konieczności całkowitego ściągania korka, który posiada gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki typu Luer Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wewnętrznej części stożka; strzykawka zapakowana pojedynczo, jałowo w opakowanie zewnętrzne - do stosowania poza polem sterylnym; **wyrób medyczny klasy min. IIb**

- w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 4 zmianę zapisu §1 pkt. 4 projektowanych postanowień umowy poprzez możliwość ograniczenia realizacji dostaw do nie więcej niż 20 % z całości dostaw wskazanej w umowie dotyczącej zamówienia publicznego;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Po analizie treści dokumentacji zamówienia Odwołujący stwierdził jednak, że nie może ubiegać się o niniejsze zamówienie, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pakietu 2 w taki sposób, że można zaoferować tylko jeden produkt, a produkt który posiada Odwołujący nie może być zaoferowany z uwagi na postawione parametry wykluczające inne produkty poza dokładnie opisanym przez Zamawiającego.

W konsekwencji w sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i nie może liczyć na uzyskanie zamówienia, przez co wprost może ponieść szkodę w związku z bezprawnymi działaniami Zamawiającego.

Prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami prawa, w tym w szczególności w tak istotnych obszarach jak opis przedmiotu zamówienia, jest obowiązkiem każdego Zamawiającego. Wskazywanie w postępowaniu na konkretny produkt, konkretnego producenta pozbawia możliwości konkurowania przez Wykonawców w postępowaniu i uzyskania zamówienia.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w konsekwencji nadużycia prawa podmiotowego sformułował zapisy w projektowanych postanowieniach umowy w sposób zbyt restrykcyjny i jednostronny, nadużywając swojego uprawnienia do ustalania warunków realizacji zamówienia, czym zaburzona zostaje faktycznie zasada równouprawnienia stron umowy. Odwołujący ma na uwadze fakt, iż Strony mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, jednak z zastrzeżeniem, że jego treść lub cel nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Odwołujący wskazuje, iż konstrukcja zawartych przez Zamawiającego zapisów w projektowanych postanowieniach umowy przeczy powyższej ustawowej normie w zakresie zasady dotyczącej swobody umów. Wskazać należy, iż ustawa Prawo zamówień publicznych ogranicza praktyki Zamawiających polegające na kształtowaniu postanowień umowy w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami Wykonawców. Wprowadzenie do Pzp takiej regulacji wynikało z faktu, że Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucania ryzyk kontraktowych na Wykonawcę. Skutkiem takiego działania był niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych Wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wprowadzając niniejsze – kwestionowane przez Odwołującego – zapisy w projektowanych postanowieniach umowy zdaje się zapominać o ustawowych zobowiązaniach w tym zakresie. Skutkiem przepisów dotyczących umów o udzielenie zamówienia publicznego w Pzp jest jasna dyrektywa dla Zamawiających, aby postanowień umowy nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny.

Usunięcie naruszeń Zamawiającego, których dokonał w rzeczonych zapisach, stanowić będzie podstawę dla Odwołującego do udziału w niniejszym postępowaniu i możliwość realizacji zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

- I. W dniu 27 lutego 2025 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie oraz dokumentację zamówienia.
- II. **W odniesieniu do zarzutów zawartych w punktach 1-3 odwołania wskazać należy co następuje:**

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został wskazany w załączniku TP-10-25 nr 1 do SWZ. W ramach pakietu nr 2 Zamawiający wskazał w formularzu strzykawki napełnione fabrycznie 0,9% roztworem soli fizjologicznej wraz z ich parametrami:

Pozycja 1

strzykawka napełniona fabrycznie 0,9 % roztworem soli fizjologicznej w ilości 10 ml, przeznaczona do przepłukiwania dostępów naczyniowych; roztwór sterylny, apirogenny, bez środków konserwujących; strzykawka pozbawiona lateksu, DEHP i PCV; średnica cylindra strzykawki odpowiadająca średnicy standardowej strzykawki 10ml; konstrukcja uniemożliwiająca refluks krwi; ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający przypadkowe wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki i kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania; strzykawka wyposażona w korek zamykający, umożliwiający odpowietrzenie strzykawki bez konieczności całkowitego ściągania korka, który posiada gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki typu Luer Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wewnętrznej części stożka; strzykawka zapakowana pojedynczo, jałowo w opakowanie zewnętrzne - do stosowania w polu sterylnym; wyrób medyczny klasy III

Pozycja 2

strzykawka napełniona fabrycznie 0,9 % roztworem soli fizjologicznej w ilości 5 ml, przeznaczona do przepłukiwania dostępów naczyniowych; roztwór sterylny, apirogenny, bez środków konserwujących; strzykawka pozbawiona lateksu, DEHP i PCV; średnica cylindra strzykawki odpowiadająca średnicy standardowej strzykawki 10ml; konstrukcja uniemożliwiająca refluks krwi; ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający przypadkowe wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki i kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania; strzykawka wyposażona w korek zamykający, umożliwiający odpowietrzenie strzykawki bez konieczności całkowitego ściągania korka, który posiada gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki typu Luer Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wewnętrznej części stożka; strzykawka zapakowana pojedynczo, jałowo w opakowanie zewnętrzne - do stosowania poza polem sterylnym; wyrób medyczny klasy III

Analizując treść opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 2 należy stwierdzić, iż stoi on w sprzeczności z zapisami art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób utrudniający, a wręcz uniemożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zespół cech wskazujących wyłącznie na produkty – strzykawki do przepłukiwania producenta firmy Becton Dickinson **BD Posiflush™** tj.: „wyrób medyczny klasy III”.

Przepisy ustawy Pzp dopuszczają opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę czy wytwórcę, ale wskazaniu takiemu musi towarzyszyć wyraz „**lub równoważny**”.

Klasyfikacja wyrobu jest decyzją producenta oraz jest zatwierdzana w Europie przez jednostkę notyfikowaną, co gwarantuje bezpieczeństwo wyrobu medycznego.

Strzykawki do przepłukiwania fabrycznie napełnione izotonicznym roztworem 0,9 % NaCl zarejestrowane jako wyrób medyczny klasy IIb są dopuszczone do obrotu w Europie.

Ponadto pragniemy zauważyć, że produkty zarejestrowane w klasie III i opisane przez Zamawiającego, mogą wywoływać działania niepożądane (skutki uboczne) wskazane w instrukcjach użytkowania – pkt. 5 „Wskazania do użycia”, Poniżej wycinek z instrukcji:

Niektórzy pacjenci mogą odczuwać przejściowo krótkotrwały smak lub zapach podczas procedury przepłukiwania.

Analizując powyższe powziąć należy wniosek, iż Zamawiający ograniczył uczciwą konkurencję w zakresie pakietu 2 przedmiotowego postępowania ograniczając również możliwość zaoferowania produktów o parametrach nie gorszych niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, zatem takich które zarejestrowane są w klasie IIb i powszechnie dostępne na rynku oraz posiadają pozostałe parametry dokładnie takie same, jak te podane przez Zamawiającego.

W świetle powyższego Odwołujący wnosi o dopuszczenie równoważnych strzykawkę do przepłukiwania fabrycznie napełnionych izotonicznym roztworem 0,9 % NaCl, **zarejestrowanych w klasie IIb**. Są to produkty masowo zamawiane i na bieżąco zużywane przez Zamawiających.

W wyroku z dnia 19 maja 2023 roku (KIO 1207/23) Izba wskazała, że uzasadnione potrzeby zamawiającego muszą współgzystować z wyraźnie wyróżnionymi w p.z.p. zasadami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji (...) Uzasadnione potrzeby zamawiającego to swoisty, niewyrażony normatywnie, pozaustawowy, ukształtowany przez praktykę orzecznictwa, weryfikator (miernik) legalności działań i zaniechań zamawiających. Jest to trwały element systemu zamówień publicznych, uniezależniony od skonkretyzowanych regulacji prawnych, kształtujących proces przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień. W istocie bowiem przyczyną i początkiem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamiar i konieczność zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego wykonującego zadania stanowiące przedmiot jego, co do zasady, statutowej działalności.

W dniu 04.03.2025 pismem L.dz.DAG/242/53/2025 Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców odnośnie wskazanych produktów

Odpowiedź nr 1:

„ZAMAWIAJĄCY kierując się dobrem i bezpieczeństwem pacjentów oraz przeznaczeniem opisanych wyrobów medycznych tj. przepłukiwanie dostępow naczyniowych (w tym dostępow do centralnego układu krążenia) wymaga wyrobów medycznych klasy III, czyli spełniających najbardziej restrykcyjne wymagania. Zgodnie z regułą 14 opisaną w załączniku VIII do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych: Wszystkie wyroby zawierające jako swoją integralną część substancję, która w przypadku użycia osobno może być uważana za produkt leczniczy w rozumieniu art. 1 pkt 2 dyrektywy 2001/83/WE, w tym produkt leczniczy na bazie ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza w rozumieniu art. 1 pkt 10 tej dyrektywy, i której działanie ma charakter pomocniczy w stosunku do działania tych wyrobów, należą do klasy III. Wymagane przez ZAMAWIAJĄCEGO wyroby medyczne zawierają 0,9% roztwór NaCl, który jest zarejestrowany jako produkt leczniczy. Roztwór, który zawierają strzykawki, jest podawany bezpośrednio do układu krążenia co uzasadnia spełnienie przez ten wyrób najbardziej restrykcyjnych wymagań.

To, że wytwórca nie dołącza instrukcji użytkowania do wyrobu lub nie wskazuje w instrukcji użytkowania wyrobu możliwości wystąpienia działań niepożądanych nie oznacza, że wyrób jest w 100% bezpieczny. Natomiast pełna informacja o możliwości wystąpienia działań niepożądanych wpływa na bezpieczeństwo stosowania wyrobu”.

Twierdzenie, że wyłącznie strzykawki zarejestrowane w klasie III zapewniają odpowiedni poziom bezpieczeństwa pacjentów pozbawione jest jakiegokolwiek faktycznej i naukowej podstawy. W literaturze medycznej nie ukazała się ani jedna praca naukowa wskazująca na przewagę w zastosowaniu klinicznych strzykawkę rejestrowanych w klasie III względem tych rejestrowanych w klasie IIb.

Zamawiający w żaden sposób merytoryczny nie uzasadnia potrzeby stosowania wyłącznie strzykawkę rejestrowanych w klasie III, gdyż takie uzasadnienie po prostu nie istnieje.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób pośredni – nie wprost uniemożliwił zaoferowanie innych produktów niż produkt BD Posiflush, którego producentem jest Becton Dickinson, wpisując konieczność zaoferowania strzykawek zarejestrowanych w klasie III.

Zamawiający powinien umożliwić dostęp innym Wykonawcom do postępowania przez dopuszczenie rozwiązań innych producentów, a taka sytuacja nie nastąpiła mimo tego, że Wykonawcy wskazywali Zamawiającemu na nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia i ograniczanie konkurencyjności przez wskazanie rozwiązań konkretnego producenta.

Nie ulega wątpliwości, że zasadniczym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami potrzeb.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania (bez merytorycznego uzasadnienia) - w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkownika.

W orzecznictwie podnosi się, iż samo utrudnianie uczciwej konkurencji przez dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest błędem Zamawiającego. W wyroku z dnia 11 lipca 2023 roku (Kio 1797/23) wskazano: „Zgodnie z art. 99 ust. 4 p.z.p. zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie”.

III. Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 4 – dotyczącego projektowanych postanowień umownych

Na wstępie wskazać należy, iż kształtowanie przez Zamawiającego postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, określonej w art. 353 ind. 1 Kodeksu cywilnego, nie ma charakteru absolutnego. Zamawiający zobligowany jest wziąć pod uwagę, iż do czynności podejmowanych przez niego czy Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Postanowienia umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą uzależnione są od charakteru, rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji zamówienia. Oznacza to, że postanowienia umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych posiada w swej treści katalog obowiązkowych klauzul umownych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Wprowadzenie obligatoryjnego wykazu klauzul umownych przez Ustawodawcę miało na celu przyczynienie się do stworzenia kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy i ramy postanowień umownych, wpłynie korzystnie na sytuację Wykonawców i zmniejszy dotychczasową dowolność Zamawiających w kształtowaniu stosunku prawnego z Wykonawcami, a tym samym zachęci ich do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wpływając pozytywnie na zwiększenie konkurencyjności. Zamawiający nie sprostali jednak w przedmiotowym postępowaniu wymaganiom i założeniom ustawodawcy.

W §1 pkt. 4 projektowanych postanowień umownych Zamawiający ograniczył realizację przedmiotu umowy. Zgodnie z brzmieniem zapisu: „ZAMAWIAJĄCY może zmniejszyć wielkość objętego umową przedmiotu zamówienia, w tym poszczególnych wyrobów w zależności od uzyskanych środków finansowych oraz potrzeby zastosowania produktów, objętych niniejszą umową, a w takim przypadku WYKONAWCY nie przysługuje prawo do roszczeń odszkodowawczych. Jednakże wartość zamówienia w ramach niniejszej umowy ze strony ZAMAWIAJĄCEGO nie może wynieść mniej niż 30% wartości określonej w § 2 ust. 1 dla danego pakietu.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający nadużywa w ten sposób swoich uprawnień do kształtowania przyszłego stosunku prawnego między nim, a Wykonawcą, a teoretycznie określone ograniczenie wykorzystania umowy jest de facto fikcyjne, w stosunku do wymagań ustawy PZP, a także powoduje całkowitą destabilizację co do pewności obrotu po stronie Wykonawcy.

Zamawiający z góry przewiduje, iż umowa może zostać w zasadzie nie zrealizowana, czy też zrealizowana w stopniu minimalnym, co wyklucza sens prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i skazuje z góry Wykonawcę na straty finansowe. Należy zauważyć, że zgodnie z uzasadnieniem do nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych wprowadzonej ustawą z dnia 11 września 2019 roku, ustawodawca stwierdził, iż celem wprowadzenia art. 433 do ustawy było ustalenie zasady *zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją*.

Ustawodawca wskazał, że w dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołań w tym zakresie.

Wprowadzenie niedozwolonych klauzul umownych powoduje, iż Zamawiający nie mogą pozornie wskazywać ograniczenia realizacji zamówienia by tylko uczynić zadość przepisowi prawa, z jednoczesnym zaniechaniem spełnienia celu jakiego obowiązek wprowadzania klauzuli przyświecał. Określenie wymagania by Zamawiający określał minimalny zakres realizacji zamówienia ma na celu zapewnienie realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie, by Wykonawca miał pewność realizacji zakupów, ustalając przecież ceny w ofercie adekwatnie do założeń kontraktowych, do zakresu zamówienia, rezerwując moce przerobowe przedsiębiorstwa i ponosząc z tego tytułu określone koszty. Wskazanie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, iż może on ograniczyć realizację do 30% wartości kontraktu powoduje, że faktycznie Zamawiający nie określił limitów zapewniających równowagę stron.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 stycznia 2024 roku, sygn.. akt: KIO 99/2024 wskazała, że „Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p. projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Do obowiązków Zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantującego Wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Zamawiający może przewidzieć możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jeżeli jednocześnie wskaże minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia”.

Art. 433 pkt. 4 Pzp nie może być jednocześnie dowolnie interpretowany przez Zamawiającego i stwarzać pola do fikcyjnego zawierania postanowień umownych, które zostały nakazane ustawą. Postanowienie, które Zamawiający zawarł w projektowanych postanowieniach umowy nie spełnia wymogów postawionych przez Ustawodawcę, w związku z czym Zamawiający nadużył swojego prawa w tym zakresie.

Konsekwencją takiego działania Zamawiającego – poza jednoznacznym nadużyciem prawa podmiotowego i naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest również ryzyko otrzymania przez Zamawiającego w postępowaniu ofert nieadekwatnych do zakresu zamówienia pierwotnie wskazywanego. Wykonawca wskazuje bowiem, że przy ustaleniu ryzyka niezrealizowania kontraktu w 70% Wykonawcy muszą założyć inne ceny jednostkowe, celem zapewnienia opłacalności całej realizacji. Wynika to również z faktu, iż bez względu na ograniczenia Wykonawca musi zapewnić dostawy zgodnie z projektowanymi postanowieniami umownymi w terminie 1-3 dni od dnia złożenia zamówienia (kryterium oceny ofert). Powoduje to konieczność zabezpieczenia magazynowego co najmniej na poziomie 80% realizacji umowy.

Tym samym – poprzez naruszenie wymagań ustawy PZP Zamawiający doprowadza również do sytuacji, w której oferty składane przez wykonawców, w których należy zakładać realizację na tak niskim poziomie jak wskazano w SWZ są nieadekwatne cenowo do tego co Zamawiający mógłby uzyskać przygotowując SWZ zgodnie z wymaganiami przepisów prawa i bez nadużycia prawa podmiotowego.

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowe odwołanie jest konieczne w konsekwencji czego, wnoszę jak we wstępie.

W załączeniu:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. wydruk z rejestru przedsiębiorców
4. pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową.