

Warszawa, dnia 04/01/2010 r.

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie  
ul. Korczyńska 57  
38-400 Krosno

Protestujący:

Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o.  
ul. Iłżecka 24  
02-135 Warszawa

Wojewódzki Szpital Podkarpacki  
im. Jana Pawła II w Krośnie  
SEKRETARIAT - WPŁYNEŁO

data

podpis 2010-01-06

10214 1312

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz.177 z późn. zm., dalej: ustawa, Pzp) wnoszę w imieniu Wykonawcy, którego reprezentuję, tj. Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Iłżeckiej 24 (dalej: Protestujący, Johnson&Johnson, J&J)

### PROTEST

Wobec czynności oraz zaniechania Zamawiającego w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawy protez naczyniowych, elektrod, klipsów, znak sprawy: SIWZ NZ/215/114/2009.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1, 2 i 3 w związku z art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 poz.1655 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą, co narusza interes prawny protestującego – będącego uczestnikiem niniejszego postępowania, poprzez:

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

Protestujący wnosi o:

1. Zmianę opisu przedmiotu zamówienia w części oznaczonej jako pakiet nr 4, lub, alternatywnie:
2. Wyłączenie z pakietu nr 4 pozycji nr 1 i 2 i utworzenie dla tych pozycji osobnego pakietu.

### UZASADNIENIE

Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o.  
ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa  
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym  
m. st. Warszawa, XIII Wydział Gospodarczy  
Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem  
KRS 0000032278  
NIP: 113-00-20-467  
Wysokość kapitału zakładowego: 33751500 PLN

Joanna Lipińska  
Przedstawiciel  
ds. ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o.

W załączniku nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł wymagania dotyczące staplerów stanowiących przedmiot zamówienia w pakiecie nr 4. W pierwszych dwóch pozycjach przedmiot zamówienia stanowią odpowiednio klipsy tytanowe oraz klipsownica do klipsów tytanowych; natomiast w pozycjach 3 i 4 przedmiotem zamówienia są klipsy polimerowe oraz klipsownica do klipsów polimerowych.

Klipsy polimerowe (a więc i klipsownice do nich) są wyrobami charakterystycznymi dla jednego producenta. Nie ulega wątpliwości, że opis ten wskazuje na jeden wyrób posiadający taką (nieistotną z punktu widzenia klinicznego) cechę, a to produkt oferowany przez BerylMed Ltd. Klipsy polimerowe nie różnią się wskazaniami i sposobem użycia od klipsów tytanowych – zostały dopuszczone do obrotu w dokładnie tych samych wskazaniach, nie ma żadnych różnic dotyczących sposobu ich użycia a różnią się jedynie materiałem użytym do ich wykonania, który jednak pozostaje bez wpływu na ich właściwości.

Mając na uwadze, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia użył określenia wskazującego na konkretny, pochodzący od jedyne go producenta wyrób a jednocześnie nie użył słów „lub równoważne” lub innych podobnych wyrazów naruszył tym samym dyspozycję art. 29 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy czym na uwagę zasługuje fakt, iż „nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty" (por. [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt a pomijając swoje uzasadnione, minimalne oczekiwania obrazujące wymagania co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.

Tożsame stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych, w cytowanej powyżej opinii nt. opisu przedmiotu zamówienia ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) gdzie czytamy: Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych

ul. Rzecka 24, 02-135 Warszawa  
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym  
m. st. Warszawa, XIII Wydział Gospodarczy  
Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem  
KRS 0000032278  
NIP: 113-00-20-467  
Wysokość kapitału zakładowego: 35 751 500 PLN

Joanna Lipińska  
Przedstawiciel  
ds. ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.



sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. (...) Zamawiający narusza ustawę Prawo zamówień publicznych także wówczas jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki."

W przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazane w poz. 3 i 4 klipsy polimerowe oraz klipsownica do klipsów polimerowych są wyrobem charakterystycznym wyłącznie dla BerylMed Ltd., zatem wskazanie ich w opisie przedmiotu zamówienia powinno w konsekwencji spowodować dopuszczenie ofert równoważnych.

Skoro opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, że jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie jest BerylMed Ltd., a jednocześnie nie istnieją żadne merytoryczne argumenty uzasadniające wymagania Zamawiającego to opis ten narusza dyspozycję art. 29 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jego sformułowanie musi zostać uznane za błąd.

Zgodnie z dyspozycją art. 29 na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powoduje, że Protestujący nie będzie w stanie złożyć oferty, której treść odpowiadałaby treści SIWZ.

Protestujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Jednakże Zamawiający nie wykazał, iż sporne zapisy, co do opisu przedmiotu zamówienia, uzasadnione są takimi właśnie potrzebami. Powyższe stanowisko Protestującego znajduje także potwierdzenie w doktrynie i orzecznictwie (por. Wyrok KIO z dnia 21 maja 2008 r. Sygn. akt: KIO/UZP 442/08). Nie istnieje żaden dowód na okoliczność, że użycie staplerów wskazanych przez Zamawiającego daje lepsze rezultaty terapeutyczne niż w przypadku użycia staplerów tytanowych oferowanych przez Protestującego.

Skoro nie ma żadnego medycznego uzasadnienia dla rozróżnienia staplerów opisanych przez Zamawiającego od staplerów oferowanych przez Protestującego to uznać należy, że



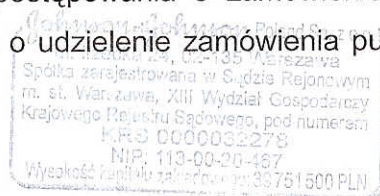
Joanna Lipińska  
Przedstawiciel  
ds. ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.



działanie Zamawiającego narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga fakt, iż staplery opisane przez Zamawiającego są wyrobem produkowanym tylko przez jednego producenta co będzie miało istotny wpływ na cenę oferty.

W wyżej cytowanej opinii Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowanej na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) czytamy: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego 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. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków nie związanych umowami z jednym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.). Podobnie KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, „ (...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznał, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45).

Protest jest w pełni uzasadniony bowiem Protestujący doznał uszczerbku w interesie prawnym. Interes prawny, zdaniem Protestującego, to nie tylko uzyskanie zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, ale to również prawo do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. A tego Prawa Zamawiający



Joanna Kipińska  
Przedstawiciel  
ds. ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.

mu odmawia, pomimo, że w ofercie Protestującego znajdują się staplery, których najwyższa jakość potwierdzona została zarówno przez klientów, a także licznymi badaniami. Mając powyższe na uwadze protest uznać należy za uzasadniony.

Joanna Lipińska  
Przełożona

Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.  
ul. Żelazna 24, 02-135 Warszawa  
Sąd Rejonowy dla M. St. w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy  
Krajowego Rejestru Biznesowego, pod numerem  
KRS 0000032278  
NIP: 143-00-20-467  
Wysokość kapitału zakładowego: 39761500 PLN

ds. ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH  
Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.