

Warszawa, 2009-07-30

Szpital Uniwersytecki nr 2 im. Dr. J. Biziela w Bydgoszczy

Ul. Ujejskiego 75

85-168 Bydgoszcz

Dot. przetargu nieograniczonego na dostawę preparatów dezynfekcyjnych, środków leczniczych oraz produktów biobójczych

Znak sprawy : NZZ/29/D/09

Schulke Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Rydygiera 8, działając w oparciu o art.179 ust.1, art.180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych / tekst jednolity Dz. U. z 2007r Nr 223, poz. 1655 z późn. zm./ niniejszym składa

PROTEST

na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia . Zarzuty dotyczą :

1. Rażącego naruszenia art. 7 ust.1 w związku z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez :
 - żądanie oferowania preparatów o ściśle określonym składzie chemicznym i tym samym niedopuszczenia możliwości oferowania preparatów o tożsamym przeznaczeniu i właściwościach, lecz nieco odmiennym składzie chemicznym;
2. Rażącego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokładne określenie pojemności opakowań jednostkowych
3. Rażącego naruszenia art. 29 ust. 1 i 3 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez eliminację możliwości składania ofert równoważnych

Skarżący pobrał ze strony internetowej w dniu 28.07.2009r SIWZ do przetargu nieograniczonego na dostawę preparatów dezynfekcyjnych, środków leczniczych oraz produktów biobójczych

UZASADNIENIE

Schulke Polska Sp. z o.o.

ul. Rydygiera 8 | 01-793 Warszawa

Zezwolenie: GIF-N-4111-55/AR/08

Dział Obsługi Klienta: Tel. + 48 22 568 22 02 – 03 | Fax + 48 22 568 22 04 | Księgowość: Tel./Fax + 48 22 568 22 07 | Dział Zamówień Publicznych: Tel. + 48 22 568 22 05

schulke.polska@schulke.com

NIP: 527-00-10-985 | NIP UE: PL5270010985 | Regon: 010385400

Bank PEKAO S.A.: 12 1240 6029 1111 0000 4793 3622 | BANK HANDLOWY S.A.: 89 1030 1654 0000 0000 5631 1301

Sąd Rejonowy dla m. St. Warszawy XII Wydział Gospodarczy KRS | KRS: 0000104818 | Kapitał zakładowy: 50 000,00 PLN

Przedmiotem ww. opisanego postępowania jest dostawa preparatów dezynfekcyjnych, środków leczniczych oraz produktów biobójczych.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że opisując przedmiot zamówienia wyłącza działanie jednej z najważniejszych zasad określonych prawem zamówień publicznych – zasady obowiązku zachowania przez zamawiającego uczciwej konkurencji. Zasada ta została określona w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 PZP. Z treści tej fundamentalnej zasady wynika zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnia uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Należy zauważyć, że dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudnienia w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w SIWZ, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają (Jerzy Pieróg, Komentarze Becka, Prawo zamówień publicznych Komentarz, 9. Wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, str. 141). Można również wskazać, że tak przygotowanie jak i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie może polegać w szczególności na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Str. 76). Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje znaczeń czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (patrz. Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 148).

Powyższe potwierdza również bardzo bogate orzecznictwo w tej materii, m.in. Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1502/08 oraz przywołany w nim również Wyrok SO w Lublinie z 09.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05 - „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców

zdolnych do wykonania zamówienia”, czy też Wyrok ZA z 6.04.2005 r, sygn. akt UZP/ZO/0-592/05 „Bezpośrednie uprzywilejowanie lub dyskryminowanie wykonawcy polega na użyciu przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt”.

Mając powyższe na uwadze, Protestujący wskazuje zapisy SIWZ, które naruszają wyżej powołane regulacje:

1. Całościowy opis przedmiotu zamówienia w grupie 1 wskazuje jednoznacznie na określony preparat. Zupełnie nieuzasadnionymi są wymogi postawione w SIWZ, mianowicie – preparat na bazie aldehydu glutarowego o aktywności roztworu użytkowego przez 30 dni oraz w opakowaniach 5 litrowych. Należy podkreślić, że inne preparaty o tym samym przeznaczeniu, charakteryzują się porównywalną skutecznością i przeznaczeniem w stosunku do wymaganego preparatu. Również w grupie nr 2 Zamawiający wymaga zaoferowania preparatu gotowego do użycia opartego na bazie aldehydu glutarowego, aktywnego przez 28 dni w opakowaniach 5-cio litrowych. Takie wymogi Zamawiającego również wskazuje na konkretny preparat, bez jakiegokolwiek uzasadnienia konieczności stosowania w placówce. Zamawiający opisując kolejne preparaty w grupie 3 i 4 wymaga również zaoferowania konkretnego preparatu opartego na bazie nadwęglanu sodu o spektrum działania w czasie 15 min, a ze sporami w czasie 6 godzin w opakowaniach 20 kg (grupa 3), a w grupie 4 preparatu opartego na bazie czwartorzędowych związków amoniowych o skuteczności m.in. wobec *M. tuberculosis* w stężeniu 1% i czasie działania 30 min w opakowaniach 5 litrowych. Zamawiający tworząc opis przedmiotu Zamówienia wyspecyfikował preparaty ze składu chemicznego, spektrum i czasu działania wskazując konkretne preparaty i nie dając możliwości zaoferowania innych preparatów. Umieszczając w opisie przedmiotu zamówienia niczym nie uzasadnione wytyczne Zamawiający preferuje konkretne preparaty i dokonuje wyboru preparatu na etapie sporządzenia SIWZ. Na rynku istnieje wiele różnych równoważnych preparatów, które posiadają właściwości porównywalne, a nawet lepsze od opisanych przez Zamawiającego, o szerokim spektrum działania. Preparaty oparte na bazie dialdehydu bursztynowego niczym się nie różnią we właściwościach od preparatów opartych na bazie aldehydu glutarowego, tak samo preparaty oparte na bazie czwartorzędowych związków amoniowych mogą być zastąpić te wymienione przez Zamawiającego. Żądanie zaoferowania preparatu gotowego do użycia (grupa 1 i 2) nie znajduje żadnego uzasadnienia w ekonomii szpitala. Preparaty w koncentracji umożliwiają przygotowanie dużo więcej litrów roztworu roboczego bez utylizacji dużej ilości opakowań. Zamawiający wymaga preparatów do powierzchni (grupa 5) w czasie działania na B i F w 5 min i wirusy do 30 min. Nie jest niczym poparte stawianie takich wymogów, ponieważ wymóg zaoferowania preparatu działającego na wirusy w 30 min przeznaczonego do powierzchni nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości. W grupie 6 Zamawiający wyklucza substancje aktywne i na dodatek w opisie zamieszcza jako substancję aktywną glukoprotaminę. Dlaczego Zamawiający nie dopuścił zaoferowania preparatu opartego na bazie czwartorzędowych związków amoniowych, jeżeli dopuszcza preparat zawierający - pierwszorzędową aminę? Opis przedmiotu zamówienia w grupie 7 wskazuje zawiera zupełnie nieuzasadnionymi wymogi postawione w SIWZ, mianowicie – preparat nie zawierający etanolu. Należy podkreślić, że

preparaty o tym samym przeznaczeniu, zawierające m. in. etanol wykazują zdecydowanie szersze od wymaganego spektrum działania obejmujące B, MRSA, F, Tbc (mycobacterium tuberculosis), V (w tym HIV, HBV, HCV, Vaccinia, Rota, Adeno, Vaccinia, Noro) w czasie krótszym od oczekiwanego tj., w czasie do 2 minut. Jednocześnie preparaty te spełniają wszystkie pozostałe wymagania stawiane w SIWZ. W grupie 13 Zamawiający wymaga zaoferowania preparatu z nadtlaniem wodoru. Nadtlenek wodoru w składzie preparatu nie wnosi innych, szczególnych właściwości, dlatego też preparaty zawierające octenidynę również spełniają wymagania Zamawiającego pod względem wymaganej skuteczności.

Całościowy opis przedmiotu zamówienia w grupie 16 wyklucza jednoznacznie na zaoferowanie preparatu innych aniżeli opisane w SIWZ. Wymóg SIWZ zakazujący zaoferowania produktu zawierającego pochodne fenolowe, a z zawartością nadtlenu wodoru jest niezasadnym, jawnie ograniczającym konkurencję. Zarówno w Farmakopei Polskiej jak i Farmakopei Europejskiej nie ma żadnych wytycznych wykluczających pochodne fenolowe z zastosowania. Są to substancje powszechnie stosowane i nie ma żadnych przeciwwskazań do zastosowania ich w preparatach. Preparaty te są o równie dobrej jakości i zdecydowanie konkurencyjnej cenie. Zupełnie nieuzasadnionym jest wymóg postawiony w SIWZ.

W grupie 17 Zamawiający wymaga zaoferowania preparatu w opakowaniach 5-cio litrowych. Nieuzasadnionym jest ten zapis a jedynie ogranicza konfekcjonowanie preparatów wyłącznie w opakowaniach o pojemności 5L. Na rynku istnieją preparaty spełniające wszelkie wymagania SIWZ, konfekcjonowane w opakowaniach o innej pojemności, np. 1L, 10L. Ograniczenie pojemności opakowań do 5L nie ma najmniejszego znaczenia praktycznego, a służy wyłącznie nieuprawnionemu ograniczeniu konkurencji. W grupie 18 i 19 Zamawiający zakazuje zaoferowania produktu zawierającego pochodne fenolowe, a z zawartością nadtlenu wodoru jest niezasadnym, jawnie ograniczającym konkurencję. Zarówno w Farmakopei Polskiej jak i Farmakopei Europejskiej nie ma żadnych wytycznych wykluczających pochodne fenolowe z zastosowania. Są to substancje powszechnie stosowane i nie ma żadnych przeciwwskazań do zastosowania ich w preparatach. Preparaty te są o równie dobrej jakości i zdecydowanie konkurencyjnej cenie. Zupełnie nieuzasadnionym jest wymóg postawiony w SIWZ.

2. Zamawiający w większości pakietów żąda określonej pojemności opakowań. Wiadomym powszechnie jest, iż sposób konfekcjonowania preparatów różnych wytwórców jest w większości przypadków różny. Zamawiający wymaga zaoferowania po 100 szt. chusteczek (grupa 8) i 80 szt. chusteczek (grupa 9). Na rynku istnieje wielu producentów oferujących preparaty w zbliżonych opakowaniach, a posiadających właściwości porównywalne do opisanych. Dlatego też nie ma żadnego znaczenia praktycznego, a służy tylko i wyłącznie ograniczeniu konkurencji. W grupie 17 Zamawiający wymaga zaoferowania preparatu w opakowaniach 5-cio litrowych.

Nieuzasadnionym jest ten zapis a jedynie ogranicza konfekcjonowanie preparatów wyłącznie w opakowaniach o pojemności 5L. Na rynku istnieją preparaty spełniające wszelkie wymagania SIWZ, konfekcjonowane w opakowaniach o innej pojemności, np. 1L, 10L. Ograniczenie pojemności opakowań do 5L nie ma najmniejszego znaczenia praktycznego, a służy wyłącznie nieuprawnionemu ograniczeniu konkurencji. Tym samym bez szczególnego uzasadnienia Zamawiający eliminuje z postępowania Wykonawców oferujących produkty w opakowaniach jednostkowych odbiegających od tych, wskazanych w SIWZ. Żądanie skonkretyzowanych

opakowań jednostkowych wskazuje jednoznacznie na preparat/ preparaty / pochodzące wyłącznie od jednego producenta, czy określonej grupy wytwórców. Zamawiający winien żądać opakowań dostosowanych do systemu dozowania posiadanych przez szpital, a nie preparatów o konkretnej wielkości opakowania.

Powyższe zarzuty dotyczą grupy 3, 8, 9, 16, 17.

3. W SIWZ Zamawiający nie zawarł zapisu mówiącego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych na przedmiot zamówienia opisany w Formularzu Cenowym. Zatem mamy prawo domniemywać iż Zamawiający nie dopuszcza składania takowych ofert. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niedopuszczalny, bez zachowania podstawowej zasady równości w traktowaniu wykonawców, w sposób wyraźnie wskazujący na pochodzenie zamawianych preparatów przez co wyraźnie naruszył art. 7 Ustawy Pzp. W tym miejscu należy zaś podnieść, iż zgodnie z zapisami art. 29 oraz art. 30 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający winien był opisać przedmiot zamówienia w sposób obiektywny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, tak aby nie uniemożliwiać innemu wykonawcy przystąpienie do przetargu oraz tak aby Zamawiający nie mógł preferować jednych wykonawców a dyskryminować innych oferujących równoważne wyroby na rynku. Pomijając podstawowe zasady opisanie przedmiotu zamówienia oraz nie dopuszczając składania ofert równoważnych Zamawiający rażąco naruszył art. 29 i art.30 ust. 1 Ustawy Pzp. W myśl definicji „ oferty równoważnej ” w przypadku środków do dezynfekcji cechą pierwszorzędą jest jego przeznaczenie do stosowania a zatem zachowując właściwości danego preparatu i to samo przeznaczenie, cecha drugorzędna taka jak np. skład chemiczny czy postać danego środka (nie ma znaczenia czy preparat jest w postaci proszku, koncentratu do rozcieńczenia czy w postaci gotowego roztworu – wszak przeznaczenie jest takie samo) nie powinna być podstawą do dyskwalifikacji danego środka do zaoferowania. Nie istnieje przecież na rynku preparat do dezynfekcji pochodzący od innego producenta a posiadający dokładnie ten sam skład chemiczny i sposób konfekcjonowania, bowiem przy zachowaniu tych samych właściwości, przeznaczenia preparatu i jego spektrum działania skład chemiczny może być zmodyfikowany, przy czym modyfikacja ta jest przeważnie niewielka i uwarunkowana jest specyfiką produkcyjną i patentową danego producenta.

W szczególności zmodyfikowana siwz winna wyrażać :

- odstąpienie w opisie przedmiotu zamówienia od wymogu zaoferowania preparatu o określonym składzie chemicznym, odstąpienie od wymogu wykluczenia ze składu substancji powszechnie stosowanych np.: pochodnych fenolowych, dopuszczenie preparatów o innym czasie działania oraz o innym stężeniu roztworu roboczego
- zaniechanie wskazywania wyłącznie jednej wielkości opakowania handlowego
- dopuszczenie złożenia oferty równoważnej.

Protestujący pragnie podkreślić, że umowa zawarta na warunkach opisanych w SIWZ z mocy prawa będzie nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 – w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wyłącza konkurencję ma wpływ na wynik postępowania.

Ewentualne zawarcie umowy i jej próba realizacji zdaniem Protestującego uzasadni jego czynności mające na celu powiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o naruszeniach przepisów PZP przez Zamawiającego z wnioskiem o wszczęcie kontroli przeprowadzonej procedury.

Działania Zamawiającego uzasadnią również wystąpienie do właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych z wnioskiem o ukaranie Zamawiającego na podstawie działań wskazujących przesłanki określone art. 17 ust. 1 pkt 3) ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Zostanie również poinformowany właściwy organ założycielski placówki.

Mając powyższe na uwadze, wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem

Załączniki :
Wypis z KRS
Pełnomocnictwo