

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022r. przez odwołującego: Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126 w postępowaniu powołanym przez zamawiającego: Specjalistyczny Szpital Miejski im. Mikołaja Kopernika w Toruniu 87-100 Toruń, ul. Batorego 17/19

z udziałem przystępującego Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26 po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w

Łodzi 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126 tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - Naprzód Hospital sp. z o.o. - na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt

1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 roku,

poz. 1129 j.t. - zwanej dalej „Pzp”):

wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; tj.:

1)zaniechanie podziału zamówienia na części, 2) opis przedmiotu zamówienia, 3) projektowane postanowienia umowy.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp i art. 5 Kodeksu cywilnego przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu podzielenia

zamówienia na części i uniemożliwieniu składania ofert częściowych, z nadużyciem prawa do udzielenia jednolitego zamówienia w sytuacji, gdy zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje różne rodzajowo: a) usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej oraz b) dostawę sterylnych pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem - które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a zaniechanie podzielenia zamówienia na części skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a w szczególności pozbawieniem dostępu do zamówienia przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), ze szczególnym uwzględnieniem faktu, że takie zagregowanie zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej jako będącego jednocześnie usługodawcą usługi sterylizacji oraz dostawcą zestawów zabiegowych oraz materiałów opatrunkowych, 2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie szczególnego procesu i parametrów lub komponentów produktów dostarczanych w ramach przedmiotowego zamówienia, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, tj. Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej, co prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców oraz jednocześnie do wyeliminowania pozostałych wykonawców lub produktów, gdyż produkty zamawiane przez Zamawiającego, wymienione w zał. nr 1 do SWZ w większości charakteryzują wyłącznie produkty wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., zaś dodatkowo dostarczanie ich wespół z wykonywaniem usługi sterylizacji u tego samego zamawiającego jest procesem technologicznym charakterystycznym dla tego wykonawcy i podmiotów z jego grupy kapitałowej, wykorzystującym fakt łączenia przez tę grupę kapitałową dwojakiego rodzaju działalności: wykonywania usług sterylizacji oraz produkcji materiałów opatrunkowych i zabiegowych,

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany:

1. w ramach zarzutu nr 1 i 2: zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przez dokonanie podziału zamówienia na części, w ten sposób, że jedną część zamówienia stanowić będą usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej (o których mowa w pkt I, II, III i V załącznika nr 1 do SWZ), zaś drugą część zamówienia stanowić będzie dostawa sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, o których mowa w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ oraz pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem, o których mowa w pkt VI załącznika nr 1 do SWZ,

Wniósł o dołączenie do akt niniejszego postępowania akt postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1718/22 - celem wykazania zachowania terminu do wniesienia niniejszego odwołania,

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 15 stycznia 2015 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2015/S 010-013027 2) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 9 lutego 2018 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 028-062138 3) otwarcie ofert z dnia 20

marca 2018 r. 4) Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nr sprawy: SSM.DZP.200.22.2018 5) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 18 kwietnia 2018 r., Suplement

do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 075-168192 6) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 21 lipca 2018 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 139-319054

7) otwarcie ofert z dnia 19 czerwca 2018 r. 8) umowa nr SSM.DZP.200.155.2019 z dnia 14 października 2019 r., zawarta między Zamawiającym a „CitoNet-Bydgoszcz” Sp. z o.o. i

Toruńskimi Zakładami Materiałów Opatrunkowych S.A. 9) specyfikacja istotnych warunków zamówienia dot. w/w umowy 10) informacja z otwarcia ofert z dnia 29 sierpnia 2019 r. 11) ogłoszenie o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 221 000 Euro na świadczenie usług w zakresie mycia, dezynfekcji, sterylizacji narzędzi chirurgicznych, sprzętu medycznego oraz dzierżawa pomieszczeń centralnej sterylizacji dla Specjalistycznego Szpitala Miejskiego im. Mikołaja

Kopernika w Toruniu 12) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w wyniku w/w wyboru oferty najkorzystniejszej -

celem wykazania, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób faworyzujący obecnych wykonawców tożsamesgo przedmiotu zamówienia, w szczególności z uwagi na postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowień umowy oraz zaniechania podzielenia zamówienia na części, a także ze względu na fakt, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także wszystkich poprzednio prowadzonych postępowaniach od 2015 r. tylko owi wykonawcy złożyli ofertę,

13) aktualny na dzień wnoszenia odwołania wydruk ze strony internetowej - celem wykazania, że podmioty należące do grupy kapitałowej Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych prowadzą działalność zarówno w zakresie sterylizacji, jak i dostarczania materiałów opatrunkowych i zabiegowych,

14) zestawienie 45 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sterylizacji - celem wykazania, że nie ma usprawiedliwionej potrzeby ani rzeczywistej praktyki łączenia przedmiotowej usługi sterylizacji i dostawy sterylnych pakietów zabiegowych oraz dostawy sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym i zabiegowym,

15) 4 ogłoszenia o zamówieniu na usługę sterylizacji spośród zestawienia z pkt. 14) - celem wykazania, że nie ma usprawiedliwionej potrzeby ani rzeczywistej praktyki łączenia przedmiotowej usługi sterylizacji i dostawy sterylnych pakietów zabiegowych oraz dostawy sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym i zabiegowym

16) zestawienie odpowiedzi dostawców na zapytanie ofertowe Odwołującego dotyczące

sterylnych pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym i zabiegowym będących przedmiotem dostawy w przedmiotowym zestawieniu - celem wykazania, że Odwołujący nie ma możliwości nabycia gotowych sterylnych pakietów celem realizacji zamówienia, zaś ich jedynym wytwórcą są Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. i podmioty z ich grupy kapitałowej, które nie podjęły współpracy z Odwołującym na skierowanie do nich zapytanie,

17) faktury wystawione Zamawiającemu przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. - celem wykazania, że zapotrzebowanie Zamawiającego na gotowe

pakiety zabiegowe jest niewielkie i że nie ma rzeczowej potrzeby łączenia zamówienia na ich dostawę z usługą sterylizacji,

18) pismo ZARYS International Group z dnia 15 lipca 2022 r. - celem wykazania, że do wykonania zamówienia konieczne jest nabycie produktów oferowanych na rynku wyłącznie przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., 19) korespondencja dostawca Zarys 20) korespondencja dostawca Paul Hartmann Polska 21) korespondencja dostawca Batist 22) korespondencja dostawca BBraun 23) korespondencja dostawca Matopat 24) korespondencja dostawca TZMO - celem wykazania, że Odwołujący zwrócił się do różnych dostawców materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, celem zamówienia produktów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, jednakże żaden z nich nie zaoferował wykonania dostawy asortymentu opisanego przez Zamawiającego, zaś Matopat i TZMO - czyli podmioty należące do grupy kapitałowej przystępującego - także nie zaoferowały Odwołującemu sprzedaży wszystkich tych produktów, mimo że mają je w swojej ofercie, 25) Certyfikaty CE i Deklaracje zgodności złożone w postępowaniu TP-04/2022 Sukcesywne dostawy materiałów opatrunkowych oraz ubrań operacyjnych do apteki Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie przez wykonawcę konsorcjum: Citonet Bydgoszcz sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. - celem wykazania, że w ofercie podmiotów z grupy kapitałowej Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. znajdują się wszystkie produkty i komponenty zestawów niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia w zakresie dostawy, stąd występuje

de facto monopol tego wykonawcy w tym zakresie i aby wykonać zamówienie przez innego wykonawcę konieczne jest podjęcie z nim współpracy, co jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji, 26) ogłoszenie w BZP z 17 maja 2022 r., 2022/BZP 00161491, wraz z załącznikami - celem wykazania, że Zamawiający udzielił już przystępującymi oddzielnego zamówienia na materiały opatrunkowe, spośród których część jest przedmiotem przedmiotowego postępowania, bez jednoczesnego udzielenia zamówienia na usługę sterylizacji.

Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wniesionego wpisu od odwołania oraz uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Złożył oświadczenie, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zaznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

Odwołujący w dniu 27 czerwca 2022 r. wniósł odwołanie na treść SWZ w zakresie zaniechania podzielenia zamówienia na części, dokonania opisu przedmiotu zamówienia i treści projektowanych postanowień umowy z naruszeniem Pzp. Zarzuty nr 1 i 2 tamtego odwołania były tożsame z odwołaniem niniejszym i wskazywały na dokonanie przez Zamawiającego zaniechania podziału zamówienia na części oraz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, tj.:

1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp i art. 5 Kodeksu

cywilnego przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu podzielenia zamówienia na części i umożliwieniu składania ofert częściowych oraz niepodaniu w dokumentach zamówienia przyczyn braku podzielenia zamówienia na części, z nadużyciem prawa do udzielenia jednolitego zamówienia w sytuacji, gdy zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje różne rodzajowo: a) usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej oraz b) dostawę sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem - które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a zaniechanie podzielenia zamówienia na części skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a w szczególności pozbawieniem dostępu do zamówienia przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), ze szczególnym uwzględnieniem faktu, że takie zagregowanie zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej jako będącego jednocześnie usługodawcą usługi sterylizacji oraz dostawcą materiałów opatrunkowych,

2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, tj. Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej, co prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców oraz jednocześnie do wyeliminowania pozostałych wykonawców lub produktów, gdyż dostarczanie pakietów z materiałem opatrunkowym i zabiegowym przygotowywanych poza centralną sterylizatornię, dzierżawioną od zamawiającego, czego wymaga Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, jest procesem technologicznym charakterystycznym dla tego wykonawcy i podmiotów z jego grupy kapitałowej, wykorzystującym fakt łączenia przez tę grupę kapitałową dwojakiego rodzaju działalności:

wykonywania usług sterylizacji oraz produkcji materiałów opatrunkowych i zabiegowych

Żądania odwołania były tożsame zaś z żądaniami niniejszego odwołania.

Jak wynika z powyższego, w treści zarzutu nr 1 podkreślono także zaniechanie podania przez Zamawiającego przyczyn braku podziału zamówienia na części w dokumentach zamówienia.

W dniu 14 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, m. in. przez podanie powodów braku dokonania podziału zamówienia na części.

W dniu 20 lipca 2022 r. odwołanie Odwołującego z dnia 27 czerwca 2022 r. zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt: KIO 1718/22. KIO postanowieniem z tego samego dnia umorzyła postępowanie, wskazując, że w dniu wnoszenia odwołania Odwołujący nie miał pełnej wiedzy odnośnie okoliczności braku dokonania podziału zamówienia na części. W dniu 14 lipca 2022 r. poznał zaś motywy braku dokonania podziału zamówienia na części, w konsekwencji czego, zdaniem KIO, postępowanie okazało się bezprzedmiotowe w myśl art. 568 pkt 2 Pzp, zaś Odwołujący ma pełne prawo wnieść kolejne odwołanie, oparte na tożsamych zarzutach.

Termin do wniesienia niniejszego odwołania rozpoczął zatem swój bieg w dniu 14 lipca 2022 r. Jakkolwiek bowiem Zamawiający nie uczynił zadość żądaniom odwołania w drodze dokonania podziału zamówienia na części, to jednak przez opublikowanie w dniu 14 lipca 2022 r. wyjaśnień braku dokonania takiego podziału wprowadził do postępowania nowość, która podobnie jak wyjaśnienia treści SWZ, dopiero z momentem jej pojawienia się w postępowaniu pozwala na właściwą interpretację spornych zapisów. Jak zaś trafnie podkreśliła KIO w ustnych motywach postanowienia o umorzeniu postępowania z dnia 20 lipca 2022 r., na podstawie art. 555 Pzp nie ma ona możliwości rozpatrywania na rozprawie okoliczności, które nie istniały na dzień jego wniesienia.

A zatem, stosując wyżej wskazane kryterium nowości, należy przyjąć, że brak dokonania przez Zamawiającego podziału zamówienia na części podlega zaskarżeniu w terminie 10 dni od dnia opublikowania przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2022 r.

Na tę okoliczność odwołujący przywołał orzecznictwo jak i stanowiska w tym zakresie doktryny i tak : Zespół Arbitrów przy UZP w wyroku z dnia 9 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-639/06, Rozpoczęcie biegu terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego dotyczącej SIWZ musi pozostawać w naturalnym związku przyczynowym ze zdarzeniem, które powodowało rozpoczęcie biegu tego terminu. Niewątpliwie, skoro Zamawiający rzeczywiście zaniechał w pierwotnej wersji SWZ podziału zamówienia na części, a dopiero na skutek wyjaśnień z dnia 14 lipca 2022 r. przedstawił motywy takiego zaniechania, wprowadzając zupełnie nową treść do SWZ, rozpoczęcie biegu terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego dotyczącej SWZ pozostaje w naturalnym związku przyczynowym

z tym zdarzeniem. Stanowisko podobne wyrażono także w doktrynie: Pamiętać należy, że termin na wniesienie odwołania każdorazowo rozpoczyna swój bieg wówczas, gdy można stwierdzić, iż wykonawca otrzymał pełną i zrozumiałą decyzję zamawiającego. Zasada ta, choć w różnych odmianach, ma zastosowanie zarówno do odwołań, których przedmiotem

jest czynność zamawiającego, jak i ogłoszenie wszczynające postępowanie lub dokumenty zamówienia, czy wymienionych w ust. 4 art. 515 p.z.p. przypadków, gdy zamawiający zamieścić miał stosowne ogłoszenie wraz z uzasadnieniem. W orzecznictwie Trybunału

Sprawiedliwości bardzo mocno podkreślana jest rola uzasadnień decyzji zamawiającego

jako źródła pełnej informacji o motywach działania zamawiającego. Przyjmuje się, że brak

pełnego lub należytego uzasadnienia w zasadzie wyłącza możliwość liczenia terminu na wniesienie środka ochrony prawnej od chwili otrzymania owej wadliwie uzasadnionej informacji (Postanowienie TS z 14.02.2019 r., C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus v. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di

Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, EU:C:2019:118, i powołane tam w pkt 31 orzecznictwo). Jest to o tyle racjonalne, że odwołujący nie jest w stanie

prawidłowo postawić zarzutu, nie znając faktycznego uzasadnienia rozstrzygnięcia

godzącego w jego interes. (G. B. A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz

aktualizowany, LEX/el., 2022, [w]: uwaga nr 3).

W dniu 17 czerwca 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie. Przedmiotem

zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę usług w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej, dostawa sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem oraz dzierżawa pomieszczeń i wyposażenia centralnej sterylizacji i stacji uzdatniania wody

na rzecz Zamawiającego, w szczególności: 1) usługa dezynfekcji, mycia, przeglądu,

konserwacji, pakowania i sterylizacji narzędzi chirurgicznych i sprzętu medycznego oraz

fartuchów operacyjnych barierowych parą wodną pod ciśnieniem w temperaturach 134 oC i 121 oC, 2) usługa dezynfekcji, mycia, pakowania i sterylizacji sprzętu medycznego tlenkiem

etylenu (sterylizacja niskotemperaturowa), 3) usługa dostarczania sterylnych pakietów zabiegowych z narzędziami chirurgicznymi, sprzętem medycznym Zamawiającego oraz materiałem opatrunkowym i serwetami zabiegowymi Wykonawcy, 4) usługa dezynfekcji

sprzętu medycznego, obuwia operacyjnego zapewniająca wysoki poziom czystości mikrobiologicznej, 5) sukcesywna dostawa sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym i zabiegowym, 6) dzierżawa od Zamawiającego pomieszczeń centralnej sterylizacji o powierzchni 252,12m² i stacji uzdatniania wody o powierzchni 9,90m², 7) dzierżawa od Zamawiającego sprzętu stanowiącego wyposażenie centralnej sterylizacji i stacji

uzdatniania wody - dla Specjalistycznego Szpitala Miejskiego im. Mikołaja Kopernika w

Toruniu.

Z uwagi na podane przez Zamawiającego kody CPV, przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na usługi społeczne, o których mowa w art. 359 pkt 1 Pzp. Zgodnie z zapisem pkt. II.1.6) ogłoszenia o zamówieniu, zamówienie nie jest podzielone na części. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i załączników do niej naruszają przepisy Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej wskazanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1 - art. 16 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 359 pkt 1

Pzp Jak widać z wyżej przytoczonego opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.1. SWZ), zamówienie obejmuje w istocie dwa rodzaje zamówienia - na usługi i dostawy, tj.: a) usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej oraz b) dostawę sterylnych pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem. Zdaniem Odwołującego, zamówienie jest podzielne i należało je podzielić, czego Zamawiający nie dokonał, z naruszeniem powołanych w treści zarzutu przepisów ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Jakkolwiek zatem zamawiający zasadniczo ma jedynie prawo, a nie obowiązek dokonania podziału zamówienia na części, to powinien także uwzględnić dyrektywę art. 16 pkt 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W związku z powyższym, podział zamówienia na części bądź odstąpienie od jego dokonania nie jest kwestią dowolną, lecz podlega kontroli KIO - tak też KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2007 r., KIO/UZP 9/07. KIO w tej sprawie rozstrzygała spór między Zakładami Metalowymi Kozamex i kopalnią węgla Bogdanka. Kopalnia ta w jednym przetargu chciała zamówić dostawę łuków odrzwi obudowy chodnikowej oraz strzemion do ich łączenia. O ile wspomniane łuki dostarcza w Polsce tylko jedna huta, o tyle strzemiona są produkowane co najmniej przez kilka firm. Zdaniem Kozameksu, który sprzedaje strzemiona, łącząc te dwa elementy do jednego zamówienia, kopalnia uniemożliwiła mu start w przetargu i postawiła hutę w uprzywilejowanej pozycji. Zarówno w proteście, jak i odwołaniu firma ta zwracała uwagę, że wcześniej kopalnia osobno kupowała łuki i osobno strzemiona. Dopiero w tym przetargu połączyła te dwie dostawy w jedno. W konsekwencji, Izba stwierdziła, co następuje: Skoro zatem realizacja prawa Zamawiającego do zrealizowania jego potrzeby nie jest zagrożona, Zamawiający nie może, formułując regułę postępowania, osłabiać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dopuszczając składania ofert częściowych nadużył przysługujące mu prawo podmiotowe, czyniąc z tego prawa użytek pozostający w sprzeczności ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa (art. 5 Kodeksu cywilnego). Zamówienie na przedmiotową usługę oraz dostawę mogło

być udzielone oddzielnie bądź w częściach. Nie istnieje żaden przypadek konieczności wykonania ich łącznie przez jednego wykonawcę. Co innego bowiem sterylizowanie-wyjaławianie narzędzi medycznych, będące kompleksowym procesem służącym do dekontaminacji narzędzi i sprzętu medycznego, a co innego dostarczanie gotowych sterylnych pakietów zabiegowych i opatrunkowych. Intencją przepisu art. 91 Pzp było uczynienie zadość postanowieniom dyrektywy klasycznej, tj. dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. W motywie nr 78 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE prawodawca europejski wskazał, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP, w tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Jednocześnie państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwiania MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkowym pod pewnymi warunkami. Zdaniem Odwołującego, takie zagregowanie zamówienia ma na celu uprzywilejowanie obecnego wykonawcy przedmiotowej usługi na rzecz Zamawiającego, tj. Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz „CitoNet-Bydgoszcz” Sp. z o.o. Wykonawcy ci, jak i ogólnie podmioty należące do ich rozległej grupy kapitałowej, prowadzą działalność zarówno w zakresie usług sterylizacji narzędzi medycznych, sprzętu medycznego i bielizny operacyjnej jak i produkcji oraz dostarczania materiałów opatrunkowych a także sterylnych zestawów zabiegowych i operacyjnych. Nie ma ścisłego związku między oboma świadczeniami, a udzielenie ich łącznie stanowi o ograniczeniu konkurencji. Świadczy o tym fakt, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie tego zamówienia ofertę złożyli tylko w/w wykonawcy i oni też zawarli umowę z Zamawiającym w tym przedmiocie. Stanowi to o preferencji aktualnego wykonawcy zamówienia. W załączeniu Odwołujący przedstawia także zestawienie 45 postępowań przetargowych na samą usługę sterylizacji, co wskazuje na fakt, że nie ma żadnej rzeczowej potrzeby łączenia tego zamówienia z dostawą zestawów gotowych sterylnych pakietów zabiegowych i opatrunkowych. Powyższe dotyczy w szczególności połączenia usługi sterylizacji z dostawą takich produktów jak Sterylne zestawy zabiegowe. Narzędzia i sprzęt medyczny Zleceniodawcy, materiał opatrunkowy i serwety zabiegowe Zleceniobiorcy czy Dostawa sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym. Zaoferowane wyroby muszą być wyrobami medycznymi inwazyjnymi do krótkotrwałego użytku (klasa IIa reg. 7) (załącznik nr 1 do SWZ, pkt IV i VI).

Szczególnie dyskryminujące w tym względzie są postanowienia § 13 projektowanych postanowień umowy: §13: 1. Strony umowy dopuszczają zmianę postanowień umowy w przypadku: 1) zmiany cen na korzyść Zleceniodawcy na skutek udzielonych, w

szczególności promocji, rabatów, zmiany kursów walut. Dopuszcza się wówczas zmianę

ceny jednostkowej wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi. 2) zmiany nazw, nr katalogowych zestawów zabiegowych, pakietów z materiałem opatrunkowym objętych umową, która nie spowoduje istotnej zmiany przedmiotu umowy - dopuszcza się wówczas zmianę numerów katalogowych i/lub nazwy, 3) zaprzestania produkcji któregośkolwiek z zestawów zabiegowych, pakietów z materiałem opatrunkowym objętych umową - wówczas Zleceniobiorca zobowiązuje się do niezwłocznego potwierdzenia stosownym dokumentem zaprzestania wytwarzania danego asortymentu oraz przedstawienia Zleceniodawcy zamiennika o parametrach nie gorszych niż zaoferowany w umowie w cenie umownej lub niższej. Zmiana umowy w tym przypadku nastąpi po pisemnym zaakceptowaniu propozycji Zleceniobiorcy przez Zleceniodawcę. Dopuszcza się wówczas zmianę zaoferowanego przedmiotu zamówienia, producenta, ceny jednostkowej wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi. 2. Zmiana postanowień umowy, w przypadkach, o których mowa w ust. 1, może nastąpić na pisemny wniosek Strony inicjującej zmianę (forma pisemna zastrzeżona pod rygorem nieważności) i następuje pod rygorem nieważności w formie podpisanego przez obie Strony aneksu do Umowy. 3. Dopuszcza się także możliwość dokonywania zmian asortymentowych i ilościowych w zestawach zabiegowych w pakietach z materiałem opatrunkowym oraz wprowadzania do użytkowania nowego zestawu w ramach obowiązujących rodzajów opakowań i wielkości STE, w przypadku wystąpienia takiego zapotrzebowania u Zleceniodawcy. Zmiana umowy w tym przypadku nastąpi po pisemnym zaakceptowaniu propozycji Zleceniodawcy przez Zleceniobiorcę. Z powyższego wynika, że aby wykonać zamówienie należy nie tylko zapewnić wykonanie usługi sterylizacji, bazując na narzędziach już znajdujących się w miejscu jej wykonania, lecz także zamawiać bądź produkować gotowe pakiety (zestawy) narzędzi medycznych. Zgodnie z prawem, istnieją wyśrubowane wymogi produkowania wyrobów medycznych. I tak, tytułem przykładu, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (dalej jako „rozporządzenie w sprawie wyrobów medycznych”) w załączniku nr I, pkt 3 ustanawia następujący wymóg: Producenci ustanawiają, wdrażają, dokumentują i

utrzymują system zarządzania ryzykiem. Rozpoczęcie takiej produkcji nie następuje zatem z dnia na dzień, lecz jest poprzedzone skomplikowaną i długotrwałą procedurą, zwieńczoną

uzyskaniem certyfikatu od odpowiedniej instytucji certyfikującej zgodnie z ustawą o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku. W konsekwencji, aby rozpocząć wykonywanie przedmiotowego zamówienia, usługodawca usługi sterylizacji musi jednocześnie być producentem wyrobów medycznych, ewentualnie się w takie zaopatrywać na bieżąco. Z uwagi zaś, że obydwa świadczenia zapewnia obecny wykonawca usługi, ma on oczywistą przewagę nad konkurentami, gdyż już uzyskał efekt synergii obydwu rodzajów świadczeń, prowadząc swoją działalność gospodarczą. Zaniechanie podziału zamówienia prowadzi zatem do znaczącej szkody dla możliwości konkurowania w tym postępowaniu, wręcz zastrzeżenia monopolu na rzecz obecnego wykonawcy. Skoro zakres przedmiotu zamówienia i wymagania SWZ w tym punkcie obejmuje jednocześnie usługę sterylizacji narzędzi i sprzętu medycznego Szpitala oraz dostawę materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych przez wykonawcę, to nawet jeżeli Zamawiający oczekuje od wykonawcy przygotowania gotowych zestawów zabiegowych, to zarówno narzędzia jak i sprzęt medyczny do sterylizacji oraz jałowe materiały i serwety zabiegowe powinny być dostarczone przez Zamawiającego, a nie przez wykonawcę.

Dlatego w celu zaniechania ograniczenia konkurencji, przedmiot zamówienia powinien zostać podzielony na dwie części: 1.usługę sterylizacji narzędzi oraz sprzętu medycznego posiadanego przez Zamawiającego 2. dostawę materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych.

W dniu 14 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał uzasadnienia braku przyczyn podziału zamówienia na części w drodze modyfikacji SWZ. Nie należy się merytorycznie zgodzić z twierdzeniami Zamawiającego, a to z przyczyn poniższych. Po pierwsze, godny odnotowania

jest fakt, że w treści modyfikacji SWZ z 14 lipca 2022 r. w części, która zawiera podanie przez Zamawiającego przyczyn braku podzielenia zamówienia na części, znalazły się dokładnie te same stwierdzenia, co w piśmie z dnia 1 lipca 2022 r. - przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1718/22, które złożył obecny wykonawca zamówienia, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. Na str. 1-2 w/w pisma Zamawiającego podniesiono, że w przypadku dwóch różnych wykonawców innego w przypadku usługi sterylizacji i innego w zakresie dostaw materiałów opatrunkowych i zabiegowych Zamawiający musiałby dublować czynności odbioru wyrobów przez personel Zamawiającego i ich transportu do odpowiednich komórek organizacyjnych. Ponadto, dodano, że wystąpiłaby konieczność przechowywania dostarczonych materiałów zabiegowych. Dokładnie te same stwierdzenia znajdują się na str. 3-4 przystąpienia z dnia 1 lipca 2022 r. Widać w tym zakresie wprowadzenie przez Zamawiającego nieznaczących, pozornych różnic stylistycznych - np. słowo „dublować” zostało zastąpione słowem „powielić”.

Przypadek jest wykluczony, a wniosek jest jednoznaczny - Zamawiający zasugerował się, podając przyczyny braku podziału zamówienia na części, argumentacją przystępującego, który jest jednocześnie jego aktualnym wykonawcą przedmiotowego zamówienia oraz na którego Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w praktyce tylko on jest w stanie wykonać zamówienie zgodnie z postanowieniami SWZ. W dodatku, jest to wykonawca z siedzibą w tym samym mieście, co Zamawiający. To poważne poszlaki, aby wątpić w brak współpracy przystępującego i Zamawiającego w przygotowaniu i przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ten sposób uwiarygodnione zostają zarzuty nr 1-2 odwołania o antykonkurencyjnym braku podziału zamówienia przez Zamawiającego.

W dodatku, Zamawiający pominął, że de facto wykonuje zabiegi z wykorzystaniem sterylizacji narzędzi medycznych według procedury tradycyjnej, opisanej na str. 2-3 modyfikacji SWZ z 14 lipca 2022 r. Dostawa sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym w istocie stanowi bowiem nieznaczący odsetek przypadków stosowanych przez Zamawiającego przy zabiegach medycznych. Tytułem przykładu, w załączniku nr 1 do SWZ, pkt IV, poz. 4, zestaw zabiegowy w składzie: kompres 10x10 10, rożek 15, nożyczki ostre 1, imadło 1, pean krzywy 1, moskit 1, pean prosty 1, pęseta chirurgiczna 1, nasadka do noża 1, wykorzystywany będzie tylko 48 razy przez 24 miesiące, czyli średnio 2 razy na miesiąc. Podobnie poz. nr 2 - rektoskop, wykorzystany zostanie przez Zamawiającego jedynie 240 razy w ciągu 24 miesięcy, czyli tylko średnio 10 razy na miesiąc. Tymczasem, z faktur załączonych do niniejszego pisma wynika, że w praktyce są to ilości nawet mniejsze. Oznacza to, że wbrew deklaracji zawartej w modyfikacji SWZ, Zamawiający musi wykorzystywać pakiety wysterylizowane na miejscu do zabiegów, przy wykorzystaniu tzw. podejścia tradycyjnego. Np. na fakturze z 28 lutego 2022 r. pod poz. Nr 47 wykazano jedynie 10 zestawów zabiegowych. Jest to niemożliwe, aby zapotrzebowanie było tak niskie, biorąc

pod uwagę, że Zamawiający jest szpitalem w dużym zakresie zabiegowym, o czym świadczy fakt, że nawet nazwy oddziałów kryją w sobie wykonywanie rutynowo zabiegów medycznych. Ze strony Zamawiającego wynika bowiem, że posiada taką specjalizację oddziałów, która generuje zarówno na blokach operacyjnych jak i w samych oddziałach procedury zabiegowe z wykorzystaniem narzędzi chirurgicznych wymagających procesu dekontaminacji jak m.in. Oddział Chirurgii Ogólnej i Onkologicznej, Urologii Ogólnej i Onkologicznej, Neurochirurgii, SOR, Oddział Hematologii i Transplantacji Szpiku oraz Oddział Neurochirurgii i inne. Na tych samych fakturach wynikają zaś bardzo znaczne ilości przypadków korzystania w tym zakresie z usługi sterylizacji. Dodatkowo należy wspomnieć, że Odwołujący na podstawie FV z dotychczasowej usługi świadczonej u Zamawiającego (w załączeniu), ustalił stosunek wartości netto zestawów opatrunkowych i zabiegowych do wartości usługi dezynfekcji i sterylizacji, który jest równy : luty 2,76%, tj.: 2.552,55 zł netto w całości 92.496,90 zł netto marzec 3,40% , tj.: 3.857,89 zł netto w całości 113.348,18 zł netto kwiecień 3,15%, tj. 3.228,83 zł netto w całości 102.509,56 zł netto maj całość 2,73%, tj.: 4.086,76 zł netto w całości 149.438,72 zł netto (faktury za 1-8 maja i 9-31 maja) łącznie w tych czterech miesiącach 3% tj.: 13.726,03 zł netto w całości 457.793,36 zł netto.

Zamawiającemu brak zatem konsekwencji - najpierw, powtarzając za obecnym wykonawcą, twierdzi, że obecna treść SWZ, wykluczająca podział zamówienia, służyć ma sprawnej i bezpiecznej realizacji tego zamówienia, zaś z powyższego wynika, że mowa tu o marginalnej potrzebie dostarczania gotowych pakietów zabiegowych w stosunku do zapotrzebowania na usługę sterylizacji. W istocie zatem wynika z tego, że rzeczywistą potrzebą braku podziału zamówienia było ograniczenie konkurencji.

Co najmniej zastanawiający w kontekście powyższego jest także fakt, że niektóre produkty wskazane w załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający już nabył w ramach oddzielnego zamówienia od przystępującego, choć nie udzielił jednocześnie zamówienia na sterylizację i rzekomo nie ma możliwości ich magazynowania. W ramach postępowania ogłoszonego w BZP pod numerem 2022/BZP 00161491 Zamawiający bowiem udzielił zamówienia m. in. na opaski elastyczne pojedynczo pakowane wielokrotnego użytku (zał. nr 1 do SWZ, poz. 19), które podlegają także przedmiotowemu postępowaniu - zał. nr 1 do SWZ, cz. VI, poz. 7, a także na kompresy gazowowłókninowe jałowe, które występują zarówno w zał. nr 1 do SWZ, poz. 45 postępowania ogłoszonego w BZP, jak i w przedmiotowym zamówieniu w zał. nr do SWZ, cz. VI, poz. 7.

Nie ma także racji Zamawiający w zakresie, w jakim twierdzi, że podzielenie zamówienia na części doprowadzi do utrudnienia funkcjonowania szpitala Zamawiającego na skutek rzekomej konieczności powielenia czynności odbioru wyrobów medycznych czy skomplikowania działania na skutek koordynacji prac wielu wykonawców. Tymczasem, należy wskazać, że konieczność skoordynowania prac wielu wykonawców różnych zamówień publicznych to codzienność funkcjonowania placówek medycznych szczególnie przy procedurach zabiegowych. Zauważyć należy, że w wielu procedurach medycznych, do których dedykowane są zestawy opatrunkowe i zabiegowe wyspecyfikowane przez Zamawiającego i tak następować będzie konieczność skompletowania innych wyrobów potrzebnych do użycia w danej procedurze.

Nie polegają także na prawdzie twierdzenia Zamawiającego, jakoby nie miał możliwości właściwego przechowywania pakietów zabiegowych dostarczanych przez wykonawcę innego niż wykonawca usługi sterylizacji. Przede wszystkim bowiem, z załącznika nr 2 do SWZ, pkt 4.4 wynika, że Pakiety dostarczane są we wtorek i piątek transportem o godz. 6 30. Pakiety nie będą dostarczane w ramach tej umowy na bieżąco, więc powstaje oczywiste pytanie, gdzie Zamawiający zamierza je przechowywać, skoro twierdzi, że nie posiada stosownej powierzchni magazynowej w tym celu; zwłaszcza w weekendy, gdyż doświadczenie życiowe sugeruje, że nie dokonuje się w sobotę i niedzielę zabiegów planowych, zaś w piątki dostarczane są pakiety zabiegowe, które do poniedziałku muszą być przechowywane. Niezależnie jednak od tej niespójności, próbuje się tu wytworzyć optykę, jakoby tego typu sprzęt zamawiany musiał być raz w miesiącu i przechowywany aż do wyczerpania. Tymczasem, nie ma żadnych przeszkód, aby Zamawiający udzielił zamówienia z uwzględnieniem konieczności reagowania wykonawcy na zamówienia typu cito lub w sytuacjach osiągnięcia minimalnych stanów magazynowych. W ten sposób pakiety zużywane byłyby na bieżąco bez potrzeby ich magazynowania gdziekolwiek. Co więcej, oprócz przypadków nagłych mogłoby to jak najbardziej dotyczyć planowych dostaw i zabiegów, według z góry określonego harmonogramu, zgodnego z planem zabiegów (który oczywiście Zamawiający posiada, aby organizować pracę personelu) i z zapotrzebowaniem do wykonania tychże zabiegów. Dokładnie w ten sam sposób realizowana jest np. zlecana w trybie zamówienia publicznego usługa dostarczania posiłków pacjentom z wykorzystaniem

zasobów własnych wykonawcy (tj. catering), w ramach której wykonawca, według z góry określonego harmonogramu, dostarcza zamawiającemu posiłki dla pacjentów każdego dnia i na określonej godzinie.

Następnie, wcale nie istnieje, jak chce Zamawiający, konieczność zatrudnienia w tym celu dodatkowych pracowników, gdyż nawet w modyfikacji SWZ z 14 lipca 2022 r. na str. 3 zaznaczył, iż zapotrzebowanie na materiały opatrunkowe oraz zestawy zabiegowe oddziały szpitalne składają do pracownika centralnej sterylizatorni, który ma za zadanie na bieżąco zamawiać asortyment, zestawiać zapotrzebowania oraz przekazywać wytworzone zamówienia do pracownika administracyjnego usługodawcy, czyli do szpitala. Oznacza to, po pierwsze, że w którymś miejscu w szpitalu te zestawy muszą jednak być pewien czas przechowywane, a po drugie, że nie ma potrzeby zatrudnienia dodatkowego personelu w tym celu.

Rozwijając powyższy wątek, wskazać należy, że nie ma takiej możliwości, aby Zamawiający nie przechowywał sterylnych zestawów zabiegowych i opatrunkowych w szpitalu. W przypadku każdego zabiegu istnieje bowiem możliwość wystąpienia powikłań, które wymuszają wykorzystanie do zabiegu większej ilości pakietów zabiegowych i opatrunkowych oraz obłożeniowych niż wcześniej zakładana. Tytułem przykładu, przy zabiegu z zestawem do opracowania ręki : jeżeli podczas zabiegu zajdzie konieczność ustabilizowania kończyny

czy opracowania uszkodzonych naczyń krwionośnych z uwagi na fakt iż krwawienia może nie być widać na RTG czy może nie być widoczne podczas pierwotnego ułożenia ręki - wówczas zaistnieje konieczność użycia dodatkowych materiałów opatrunkowych, narzędzi mikrochirurgicznych do naczyń, narzędzi atraumatycznych naczyniowych nie będących w składzie zestawu opisanego w SWZ.

Uzasadnienie zarzutu nr 2 - art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp Niniejszy zarzut

nawiązuje wprost do zarzutu nr 1, gdyż wynika z tego samego zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl zaś ust. 4

tego przepisu, 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. Produkty podlegające dostarczeniu przez wykonawcę w ramach zamówienia, według wykazu z zał. nr 1 do SWZ, w tym przede wszystkim pakiety zabiegowe, są oferowane na rynku w większości jedynie przez obecnego wykonawcę zamówienia, czyli Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. Odwołujący nie ma zatem możliwości, aby zaopatrzyć się na rynku w materiały właściwe do wykonania zamówienia. Odwołujący zwrócił się do wielu dostawców takich komponentów i nie otrzymał żadnej odpowiedzi, że mogą mu one zostać dostarczone. Co więcej, bardzo wielu dostawców wskazało, że nie posiada takich pakietów, a jeden - ZARYS International Group - wskazał wprost w piśmie z 15 lipca 2022 r. (załączonym do odwołania), iż nie jest w stanie dostarczyć wskazanego asortymentu z uwagi na fakt, że jego wyłącznym producentem są Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.

Co więcej, Odwołujący zwrócił się także do podmiotów należących do grupy kapitałowej

przystępującego - Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych oraz jego spółki-córki

Matopat. TZMO udzieliło odpowiedzi nakazującej oczekiwanie Odwołującemu na skompletowanie oferty (do dnia dzisiejszego brak odpowiedzi), zaś Matopat, choć korzysta niewątpliwie z zasobów spółki-matki, zaoferował Odwołującemu jedynie część asortymentu. Świadczy to jasno o fakcie, że de facto przystępujący jako monopolista odmówił

Odwołującemu sprzedaży produktów niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co tym samym świadczy o braku możliwości wykonania tego zamówienia przez inny podmiot.

Wspomniane korespondencje z dostawcami stanowią załączniki do niniejszego odwołania.

W załączeniu Odwołujący przedstawia także zestawienie odpowiedzi dostawców, które obrazuje, jak wiele produktów wskazanych w zał. nr 1 do SWZ jest niedostępnych na rynku za wyjątkiem obecnego wykonawcy zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, iż czysto hipotetyczna możliwość zaopatrzenia się przez oferenta w niezbędne materiały od obecnego wykonawcy zamówienia także wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Przy takim sporządzeniu SWZ bowiem obecny wykonawca zamówienia uzyskuje gwarancję, że w każdym wypadku w pewnej formie pozostanie obecny przy realizacji kolejnego takiego zamówienia. Nawet bowiem, gdyby jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, to jednak kolejny wykonawca będzie uzależniony od dostaw przez niego materiałów opatrunkowych i pakietów zabiegowych.

Zarzut niniejszy jest uzasadniony także dlatego, że obecny opis przedmiotu zamówienia, jak już wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1, preferuje określone rozwiązanie technologiczne, tj. wykonywanie równoległe w tym samym obiekcie usługi sterylizacji oraz dostarczanie gotowych pakietów zabiegowych i materiałów opatrunkowych jest charakterystyczne dla modelu działalności podmiotów z grupy kapitałowej Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. Ujęcie tego modelu w dokumentach zamówienia, bez możliwości złożenia oferty częściowej czy wariantowej, stanowi o naruszeniu art. 99 ust. 4 Pzp.

Na marginesie, Odwołujący wskazuje, że nie ma formalnych przeszkód, aby Zamawiający także w taki sposób zmienił treść zał. nr 1 do SWZ, pkt IV, aby znalazły się w nim postanowienia, że wykonawca zobowiązany jest złożyć gotowe pakiety zabiegowe spośród wskazanych tam narzędzi, które wykonawcy dostarczy sam Zamawiający. W ten sposób także zamówienie stanie się dostępne do wykonania dla wykonawców innych niż obecny.

W załączeniu do odwołania złożono następujące dokumenty: 1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego - Naprzód Hospital sp. z o.o.; 2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej; 3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania; 4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie; 5. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 15 stycznia 2015 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2015/S 010-013027 6. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 9 lutego 2018 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 028062138 7. otwarcie ofert z dnia 20 marca 2018 r. 8. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nr sprawy: SSM.DZP.200.22.2018 9. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 18 kwietnia 2018 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 075168192 10. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 21 lipca 2018 r., Suplement do Dziennika Urzędowego UE nr 2018/S 139-31905411. otwarcie ofert z dnia 19 czerwca 2018 r. 12. umowa nr SSM.DZP.200.155.2019 z dnia 14 października 2019 r., zawarta między Zamawiającym a „CitoNetBydgoszcz” Sp. z o.o. i Toruńskimi Zakładami Materiałów Opatrunkowych S.A.; 13. specyfikacja istotnych warunków zamówienia dot. w/w umowy; 14. informacja z otwarcia ofert z dnia 29 sierpnia 2019 r.; 15. ogłoszenie o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 221 000 Euro na świadczenie usług w zakresie mycia, dezynfekcji, sterylizacji narzędzi chirurgicznych, sprzętu medycznego oraz dzierżawa pomieszczeń centralnej sterylizacji dla Specjalistycznego Szpitala Miejskiego im. Mikołaja Kopernika w Toruniu; 16. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w wyniku w/w wyboru oferty najkorzystniejszej; 17. aktualny na

dzień wnoszenia odwołania wydruk ze strony internetowej https://tzmoglobal.com/pl_PL/brand/citonet/ 18. zestawienie 45 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sterylizacji 19. 4 ogłoszenia o zamówieniu na usługę sterylizacji spośród zestawienia z pkt. 18 powyżej 20. zestawienie odpowiedzi dostawców na zapytanie ofertowe Odwołującego dotyczące pakietów zabiegowych będących przedmiotem dostawy w przedmiotowym zestawieniu 21. faktury wystawione Zamawiającemu przez

Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. 22. pismo ZARYS International Group z

dnia 15 lipca 2022 r. 23. korespondencja dostawca Zarys 24. korespondencja dostawca Paul Hartmann Polska 25. korespondencja dostawca Batist 26. korespondencja dostawca BBraun 27. korespondencja dostawca Matopat 28. korespondencja dostawca TZMO 29. deklaracje

złożone w postępowaniu TP-04/2022 Sukcesywne dostawy materiałów opatrunkowych oraz ubrań operacyjnych do apteki Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie przez wykonawcę konsorcjum: CitoNet Bydgoszcz sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. 30. ogłoszenie w BZP z 17 maja 2022 r., 2022/BZP 00161491, wraz z załącznikami.

W dniu 29 lipca 2022r. skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego przystąpił wykonawca Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych

S.A. z siedzibą w Toruniu

zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przystąpił do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek odwołania wniesionego w dniu 25 lipca 2022 r. przez Naprzód Hospital sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług sterylizacji, o którym ogłoszono w Dzienniku Urzędowym WE, numer ogłoszenia 2022/S 116-326596.

Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (w szczególności w odrzuceniu lub oddaleniu odwołania), albowiem chce uczestniczyć w prowadzonym zgodnie z prawem, niewadliwym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym ważną ofertę może złożyć więcej niż jeden oferent.

Uwzględnienie odwołania, w szczególności zmiana ogłoszenia o zamówieniu i SWZ poprzez „dokonanie podziału zamówienia na części, w ten sposób, że jedną część zamówienia stanowić będą usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej (o których mowa w pkt I, II, III i V załącznika nr 1 do SWZ), zaś drugą część zamówienia stanowić będzie dostawa sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, o których mowa w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ oraz pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem, o których mowa w pkt VI załącznika nr 1 do SWZ” spowodowałoby wewnętrzną sprzeczność w opisie przedmiotu zamówienia: z jednej strony — przedmiot

zamówienia nadal obejmuje sterylne zestawy zabiegowe z pkt IV załącznika nr 1 do SWZ (czyli zestawy zawierające zarówno narzędzia / sprzęt medyczny Zamawiającego, jak i materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe dostarczone przez wykonawcę); z drugiej strony — żadna z dwóch części zamówienia powstałych wskutek podziału nie obejmuje ww. zestawów zabiegowych.

Powyższa modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiłaby potencjalnych

wykonawców: w tym Przystępującego, możliwości przygotowania oferty, w tym skalkulowania ceny oferty. Nie sposób bowiem wycenić zamówienie, jeżeli zakres przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i zawiera istotne sprzeczności. Poza tym spowodowałaby, że postępowanie byłoby obciążone wadą mogłoby doprowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji uwzględnienie odwołania pozbawiłoby Przystępującego możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu.

W treści odwołania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu liczne naruszenia prawa, w tym wprost uprzywilejowanie Przystępującego względem innych wykonawców w niniejszym

postępowaniu, a nawet „zastrzeżenie monopolu na rzecz obecnego wykonawcy”. Odwołujący sugeruje zatem zakłócenie konkurencji, które mogłoby być rozpatrywane jako przesłanka wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego Przystępujący ma interes w uznaniu zarzutów odwołania za bezzasadne i w oddaleniu odwołania. Tak rozumiany interes Przystępującego mieści się w zakresie pojęcia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, w brzmieniu określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes przystępującego jest pojęciem znacznie szerszym, niż interes do

wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie

zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie.

Powyższą interpretację interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się

przystępuje, potwierdził m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2019 r. KIO 569/19 oraz postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2022 r. KIO 15/22, a także postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2022 r. o oddaleniu

opozycji w sprawie KIO 1718/22. W imieniu Przystępującego wnoszę o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania.

Uzasadnienie. Po zapoznaniu się z treścią odwołania, należy w pierwszej kolejności podnieść, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwolujący wskazał następujące czynności i zaniechania czynności Zamawiającego, którym

zarzuca niezgodność z przepisami ustawy: 1) zaniechanie podziału zamówienia na części, 2) opis przedmiotu zamówienia, 3) projektowane postanowienia umowy.

Jest to zatem odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie

internetowej. Zamieszczenie dokumentów zamówienia na stronie internetowej nastąpiło w

dniu 17 czerwca 2022 r., zatem 10-dniowy do wniesienia odwołania upłynął w dniu 27 czerwca 2022 r. Odwołujący twierdzi, że 10-dniowy termin do wniesienia odwołania powinien

być liczony od dnia modyfikacji SWZ przez Zamawiającego, czyli od dnia 14 lipca 2022 r. Stanowisko Odwołującego pozostaje jednak w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo

zamówień publicznych. W 10-dniowym terminie liczonym od dnia modyfikacji SWZ mogło być wniesione odwołanie wobec modyfikacji SWZ, nie zaś wobec zaniechania podziału

zamówienia na części, opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy.

Odwolujący powołuje się na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2022 r. w sprawie KIO 1718/22, w którym Izba wskazała na możliwość wniesienia przez Odwołującego kolejnego odwołania w terminie liczonym od daty modyfikacji SWZ, ale w świetle art. 515 ustawy Prawo zamówień publicznych — kolejne odwołanie, o którym mowa w ww. postanowieniu, mogłoby być wniesione wyłącznie wobec modyfikacji SWZ. Jednak ani we wskazaniu czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, ani w treści zarzutów, nie ma jakiegokolwiek nawiązania do modyfikacji SWZ z dnia 14 lipca 2022 r. Dlatego zdaniem Przystępującego, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednakże nawet gdyby odwołanie nie podlegało odrzuceniu, to zarzuty odwołania należy uznać za bezzasadne.

Przede wszystkim, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie narzuca Zamawiającemu obowiązku podziału zamówienia na części, a jedynie prawo dokonania takiego podziału (na co zresztą sam Odwołujący zwrócił uwagę w treści odwołania). Dlatego, zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w doktrynie prawa zamówień publicznych, podkreśla się, że nawet w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, zamawiający nie ma obowiązku podziału zamówienia na części, a wykonawcy nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części. Decyzja w zakresie podziału zamówienia pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego (por. M. S. [w:] W. D., Ł. J., J. J., M. K., M. S., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 91 oraz Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, art. 91).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznawała niedawno sprawę podobną do niniejszej sprawy i wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2022 r. KIO 685/22 oddaliła odwołanie, w którym odwołujący żądał podziału przedmiotu zamówienia na części. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in.: „Zgodnie z treścią powołanego przepisu, do wyłącznej decyzji zamawiającego należy stwierdzenie, czy dany przedmiot zamówienia, może zostać podzielony na części. Dyspozycja ust. 1 art 91 ustawy Pzp, wskazuje, iż intencją ustawodawcy, co do zasady jest wskazanie, iż zamówienia udziela się całościowo, a tylko w wyjątkowych sytuacjach, związanych ze specyfiką danego zamówienia, ustawodawca dał uprawnienie zamawiającemu do podzielenia zamówienia na części. Wyłączenie opisane przepisem art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, skierowane jest do zamawiającego, który w dokumentach zamówienia opisuje powody, dla których nie dokonał podziału zamówienia na części. Wskazać należy, że każde postępowanie, czy też każdego zamawiającego należy traktować odpowiednio do ustalonych okoliczności związanych z zamówieniem, gdyż warunki udzielenia zamówienia, a co za tym idzie jego późniejsza realizacja ma odzwierciedlać uzyskanie jak najlepszego

efektu ekonomicznego, ale nie tylko. Istotne są bowiem również wszystkie pozostałe warunki, związane z np. dystrybucją, odbiorami, wdrożeniami, czyli wszystkimi elementami związanymi z prawidłową, organizacyjną realizacją zamówienia. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów. Argumentacja odwołującego ukierunkowana jest bowiem na własną (firmową) sytuację podmiotu, który nie posiada odpowiedniego potencjału do samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wielokrotnie wypowiadała się Izba oraz Sądy Okręgowe, nie jest ograniczeniem konkurencji sytuacja, w której jeden z występujących na rynku podmiotów nie może sprostać zamówieniu opisanemu przez zamawiającego”.

Zdaniem Przystępującego powyższe rozważania Krajowej Izby Odwoławczej są w pełni adekwatne także do niniejszej sprawy. Przystępujący zgadza się z uzasadnieniem braku podziału zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w modyfikacji SWZ z dnia 14 lipca 2022 r. W ocenie Przystępującego jest ono wyczerpujące i przekonujące. Odpowiada też przykładowym przyczynom braku podziału zamówienia wskazanym w motywie 78 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/MJ: „instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby (...) nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. ”

Należy w szczególności zgodzić się z Zamawiającym, iż pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia (wymienionymi w załączniku nr 1 do SWZ w punktach od I do VI), które Odwołujący chce rozdzielić, zachodzi ścisły związek — wszystkie elementy

zamówienia służą temu samemu celowi, tj. zaopatrzeniu Zamawiającego w odpowiednim momencie w sterylne profesjonalne wyroby gotowe do natychmiastowego użycia w

konkretnych procedurach medycznych. Przy czym w jednej procedurze, np. w jednym

zabiegu chirurgicznym, często są używane równocześnie wyroby z kilku różnych elementów zamówienia, np. narzędzia z pkt I, II lub III załącznika nr 1 do SWZ wraz z opatrunkami z pkt VI załącznika nr 1 do SWZ.

Wnioskowany przez Odwołującego podział zamówienia na dwie części skomplikowałby i utrudniłby realizację ww. celu, tj. zaopatrzenia Zamawiającego w sterylne wyroby gotowe do natychmiastowego użycia w konkretnej procedurze medycznej.

Rozwijając argumentację Zamawiającego należy zaakcentować, że podział zamówienia na część wyłącznie „usługową” i część obejmującą wyłącznie „dostawy” byłby szczególnie nieracjonalny w przypadku sterylnych zestawów zabiegowych (pkt IV załącznika nr 1 do SWZ). Taki pojedynczy zestaw obejmuje bowiem zarówno narzędzia / sprzęt medyczny Zamawiającego; jak i materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe dostarczone przez wykonawcę, których dostawę Odwołujący chciałby wydzielić.

Uzasadnione jest aby ten sam wykonawca dostarczał materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe do dzierżawionej od Zamawiającego sterylizatorni i w sterylizatorni przechowywał ich bezpieczny zapas, a na zamówienie Zamawiającego kompletował z nich zestawy zabiegowe dobierając do poszczególnych zestawów odpowiednie materiały opatrunkowe / serwety wraz z uprzednio przez siebie przygotowanymi, otrzymanymi od Zamawiającego narzędziami / sprzętem medycznym, po czym poddawał tak skompletowane zestawy

procesowi sterylizacji.

Odwołujący nie wyjaśnił jak w przypadku sterylnych zestawów zabiegowych, o których mowa w punkcie IV załącznika nr 1 do SWZ, wyobraża sobie podział zamówienia. Taki podział zamówienia na dwie części zapewne musiałby w tym wypadku oznaczać, że materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe musiałby najpierw być dostarczane Zamawiającemu przez wykonawcę nr 1 (wykonującego część zamówienia obejmującą wyłącznie „dostawy”), aby następnie Zamawiający dostarczył je wykonawcy nr 2 (wykonującemu „usługową” część zamówienia) do dzierżawionej przez niego sterylizatorni. Czyli personel Zamawiającego musiałby dodatkowo: zamówić dostawę materiałów opatrunkowych / serwet zabiegowych, odebrać tę dostawę od wykonawcy, przechowywać bezpieczny zapas dostarczonych materiałów opatrunkowych / serwet zabiegowych (w miejscu spełniającym wymagania dla przechowywania takich wyrobów), w razie potrzeby pobrać z tego zapasu odpowiednie materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe i dostarczyć je wykonawcy nr 2 do dzierżawionej przez niego sterylizatorni wraz z narzędziami / sprzętem medycznym, celem skompletowania

i przygotowania odpowiedniego zestawu.

Powyższy sposób działania Zamawiającego jest teoretycznie możliwy, ale skomplikowałby wydłużył drogę do zrealizowania celu zamówienia publicznego, czyli do momentu otrzymania przez Zamawiającego kompletnego, sterylneho zestawu zabiegowego gotowego do użycia. Skutkowałby też koniecznością wykonania przez personel Zamawiającego dodatkowej pracy i koniecznością przechowywania zestawów. Tych komplikacji Zamawiający uniknie, jeżeli zamówienie pozostanie niepodzielone.

Odwołujący sugeruje, że Zamawiający może uniknąć konieczności przechowywania wyrobów dzięki składaniu zamówień typu cito i zużywaniu dostarczonych wyrobów na bieżąco. Odwołujący pomija jednak fakt, iż koszty logistyczne dostaw w trybie cito są wyższe od kosztów dostaw w trybie zwykłym. Wykonawca przygotowując ofertę wliczy te koszty w oferowane ceny. Innymi słowy, wybranie przez Zamawiającego rozwiązania sugerowanego przez Odwołującego spowoduje, że ceny zaoferowane w przetargu przez wykonawców będą wyższe.

Zamawiający postąpił racjonalnie tak opisując przedmiot zamówienia aby — na ile to możliwe — unikać dodatkowych komplikacji, pracy i kosztów. Podnoszony przez Odwołującego fakt, iż Zamawiający i tak jest zmuszony do przechowywania różnych wyrobów, a „konieczność skoordynowania prac wielu wykonawców różnych zamówień publicznych to codzienność funkcjonowania placówek medycznych”, nie oznaczają że Zamawiający musi godzić się na „dołożenie” przechowywania kolejnych wyrobów i koordynowanie prac kolejnych wykonawców.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego za podziałem zamówienia na części nie przemawia stosunek wartości zestawów/pakietów zamawianych przez Zamawiającego do wartości

całego zamówienia.

Odwołujący błędnie twierdzi, że wartość zestawów/pakietów, które chciałby wydzielić do osobnej części zamówienia jest marginalna (kilkuprocentowa) w stosunku do wartości całego zamówienia. Odwołujący opiera swoje twierdzenie na wartościach wynikających z 5 faktur wystawionych przez Przystępującego dla Zamawiającego za miesiące luty, marzec, kwiecień i maj 2022 r. Manipulacja Odwołującego polega na wybraniu zaledwie 5 faktur i pominięciu pozostałych faktur wystawionych przez Przystępującego dla Zamawiającego za ww.

miesiące z tytułu kompleksowych usług świadczonych na podstawie umowy nr SSM.DZP.200.155.2019 z dnia 14 października 2019 r.

Po uwzględnieniu wszystkich faktur wystawionych przez Przystępującego dla Zamawiającego za miesiące luty, marzec, kwiecień i maj 2022 r. z tytułu kompleksowych usług świadczonych na podstawie ww. umowy, okazuje się, że: w lutym 2022 r. wartość netto wszystkich faktur wyniosła 127 842,11 zł, w tym wartość zestawów/pakietów 37 897,76 zł, co stanowi 29,64% (Odwolujący twierdzi, że zaledwie 2,76%); w marcu 2022 r. wartość netto wszystkich faktur wyniosła 144 667,74 zł, w tym wartość zestawów/pakietów 35 177,45 zł, co stanowi 24,32% (Odwolujący twierdzi, że zaledwie 3,40%); w kwietniu 2022 r. wartość netto wszystkich faktur wyniosła 133 386,46 zł w tym wartość zestawów/pakietów 34 105,73 zł, co stanowi 25,57% (Odwolujący twierdzi, że zaledwie 3,15%); w maju 2022 r. wartość netto wszystkich faktur wyniosła 190 567,58 zł, w tym wartość zestawów/pakietów 45 215,62 zł, co stanowi 23,73% (Odwolujący twierdzi, że zaledwie 2,73%).

Jako dowód potwierdzający powyższe wyliczenia Przystępujący przedstawia odpisy 34 faktur wystawionych przez Przystępującego dla Zamawiającego za miesiące luty, marzec, kwiecień i maj 2022 r.

Gdyby zatem (idąc tokiem rozumowania Odwołującego) opierać się na danych historycznych za miesiące luty, marzec, kwiecień i maj 2022 r., należałoby stwierdzić, że wartość

zestawów/pakietów, które Odwołujący chciałby wydzielić z przedmiotu zamówienia, jest znacząca i stanowi około 25% wartości całego zamówienia.

Poza tym, nawet gdyby wartość zestawów/pakietów nie była znacząca, nie oznaczałoby to, że zaopatrzenie Zamawiającego w te zestawy/pakiety ma znaczenie drugorzędne i może być marginalizowane. Wszystkie wyroby wymienione w opisie przedmiotu zamówienia są ważne dla należytej realizacji procedur medycznych. Brak choćby jednej pozycji asortymentowej, bądź jej zła jakość (w szczególności brak sterylności), mogą uniemożliwić należytą realizację procedury medycznej, co może stanowić zagrożenie dla zdrowia i życia pacjenta.

Korzyści wynikające z kompleksowości świadczonych usług są na tyle istotne, że wiele szpitali decyduje się na połączenie w jednym zamówieniu usług sterylizacji z dostawą (sprzedażą lub dzierżawą) wyrobów podlegających sterylizacji. Niniejszy przetarg nie jest wyjątkiem w tym zakresie.

Przykładem może być postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczanie kompleksowej usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi chirurgicznych, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej i materiału opatrunkowego na sprzącie Wykonawcy w pomieszczeniach Zamawiającego wraz z dzierżawą narzędzi oraz wykonaniem modernizacji pomieszczeń”, aktualnie prowadzone przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym WE nr 2022/S 130-369526). W postępowaniu tym usługa sterylizacji (w dzierżawionej od zamawiającego sterylizatorni) została połączona nie tylko z dostawą narzędzi, ale także z zaawansowanymi robotami budowlanymi polegającymi na modernizacji pomieszczeń tej sterylizatorni. Mimo, że przedmiot zamówienia w tym postępowaniu jest bardzo rozległy i różnorodny, żaden z wykonawców nie wniósł odwołania z żądaniem podziału zamówienia na części.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący twierdzi, że produkty podlegające dostarczeniu przez wykonawcę w ramach zamówienia są oferowane w większości jedynie przez Przystępującego, a Odwołujący „nie ma możliwości, aby zaopatrzyć się na rynku w materiały właściwe do wykonania zamówienia”, na dowód czego przedstawia korespondencję z kilkoma firmami będącymi producentami wyrobów medycznych. Zdaniem Odwołującego powinno to skutkować podziałem zamówienia na części. (Na marginesie — nieprawdą jest, że to Odwołujący korespondował z tymi przedsiębiorcami. Z treści załączników do odwołania wynika bowiem, że korespondencję prowadziła spółka Rekeep Polska S.A., nie zaś Odwołujący.)

Stanowiska Odwołującego nie sposób zaakceptować.

Odwołujący nie wykazał, że wyroby wymienione w opisie przedmiotu zamówienia (lub choćby część tych wyrobów) wytwarza wyłącznie Przystępujący. Przedstawiona przez Odwołującego korespondencja elektroniczna z kilkoma wybranymi przez Odwołującego firmami stanowi jedynie prywatną opinię uczestników tej korespondencji i nie może być uznana za wiarygodny i wystarczający dowód.

Należy podkreślić, że materiały opatrunkowe i serwety zabiegowe wchodzące w skład zestawów/pakietów są prostymi wyrobami medycznymi, a ich produkcja nie jest ograniczona przez patenty. Dlatego są wytwarzane lub w razie potrzeby mogą być wytwarzane przez różnych producentów. Skoro Przystępujący może wytwarzać takie wyroby, to inni producenci też mogą takie wyroby wytwarzać. Realia rynku szpitalnego wymusiły bowiem na producentach (w tym na Przystępującym) gotowość produkowania również niestandardowych wyrobów medycznych, w tym materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, dedykowanych konkretnemu klientowi, o szczegółowych parametrach wymaganych przez tego klienta. Rolą producentów i dostawców jest bowiem dopasowanie się do potrzeb i oczekiwań klientów. Dlatego nawet gdyby niektóre wymagane przez Zamawiającego materiały opatrunkowe i serwety nie wchodziły w skład standardowej oferty

danego producenta lub dostawcy, to producent może wytwarzać takie wyroby, jako wyroby

niestandardowe, dedykowane konkretnemu klientowi. To tylko kwestia odpowiednich

uzgodnień handlowych z producentem. Jeżeli Odwołujący chce wykonywać zamówienie publiczne będące przedmiotem niniejszego postępowania, ale (jak wynika z treści odwołania) nie jest, ani nie chce być producentem wyrobów medycznych, nie chce również skorzystać z możliwości produkcyjnych międzynarodowej grupy kapitałowej, do której należy; to jego zadaniem jest dokonanie odpowiednich uzgodnień handlowych z jednym lub z wieloma producentami/dostawcami (z Polski lub z zagranicy), które pozwolą Odwołującemu zaopatrzyć się w wyroby wymagane przez Zamawiającego.

Poza tym, mimo że przedstawiona przez Odwołującego korespondencja została skierowana

zaledwie do kilku firm z Polski (do żadnej firmy zagranicznej), to niektóre z tych firm potwierdziły gotowość dostaw części wymaganych wyrobów. Wskazuje to na możliwość skompletowania przez Odwołującego wszystkich wymaganych wyrobów, dzięki dostawom nie od jednego, lecz od wielu dostawców (Zamawiający nie wymaga aby wszystkie wyroby pochodziły od tego samego dostawcy lub producenta.)

Gdyby nawet Odwołujący rzeczywiście nie był w stanie skompletować wszystkich wyrobów o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, to może też zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem (w trybie art. 135 ustawy Prawo zamówień publicznych) o dopuszczenie wyrobów równoważnych, tj. wyrobów o innych, zbliżonych parametrach, które oferują Odwołującemu współpracujący z nim producenci lub dostawcy.

Oczywiście wszystkie ww. działania wymagają podjęcia przez Odwołującego pewnego wysiłku organizacyjnego. Jednak Odwołujący zamiast podjąć realne starania aby sprostac potrzebom Zamawiającego, woli podjąć próbę wymuszenia na Zamawiającym wygodnego

dla siebie podziału zamówienia. A fakt, iż Przystępujący od wielu lat dopasowuje swoją działalność do potrzeb klienta szpitalnego, w tym m.in. do potrzeb Zamawiającego, Odwołujący próbuje przewrotnie przedstawić jako przejaw rzekomego monopolu i ograniczenia uczciwej konkurencji.

Dlatego bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego, jakoby treść SWZ, a w szczególności brak podziału zamówienia na części, uprzywilejowuje Przystępującego oraz prowadzi do „zastrzeżenia monopolu na rzecz obecnego wykonawcy”.

Wskazywany przez Odwołującego fakt, iż w poprzednich przetargach na usługi sterylizacji

dla Zamawiającego Przystępujący składał ofertę i wygrywał przetarg, świadczy co najwyżej o tym, że Przystępujący uwzględnił wymagania Zamawiającego i dostosował swoją działalność do jego potrzeb. Nie ma przeszkód aby Odwołujący uczynił to samo; zwłaszcza biorąc pod

uwagę duży potencjał międzynarodowej grupy kapitałowej, do której należy Odwołujący.

Wypada w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerzy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Okoliczność, że określone postanowienia SWZ uniemożliwiają lub utrudniają niektórym wykonawcom złożenie oferty albo stanowią pewną niedogodność czy zwiększają ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia, nie oznacza sama w sobie niezgodności takich postanowień z ustawą Pzp. O ile wymagania zamawiającego są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami i nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie można ich skutecznie kwestionować w postępowaniu odwoławczym.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2021 r. KIO 989/21)

Zdaniem Przystępującego, wskazane wyżej okoliczności potwierdzają, że przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w szczególności brak podziału zamówienia na części, jest uzasadniony jego usprawiedliwionymi. potrzebami i nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów prawa; co przesądza o bezzasadności zarzutów Odwołującego.

Należy również wskazać na zaskakujące i wadliwe sformułowanie przez Odwołującego żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący żąda dokonania „podziału

zamówienia na części, w ten sposób, że jedną część zamówienia stanowić będą usługi w

zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu

medycznego, bielizny operacyjnej (o których mowa w pkt I, II, III i V załącznika nr 1 do SWZ),

zaś drugą część zamówienia stanowić będzie dostawa sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, o których mowa w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ oraz pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem, o których mowa w pkt VI załącznika nr 1 do SWZ. ”

Odwołujący w swoim żądaniu zupełnie pominął narzędzia i sprzęt medyczny Zamawiającego wchodzące w skład zestawów, o których mowa w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ!

Tym samym, uwzględnienie żądania Odwołującego i dokonanie żadanego podziału zamówienia na dwie części spowodowałyby wewnętrzną sprzeczność w opisie przedmiotu zamówienia: z jednej strony — przedmiot zamówienia nadal obejmuje sterylne zestawy zabiegowe z pkt IV załącznika nr 1 do SWZ (czyli zestawy zawierające zarówno narzędzia / sprzęt medyczny Zamawiającego, jak i materiały opatrunkowe / serwety zabiegowe dostarczone przez wykonawcę); z drugiej strony — żadna z dwóch części zamówienia powstałych wskutek podziału nie obejmuje ww. zestawów zabiegowych.

Jak wskazano wyżej, taka sprzeczność w postanowieniach SWZ oznaczałaby istotną wadę postępowania, a potencjalnym wykonawcom uniemożliwiłaby przygotowanie ofert.

Na zakończenie, za niepoważną należy uznać argumentację Odwołującego, jakoby za podziałem zamówienia przemawiał fakt, iż Zamawiający i Przystępujący mają siedzibę w tym samym mieście oraz fakt, iż w modyfikacji SWZ Zamawiający użył takich samych lub podobnych sformułowań, jakich Przystępujący użył w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1718/22. Jeżeli rzeczywiście Zamawiający w modyfikacji SWZ w jakimś stopniu podzielił argumentację Przystępującego, to świadczy to co najwyżej o tym, że Zamawiający uznał tę argumentację za trafną. Nie ma żadnych przeszkód, w szczególności nie ma prawnego zakazu, aby zamawiający podzielał w swoich pismach argumentację przedstawioną przez wykonawcę. Natomiast sugerowanie przez Odwołującego jakiegokolwiek niedozwolonej współpracy pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym stanowi niedopuszczalne pomówienie i jest całkowicie bezpodstawne.

Reasumując, w ocenie Przystępującego, odwołanie zasługuje na odrzucenie lub oddalenie.

Załączniki: 1 .pełnomocnictwo, 2. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, 3. dowody przesłania Zamawiającemu i Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia, 4. odpisy 34 faktur.

Pismem z dnia 16.08.22r. przystępujący uzupełnił stanowisko w sprawie. w związku ze zgłoszeniem przystąpienia.

Pismo przystępującego do postępowania odwoławczego

W uzupełnieniu zgłoszenia z dnia 29 lipca 2022 r. do postępowania odwoławczego, nawiązując do uzasadnienia zarzutu nr 2, Przystępujący ponownie podkreśla, że ustawa

Prawo zamówień publicznych nie wymaga dopasowania opisu przedmiotu zamówienia do potrzeb lub wygody konkretnego wykonawcy. To Zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a celem postępowania jest umożliwienie zaspokojenia potrzeb zamawiającego, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia publicznego.

Mimo to — choć nie jest rolą Przystępującego wyszukiwanie dla Odwołującego potencjalnych dostawców wyrobów — Przystępujący wykonał wstępne rozeznanie rynku w celu weryfikacji twierdzeń Odwołującego o rzekomej niedostępności wyrobów medycznych opisanych w załączniku nr 1 do SWZ (materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych z części IV oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym z części VI załącznika nr 1 do SWZ).

Zgromadzone informacje wskazują, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wyroby te są dostępne. Znaczną część wyrobów można kupić w sklepie internetowym matopat24.pl. Jest to sklep prowadzony przez Bella — Handel sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu (spółkę zależną Przystępującego) i oferujący różne wyroby, głównie z oferty handlowej Przystępującego. Kupować w tym sklepie może każdy, zarówno konsument, jak i przedsiębiorca, nie wyłączając Odwołującego. Dowód koszyk zakupów w sklepie internetowym matopat24.pl. Możliwość zakupu wyrobów z załącznika nr 1 do SWZ potwierdził niderlandzki dostawca — F.v.d. Vooren B.V. Medische Groothandel z siedzibą Solingenstraat 43 742 IZR Deventer (Niderlandy). Dowód: korespondencja z F. v.d Vooren B. V. Medische Groothandel. Możliwość zakupu większości wyrobów z załącznika nr 1 do SWZ potwierdził polski producent Blakpol sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie. Dowód: korespondencja z Blakpol sp. z o. o., część 1 i 2. Możliwość zakupu niektórych wyrobów potwierdził też polski oddział

czeskiego producenta — Panep s.r.o. sp. z o. o. Oddział w Polsce z siedzibą w Bielsku-Białej. Dowód: korespondencja z Panep s.r.o. sp. z o. o. Oddział w Polsce. Część wyrobów oferuje również sklep internetowy hartmann24.pl prowadzony przez Paul Hartmann Polska sp. z o. o. z siedzibą w Pabianicach. Dowód: koszyk zakupów w sklepie internetowym hattmann24.pj.

Warto zwrócić uwagę, że dostępne okazują się również te pozycje asortymentu, które w załączonej do odwołania korespondencji przedstawiane są jako rzekomo „blokujące”. Przykładowo: pakiet z pozycji 43 części VI załącznika nr 1 do SWZ — wg korespondencji z Batist Medical sp. z o. o.: „blokujące pod TZMO” — jest oferowany przez Blakpol sp. z o. o., pakiet z pozycji 45 części VI załącznika nr 1 do SWZ — wg korespondencji z Batist Medical sp. z o. o.: „pozycje wskazujące na TZMO” — jest dostępny dla każdego klienta w sklepie matopat24.pl, pakiet z pozycji 59 części VI załącznika nr 1 do SWZ — wg korespondencji z Batist Medical sp. z o. o.: „opis TZMO” — jest dostępny dla każdego klienta w sklepie matopat24.pl, a poza tym oferowany przez Blakpol sp. z o. o. Dowód: 1) wyciągi ze strony internetowej, 2) korespondencja z Blakpol sp. z o. o., część 1.

Warto podkreślić, że powyższe informacje o potencjalnych źródłach zaopatrzenia w wyroby zostały zgromadzone w ciągu zaledwie kilku dni. Kontynuowanie rozeznania w Polsce i innych krajach unii Europejskiej z pewnością zaowocowałoby wyszukaniem kolejnych potencjalnych producentów/dostawców wyrobów.

Poza tym, z załączonej do odwołania korespondencji z dostawcami Batist oraz BBraun wynika, że również ci dostawcy zaoferowali przynajmniej część wyrobów z załącznika nr 1 do SWZ. Również Zarys International Group sp. z o. o. sp. k. w załączonej do odwołania korespondencji nie wykluczył sprzedaży niektórych wyrobów z załącznika nr 1 do SWZ.

Należy też zwrócić uwagę, że ww. źródła zaopatrzenia w wyroby obejmują tylko standardowe oferty producentów/dostawców. Przystępujący — jako wieloletni producent wyrobów medycznych, konkurujący z licznymi innymi producentami na rynku szpitalnym w Polsce i za granicą — ponownie podkreśla, że realia rynku szpitalnego, wymusiły na producentach gotowość produkowania również niestandardowych wyrobów medycznych, o szczegółowych parametrach indywidualnie wymaganych przez klienta. Producenci/dostawcy wprost wskazują klientom taką możliwość w swoich informacjach handlowych rozpowszechnianych na stronach internetowych. Przykładowo: Panep s.r.o. sp. z o. o. Oddział w Polsce z siedzibą w Bielsku-Białej: „W zależności od potrzeb klienta produkowane zestawy mogą być uniwersalne lub też specjalne, dopasowane do indywidualnych potrzeb.” Dowód: wyciąg ze strony internetowej.

Zarys International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu: „Zestawy omegapack kompletowane są na podstawie indywidualnych wymagań i preferencji Klientów.” Dowód: wyciąg ze strony internetowej.

Blakpol sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie: „Zestaw może składać się z wybranych elementów: — wyrobów z gazy bawełnianej (kompresy, serwety chirurgiczne z gazy wielowarstwowe, tampony-setony, tampony- tufery), — wyrobów z włókien, w tym kompresów włókninowych () innych zgodnie z wymaganiami i potrzebami zamawiającego.” Dowód: wyciąg ze strony internetowej.

Gdyby zatem Odwołujący rzeczywiście nie mógł lub nie potrafił skompletować dostaw wymaganych wyrobów w oparciu o standardowe oferty handlowe producentów/dostawców, to może skorzystać z licznych ofert wykonania i dostarczania wyrobów dopasowanych do indywidualnych potrzeb.

Reasumując, nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego o rzekomym monopolu Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. lub Citonet — Bydgoszcz sp. z o.o. Również z niniejszego pisma załączonych do niego dokumentów, jak i — częściowo — również z korespondencji załączonej do odwołania, wynika, że na rynku szpitalnym konkuruje wielu producentów/dostawców oferujących szpitalom wyroby medyczne, w tym pakiety i zestawy wyrobów, w tym także wyroby opisane w Załączniku nr 1 do SWZ.

Nieporozumieniem jest twierdzenie Odwołującego, jakoby o rzekomym monopolu miały świadczyć powołane w odwołaniu certyfikaty CE i deklaracje zgodności złożone przez Przystępującego w przetargu na dostawy wyrobów do SPZOZ w Radziejowie. Dokumenty te potwierdzają jedynie, że określone wyroby wytwarzane przez Przystępującego spełniają określone prawem wymagania warunkujące wprowadzenie tych wyrobów do obrotu. Dokumenty te w żaden sposób nie wskazują na jakiegokolwiek ograniczenia w wytwarzaniu i

oferowaniu takich samych lub podobnych wyrobów przez konkurencyjnych producentów.

Dodatkowo, należy ponownie podkreślić, że gdyby nawet Odwołujący rzeczywiście nie był w stanie lub nie potrafił skompletować wszystkich wymaganych wyrobów o parametrach ściśle odpowiadających opisowi w załączniku nr 1 do SWZ, to (poza możliwością złożenia odwołania wobec treści załącznika nr 1 do SWZ i żądania odpowiedniej modyfikacji opisanych w tym załączniku rzekomo „blokujących” parametrów wyrobów) Odwołujący mógł i nadal może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem (w trybie art. 135 ustawy Prawo zamówień publicznych) o dopuszczenie wyrobów równoważnych, tj. wyrobów o innych, zbliżonych parametrach. Doświadczenia Przystępującego wskazują, że zamawiający w takich wypadkach zwykle zgadzają się na dopuszczenie wyrobów równoważnych. Pozwoliłoby to Odwołującemu skompletować wszystkie wymagane wyroby. Przykładowo: z załączonej do odwołania korespondencji z firmą Batist wynika, że firma ta oferuje serwety z części IV załącznika do SWZ, ale w rozmiarach nieznacznie różnych od opisanych w SWZ; możliwość zakupu znacznej części wyrobów potwierdziła firma Panep s.r.o. sp. z o. o. Oddział w Polsce z siedzibą w Bielsku-Białej z zastrzeżeniem, że tupfery w kształcie różka musiałyby zostać zastąpione tupferami o typowym kształcie i inny musiałby być sposób pakowania niektórych zestawów. Dowód: korespondencja z Panep s.r.o. SP, z o. o. Oddział w Polsce.

Dlatego nieprawdziwe jest również twierdzenie Odwołującego jakoby nie było możliwości zaopatrzenia się w wyroby potrzebne do wykonania zamówienia. Przeszkodą mogą być natomiast, poza świadomą decyzją handlową Odwołującego, także brak wystarczającej aktywności Odwołującego lub nieporadność Odwołującego. Żaden z tych wypadków nie uzasadnia jednak dostosowania przedmiotu zamówienia do modelu działalności wybranego przez Odwołującego, w szczególności nie obliuguje Zamawiającego do podziału przedmiotu zamówienia.

Dotychczasowe działania Odwołującego wskazują, że Odwołując nie chce zaopatrywać Zamawiającego w materiały opatrunkowe i serwety zabiegowe z części IV oraz sterylne pakiety z materiałem opatrunkowym z części VI załącznika nr 1 do SWZ. Dlatego zamiast podjąć realne starania aby móc złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia, Odwołujący woli podjąć próbę wymuszenia na Zamawiającym wygodnego dla siebie podziału zamówienia.

Na marginesie — powołane przez Odwołującego pismo Zarys International Group sp. z o. o. sp. k. z dnia 15 lipca 2022 r. nie zawiera jakiegokolwiek podpisu, nie może być zatem traktowane jako dokument, ani jako dowód. Zawarte w tym piśmie stwierdzenie iż „w większości z wymienionych pozycji znajdują się parametry lub komponenty występujące wyłącznie w ofercie tylko jednego producenta tj. Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych” jest nieprawdziwe. O braku wiarygodności tego pisma może świadczyć np. fakt, iż wg pisma rzekomo wyłącznie Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych produkują zestawy „pakowane indywidualnie, jałowo w torebki papierowo - foliowe ze zgrzewem w kształcie litery „V” oraz wycięciem na kciuk.”, podczas gdy Zarys International Group sp. z o. o. sp. k. oferował wyprodukowane przez współpracującego producenta takie właśnie zestawy — tj. w torebkach papierowo-foliowych ze zgrzewem w kształcie litery „V” oraz wycięciem na kciuk — w przetargach na dostawy wyrobów do szpitali. Dowód: dwa zdjęcia próbek zestawów zabiegowych złożonych przez Zarys International Group sp. z o. o. sp. k. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy wyrobów do Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. A. Jurasza w Bydgoszczy.

W tej sytuacji nie może dziwić, że ww. pisma nikt nie podpisał.

Przystępujący podtrzymuje wniosek o odrzucenie lub oddalenie odwołania oraz wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w niniejszym piśmie.

Załączniki: 1.koszyk zakupów w sklepie internetowym matopat24.pl, 2.koszyk zakupów w sklepie internetowym hartmann24.pl, 3.korespondencja z Blakpol sp. z o. o., część 1, 4.korespondencja z Blakpol sp. z o. o., część 2, 5.korespondencja z F.v.d Vooren B.V. Medische Groothandel, 6.korespondencja z Panep s.r.o. sp. z o. o. Oddział w Polsce, 7.wyciąg ze strony internetowej ze strony internetowej www.zarys.pl, 9.wyciąg ze strony internetowej www.blakpol.com, 10.zdjęcia próbek zestawów zabiegowych złożonych przez Zarys International Group sp. z o. o. sp. k.

Odwołujący zajął stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 17 sierpnia 2022r.

Działając w imieniu Odwołującego — Naprzód Hospital sp. z o.o. w związku ze zgłoszeniem

przystąpienia przez wykonawcę — Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z dnia 29 lipca 2022 r., niniejszym: 1. podtrzymuję odwołanie w całości, 2. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wniesionego wpisu, uiszczonych opłat skarbowych od pełnomocnictw i kosztów zastępstwa procesowego przez jednego pełnomocnika w wysokości 3600 zł, zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym na rozprawie, 3. wnoszę o przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów, tj.: a) pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. - tłumaczenie własne na język polski, b) pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. - oryginał w języku włoskim, c) wiadomość e-mail od ABOOK sp. z o.o. z 29.07.2022 r., d) wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 01.08.2022 r., e) wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 01.08.2022 r., wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 02.08.2022 r., g) wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 10.08.2022 r., h) wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z 01.08.2022 r., i) wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z 10.08.2022 r., j) wiadomość e-mail od 3M Poland z 02.08.2022 r., k) wiadomość e-mail od Batist Medical Polska z 02.08.2022 r., l) wiadomość e-mail od PAUL HARTMANN Polska z 03.08.2022 r., m) wiadomość e-mail od BLAKPOL sp. z o.o. z 03.08.2022 r., wraz z załącznikiem — pakiet do wyceny, n) wiadomość e-mail od BLAKPOL sp. z o.o. z 03.08.2022 r. - nr 2, o) wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 05.08.2022 r., czep) wiadomość e-mail od MaiMed Polska Sp. z o.o. z 09.08.2022 r., q) wiadomość e-mail od ZARYS International Group sp. z o.o. sp.k. z 01.08.2022 r., r) wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 16.08.2022 r. C s) PODPISANE pismo ZARYS International Group z dnia 15 lipca 2022 r. - celem wykazania, że dostawcy, od których pochodzą wskazane dokumenty, nie mają w swojej ofercie poszczególnych produktów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, tj. w szczególności: 1) serwet z włókniny TMS — zał. nr 2, pkt 6 opisany w warunkach realizacji usługi dla serwet operacyjnych niejałowych wchodzących w skład zestawów zabiegowych, określonych w załączniku nr 1, 2) pakietów z materiałem opatrunkowym sterylizowanych sfricte w metodzie, jaką jest para wodna w nadciśnieniu — zał. nr 2, pkt 4 opisany w warunkach realizacji usługi dla pakietów z materiałem opatrunkowym, 3) określonej gramatury g/m² serwet znajdujących się w zestawach wskazanych w zał. nr 1, 4) określonych w cm rozmiarów serwet i określonej w cm wielkości otworów opisanych w zał. nr 1, 5) kształtu zgrzewu na torebkach papierowo — foliowych, w które są pakowane zestawy wskazane w zał. nr 1, 6) konkretnego składu rodzajowego, materiałowego, rozmiarowego oraz ilościowego zestawów, jakie opisał Zamawiający w zał. nr 1 poz. 45-63.

UZASADNIENIE W pierwszej kolejności, Odwołujący opisuje poniżej nowe dowody w sprawie, które udało mu się zgromadzić po wniesieniu odwołania. Liczne dodatkowe pisma od dostawców materiałów opatrunkowych dobitnie potwierdzają zarzuty odwołania. Należy w szczególności przytoczyć następujące ich stwierdzenia: Szanowni Państwo, po analizie dokumentacji postępowania z przykrością muszę stwierdzić, że nie jesteśmy w stanie zaproponować Państwu kompletnej oferty w żadnym z pakietów. Nie posiadamy w mojej ofercie tupferów rożków, serwet z włókniny TMS oraz kompresów gazowo-włókninowych. Wyroby te są typowe O!ko dla jednego znanego mi producenta tj. TZMO S.A. Włóknina TMS jest wyrobem, który nie ma odpowiednika i różni się składem (jedną z warstw) od serwet SMS, które są oferowane przez wielu działających na polskim rynku producentów. Dowód: wiadomość e-mail od MaiMed Polska Sp. z o.o. z 09.08.2022 r.

Podane nazwy z załącznika niestety zupełnie nie pasują do naszego asortymentu. Przetarg przygotowany typowo pod TZMO, Włókniną TMS to właśnie ich zwyczajowa nazwa dla produktu. Dowód: wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 02.08.2022 r. Firma Batist Medical Polska nie posiada w swojej ofercie produktów o wyszczególnionych parametrach w SIWZ. Co za tym idzie parametry wyszczególnione są dedykowane dla jednego producenta. Dowód: wiadomość e-mail od Batist Medical Polska z 02.08.2022 r.:

Dziękuję za zapytanie ale nie zajmujemy się takim asortymentem. Z opisu wynika, że jest to przetarg pod konkretnego dostawcę. Prawdopodobnie Lohmann lub TZMO na rynku tych zestawów panuje swoisty oligopol. Polecamy się w zakresie różnorodnych rękawic chirurgicznych jałowych, niejałowych, diagnostycznych i ochronnych. Dowód: wiadomość e-mail od ABOOK sp. z o.o. z 29.07.2022 r. Z powyższego mogłoby się wydawać, że istnieje choć dwóch dostawców wskazanych produktów, jednakże firma Lohmann & Rauscher także zaprzecza, jakoby miała taki asortyment w swojej ofercie: Po wnikliwej analizie formularza asortymentowo - cenowego, pragnę poinformować, iż asortyment którego jesteśmy producentem stanowi zaledwie promil tego co zostało tam zawarte. Dowód: wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 05.08.2022. Z powyższego wynika jasny wniosek. 3 dostawców wskazało przystępującego jako wyłącznego producenta materiałów opatrunkowych i zestawów zabiegowych, będących przedmiotem zamówienia. Dodatkowo 1 dostawca wskazał na istnienie faktycznego monopolu, nie podając jedynie, o którego producenta chodzi.

W konsekwencji, wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę niż obecny jest niemożliwe. Nie jest nawet możliwe skorzystanie w sposób komplementarny (tj. wzajemnie uzupełniający się) z ofert kilku dostawców, gdyż ich mianownikiem wspólnym jest brak tych samych komponentów, tj.: 1) serwet z włókniny TMS — zał. nr 2, pkt 6 opisany w warunkach realizacji usługi dla serwet operacyjnych niejałowych wchodzących w skład zestawów zabiegowych, określonych w załączniku 1, 2) pakietów z materiałem opatrunkowym sterylizowanych stricte w metodzie, jaką jest para wodna w nadciśnieniu — zał. nr 2, pkt 4 opisany w warunkach realizacji usługi dla pakietów z materiałem opatrunkowym, 3) określonej gramatury g/m² serwet znajdujących się w zestawach wskazanych w zał. nr 1, 4) określonych w cm rozmiarów serwet i określonej w cm wielkości otworów opisanych w zał. nr 1, 5) kształtu zgrzewu na torebkach papierowo — foliowych, w które są pakowane zestawy wskazane w zał. nr 1, 6) konkretnego składu rodzajowego, materiałowego, rozmiarowego oraz ilościowego zestawów, jakie opisał Zamawiający w zał. nr 1 poz. 45-63 Dowód: I. zestawienie odpowiedzi od dostawców, dołączone do odwołania, 2. pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. - tłumaczenie własne na język polski, 3. pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. - oryginał w języku włoskim, 4. wiadomość e-mail od ABOOK SP. z o.o. z 29.07.2022 r. 5. wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA SP. z o.o. z 01.08.2022 r. 6. wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 01.08.2022 r. 7. Wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 02.08.2022 r. 8. wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 10.08.2022 r. 9. wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. SP. z o.o. Oddział w Polsce z 01.08.2022 r. 10. wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. SP. z o.o. Oddział w Polsce z 10.08.2022 r. 11. wiadomość e-mail od 3M Poland z 02.08.2022 r. 12. wiadomość e-mail od Batist Medical Polska z 02.08.2022 r. 13. wiadomość e-mail od PAUL HARTMANN Polska z 03.08.2022 r. 14. wiadomość e-mail od BLAKPOL SP. z o.o. z 03.08.2022 r., wraz z załącznikiem — pakiet do wyceny, 15. wiadomość e-mail od BLAKPOL SP. z o.o. z 03.08.2022 r. - nr 2, 16. wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA SP. z o.o. z 05.08.2022 r. 17. wiadomość e-mail od MaiMed Polska SP. z o.o. z 09.08.2022 r. 18. wiadomość e-mail od ZARYS International Group SP. z o.o. sp.k z 01.08.2022 r. 19. wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA SP. z o.o. z 16.08.2022 r. 20. PODPISANE pismo ZARYS International Group z dnia 15 lipca 2022 r.

Na str. 7-8 zgłoszenia przystąpienia przystępujący wskazuje, zarzuty odwołania są nieuzasadnione, gdyż przedmiotowe materiały każdy wykonawca może wyprodukować we własnym zakresie, w końcu nie są chronione patentami. To jednak mylny wniosek. Przepis art. 99 ust. 4 Pzp wskazuje, że antykonkurencyjny opis przedmiotu zamówienia to taki, który nie tyle uniemożliwia, co utrudnia uzyskanie zamówienia przez innych wykonawców, prowadząc w efekcie do uprzywilejowania jednego lub niektórych z nich lub wyeliminowania innych. Jeśli zaś opis przedmiotu zamówienia został wyspecyfikowany pod produkty konkretnego dostawcy, to niewątpliwie jest on uprzywilejowany kosztem innych wykonawców. Inni wykonawcy w takim wypadku muszą, po pierwsze, stworzyć i uruchomić nowe linie produkcyjne, podczas gdy uprzywilejowany wykonawca już je posiada, a po drugie, nie będą w stanie zaoferować takiej ceny jak uprzywilejowany wykonawca, gdyż będą musieli jakoś zrekomensować poniesione nagle nakłady inwestycyjne. To wprost i bezpośrednio wskazuje na utrudnienie uczciwej konkurencji i potwierdza słuszność zarzutów odwołania.

Następnie, na str. 8 zgłoszenia przystąpienia przystępujący stwierdza, że Odwołujący w swoich zapytaniach ofertowych nie zwrócił się do żadnego wykonawcy zagranicznego, lecz wyłącznie do firm polskich. Nie jest to prawda. Firmy Medical Device, Lohmann & Rauscher, Zarys International i Panep są firmami międzynarodowymi i nawet jeśli większość zapytań została skierowana do ich polskich przedstawicielstw, to z pewnością firmy te korzystają z zasobów swoich zagranicznych spółek-matek i przedstawiłyby Odwołującemu swoją ofertę z uwzględnieniem tych powiązań, gdyby pożądaną asortyment znalazł się w obrocie międzynarodowym.

Ponadto, nawet gdyby hipotetycznie istniała możliwość zaopatrzenia się w przedmiotowy asortyment np. w USA czy w Japonii, to także świadczy o utrudnieniu konkurencji. Niewątpliwie bowiem wykonawca, który nie posiada takich zasobów, nie będzie w stanie, posiadając takiego grono dostawców, złożyć oferty konkurencyjnej w stosunku do lokalnego wykonawcy.

Nie ma zatem wątpliwości, że w braku uwzględnienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ponownie ofertę złoży wyłącznie przystępujący lub przystępujący wraz z którąś ze swoich spółek-córek.

, skoro nie jest w stanie wskazać w nich innych potencjalnych wykonawców zamówienia. Zamawiający nie przeprowadził ponadto wstępnych konsultacji rynkowych przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu. Skoro zaś nie rozeznał się w realiach rynkowych, trudno się dziwić, że w powodach braku podzielenia zamówienia na części Zamawiający

powołuje się na potrzeby prawidłowego funkcjonowania placówki

Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części.

W odniesieniu do kwestii zawężania kręgu wykonawców poprzez nieadekwatny opis przedmiotu zamówienia, KIO stoi na stanowisku, że "niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania." — tak wyrok KIO z dnia 14 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1066/20; KIO z dnia 15 czerwca 2020 roku, sygn. akt: KIO 802/20. Biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, "zasada uczciwej konkurencji oznacza konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurencji." (Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2412/15) nie sposób zakwestionować twierdzenia, że sposób opisu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SWZ utrudnia uczciwą konkurencję.

Także nowy Komentarz do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie art. 99 ust. 4 Pzp podkreśla, że:

Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowany inny niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy

konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony.

TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami (wyrok z dnia 7 maja 2015 r. KIO 853/15).

Tak również orzeczenie powołane w publikacji „Orzecznictwo - zamówienia publiczne”. UZP Nr 3, 2021 rok - wyrok z 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21: Izba nie kwestionuje, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale w ocenie Izby zamawiający powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający być w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy. (. . .) Ugruntowane orzecznictwo KIO wskazuje, iż działaniem sprzecznym z zasadą uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odnosnie zarzutu przystępującego, iż proponowany w żądaniach odwołania podział zamówienia jest spreczny wewnętrznie, wskazać należy, że Odwołujący takiej sprzeczności się nie dopatruje, mimo wywodów przystępującego. Usługę sterylizacji będzie oferował jeden wykonawca, dostawę — drugi wykonawca, a składanie gotowych zestawów, o których mowa w części IV załącznika nr 1 do SWZ można zorganizować na wiele różnych sposobów, zależnie od potrzeb Zamawiającego, zarówno z wykorzystaniem pracowników wykonawcy jak i pracowników Zamawiającego. Niemniej, intencja żądania jest czytelna — podział na usługi i na dostawę. Odwołującego satysfakcjonowały dwa rozwiązania — albo cały pkt IV wydzielić do zamówienia na dostawę, albo jeśli pkt IV pozostanie częścią zamówienia na usługę w zakresie narzędzi i sprzętu będących własnością Zamawiającego i poddawanych sterylizacji, to Odwołującego też to satysfakcjonuje, bo to tylko wtedy zostaje kwestia składania gotowych zestawów. Dlatego też kwestia ta celowo nie została doprecyzowana w żądaniach odwołania.

W załączeniu:

1. pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. - tłumaczenie własne na język polski, 2. pismo Medical Device S.r.l. z 28.07.2022 r. • oryginał w języku włoskim, 3. wiadomość e-mail od ABOOK sp. z o.o. z 29.07.2022 r., 4. wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 01.08.2022 r., 5. wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 01.08.2022 r., 6. wiadomość e-mail od Mercator Medical S.A. z 02.08.2022 r., 7. wiadomość

e-mail od Mercator Medical S.A. z 10.08.2022 r., 8. wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z 01.08.2022 r., 9. wiadomość e-mail od PANEP s.r.o. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z 10.08.2022 r., 10. wiadomość e-mail od 3M Poland z 02.08.2022 r., 11. wiadomość e-mail od Batist Medical Polska z 02.08.2022 r., 12. wiadomość e-mail od PAUL

HARTMANN Polska z 03.08.2022 r., 13. wiadomość e-mail od BLAKPOL sp. z o.o. z 03.08.2022 r., wraz z załącznikiem — pakiet do wyceny, 14. wiadomość e-mail od BLAKPOL sp. z o.o. z 03.08.2022 r. - nr 2, 15. wiadomość e-mail od LOHMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 05.08.2022 r., 16. wiadomość e-mail od MaiMed Polska Sp. z o.o. z 09.08.2022 r., 17. wiadomość e-mail od ZARYS International Group sp. z o.o. sp.k. z 01.08.2022 r., 18. wiadomość e-mail od LOFMANN & RAUSCHER POLSKA sp. z o.o. z 16.08.2022 r., 19. PODPISANE pismo ZARYS International Group z dnia 15 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Odwołujący wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy: 1) zaniechanie podziału zamówienia na części, 2) opis przedmiotu zamówienia, 3) projektowane postanowienia umowy.

Na podstawie tych czynności i zaniechania czynności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp i art. 5 Kodeksu cywilnego przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu podzielenia zamówienia na części i uniemożliwieniu składania ofert częściowych, z nadużyciem prawa do udzielenia jednolitego zamówienia w sytuacji, gdy zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje różne rodzajowo: a) usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej oraz b) dostawę sterylnych pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem - które mogą być wykonywane przez różnych, wyspecjalizowanych wykonawców bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia, a zaniechanie podzielenia zamówienia na części skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a w szczególności pozbawieniem dostępu do zamówienia przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), ze szczególnym uwzględnieniem faktu, że takie zagregowanie zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej jako będącego jednocześnie usługodawcą usługi sterylizacji oraz dostawcą zestawów zabiegowych oraz materiałów opatrunkowych,

2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie szczególnego procesu i parametrów lub komponentów produktów dostarczanych w ramach przedmiotowego zamówienia, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, tj. Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz podmioty należące do jego grupy kapitałowej, co prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców oraz jednocześnie do wyeliminowania pozostałych wykonawców lub produktów, gdyż produkty zamawiane przez Zamawiającego, wymienione w zał. nr 1 do SWZ w większości charakteryzują wyłącznie produkty wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., zaś dodatkowo dostarczanie ich wespół z wykonywaniem usługi sterylizacji u tego samego zamawiającego jest procesem technologicznym charakterystycznym dla tego wykonawcy i podmiotów z jego grupy kapitałowej, wykorzystującym fakt łączenia przez tę grupę kapitałową dwojakiego rodzaju działalności: wykonywania usług sterylizacji oraz produkcji materiałów opatrunkowych i zabiegowych,

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany:

1. w ramach zarzutu nr 1 i 2: zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przez dokonanie podziału zamówienia na części, w ten sposób, że jedną część zamówienia stanowić będą usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej (o których mowa w pkt I, II, III i V załącznika nr 1 do SWZ), zaś drugą część zamówienia stanowić będzie dostawa sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, o których mowa w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ oraz pakietów zabiegowych oraz sterylnych pakietów z materiałem opatrunkowym wraz z transportem, o których mowa w pkt VI załącznika nr 1 do SWZ,

Odwołujący wniosł o dołączenie do akt niniejszego postępowania akt postępowania

odwoławczego o Sygn. akt: KIO 1718/22 - celem wykazania zachowania terminu do wniesienia niniejszego odwołania oraz przeprowadzenie dowodów z korespondencji z producentami materiałów oraz sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych, na okoliczność, że tylko przystępujący po stronie zamawiającego (przystępujący) w większości te materiały jest dostarczyć.

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) przeprowadziła postępowanie dowodowe ze wskazanego materiału przez odwołującego, jak i zamawiającego oraz przystępującego.

Na wstępie należy zaznaczyć, że Izba dopuściła do postępowania odwoławczego, zgłaszającego się przystępującego. Strony również nie zgłosiły opozycji przeciw przystąpieniu.

Również na wstępie należy zaznaczyć, że Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego jak i przystępującego o odrzucenie odwołania jako spóźnionego w związku z postępowaniem odwoławczym w sprawie o Sygn. akt KIO 1718/22, które zostało umorzone z powodu jego bezprzedmiotowości. Co prawda zamawiający dokonał jedynie uzasadnienia dla braku podziału zamówienia na części i nie zmodyfikował zamówienia, jak tego żądał odwołujący w złożonym odwołaniu w sprawie o Sygn. akt KIO 1718/22. Zarzuty i żądania w obydwu odwołaniach należy uznać za tożsame. Odwołujący w związku z umorzeniem postępowania w sprawie o Sygn. akt KIO 1718/22 nie złożył skargi. W zaistniałych okolicznościach Izba uznała prawo odwołującego do rozpoznania odwołania, które nie zostało merytorycznie rozpoznane w sprawie o Sygn. akt KIO 1718/22, nie pozbawiając odwołującego prawa do ochrony prawnej, wbrew wnioskowi zamawiającego, jak i odwołującego.

Dokonując analizy materiału dowodowego opisanego i prezentowanego we wstępnej części uzasadnienia wyroku, należy stwierdzić przede wszystkim, że jego wiarygodność, co do możliwości (przystępujący), jak i braku możliwości (odwołujący) co do dostępności sterylnych materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych i innych wymienionych w swz (specyfikacja istotnych warunków zamówienia), jest wysoce wątpliwy, chociaż nie kwestionowany nawzajem przez strony (odwołujący i zamawiający). Materiał dowodowy, prezentowany przez strony to w większości e-mail, nie potwierdzone za zgodność z oryginałem, jak i e-maile podpisane, przez osoby niewiarygodne co do twierdzeń w tych wiadomościach zawartych, a zwłaszcza co do upoważnienia do reprezentacji podmiotów, w imieniu i na rzecz, których udzielają informacji. Nawet pisma, które stanowiły wyjątek nie dają wiary, czy dane osoby mogą reprezentować przedmiotowe podmioty (np. Zarys pismo z dnia 15 lipca 2022r. Pani I. G. QUALITY MANAGER). Owszem w praktyce handlowej e-maile stanowią formę porozumiewania się, czy też zawierania transakcji jednak w rozstrzyganych sprawach przed Izbą nie stanowią dowodu w sprawie. Izba jednak ma na uwadze, że strony, jak i uczestnik nawzajem, informacji zawartych w e-mailach nie kwestionowały, co można uznać za przyznane okoliczności z nich wynikające. Podsumowując kwestie dowodowe zawarte w e-mailach, czy pojedynczych pismach, informacje w nich zawarte nie prowadzą do jednoznacznego wniosku, że niemożliwe jest skompletowanie materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych wymaganych w swz, bez względu na ich ilość. Bowiem materiał prezentowany w tym zakresie jest wzajemnie sprzeczny, ponieważ odwołujący przedstawia informacje na brak możliwości dostawy materiałów opatrunkowych i serwet zabiegowych a przystępujący przedstawia informacje na temat możliwości ich zakupu.

Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów i żądań przede wszystkim stwierdza, że zgodnie z wnioskowaniem odwołującego, domaga się od Izby rozstrzygnięcia w kwestii podziału zamówienia na części to jest odrębnie na dostawy i usługi. Izba podziela argumentację, przedstawioną powyżej w uzasadnieniu wyroku, przystępującego zarówno w zgłoszeniu przystąpienia (29 lipca 2022r.) jak i w piśmie uzupełniającym (pismo z dnia 16 sierpnia 2022r.), uznając ją za własną.

Uzupełniając tylko Izba stwierdza, że odwołujący zwalczając sposób realizacji zamówienia, przez połączenie usług z dostawami, posługuje się formalną argumentacją co do obowiązującego regulaminu u zamawiającego, jak i wybiórczym prezentowaniem ilości faktur, co zresztą skutecznie niweczy przystępujący w przywołanych powyżej stanowiskach w sprawie. Odwołujący głośno posługuje się naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych jakimi są uczciwa konkurencja, czy równe traktowanie stron. Owszem należy podzielać pogląd, że udostępnianie udziału w zamówieniach małym i średnim przedsiębiorstwom jest wskazane i ważne. Niemniej to prawo, które lansuje wielokrotnie odwołujący, w swojej argumentacji, należy zmierzyć w rzeczywistością w jakiej działają szpitale, bo takim podmiotem jest zamawiający. Rzeczywistość pandemii lat 2020-2022 - zagrożenie epidemiczne, rzeczywistość finansowa służby zdrowia i w końcu przedmiot -

bezpośrednia ochrona życia i zdrowia ludzkiego, wszystkie te elementy potwierdzają słuszość co do braku podziału zamówienia na części (dostawy, usługi). W ocenie Izby są to elementy powszechnie znane i nie wymagają głębszych wywodów i uzasadnień, dla racji zamawiającego. Tym bardziej, na co słusznie wskazywał przystępujący, w złożonych pismach procesowych, odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o korektę opisu materiałów będących przedmiotem dostaw, tak aby móc znaleźć łatwiej kontrahentów (producentów), którzy posiadali by ofertę odpowiadającą zapotrzebowaniu zamawiającego. Natomiast pobocznie, tylko posiłkowo odwołujący przedstawia argumentację za bezpodstawnością barku podziału zamówienia na części (dostawa-usługa) zdając sobie sprawę, że brak obiektywnych w tym zakresie argumentów. W ocenie Izby, zamawiający ma obiektywne uzasadnienie co do nie dzielenia przedmiotowego zamówienia i to zarówno z powodów ekonomicznych (oszczędność z powodu jednego dostawcy i usługodawcy), organizacyjnych (angażowanie obsługi zamawiającego odrębnie do kontaktów z dostawcą i usługodawcą), ale również co podkreślał zamawiający z powodu odpowiedzialności za delikty lecznicze (trudności obiektywne w poszukiwaniu odpowiedzialności czy to po stronie dostawcy materiałów sterylnych, czy to po stronie usług sterylnych narzędzi, sprzętu).

Reasumując Izba stwierdza, że zarzuty odwołania dotyczą braku podziału zamówienia na części, jak również żądania dotyczą podziału na dostawę i usługę. Natomiast argumentacja formalna i prawna odwołującego sprowadza się do niewłaściwego opisu przedmiotu dostaw, a tylko marginalnie braku podziału na części, które nie zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: