



Signed by /
Podpisano przez:

Anna Małgorzata
Banaszewska

Date / Data: 2020-
10-30 23:38



PRAWO GOSPODARKA ZDROWIE
KANCELARIA
BANASZEWSKA MODRO SPÓŁKA KOMANDYTOWA

Warszawa, dnia 30 października 2020 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A
02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

Katowickie Centrum Onkologii

ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice
www.kco.katowice.pl
zp@kco.katowice.pl

Odwołujący:

**Fresenius Kabi Polska Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

Al. Jerozolimskie 134

Warszawa (02-305),

reprezentowana przez:

radcę prawnego dr Annę Banaszewską
Kancelaria Prawo Gospodarka Zdrowie
Banaszewska Modro sp. k.

ul. Sienkiewicza 85/87 lok. 12.08, 90-057 Łódź

e-mail: biuro@kpgz.pl

DOTYCZY: przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej zamówienia powyżej 214 000 euro prowadzonego w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej MARKETPLANET e-Zamawiający, na zakup i dostarczanie leków 476 Pakietów oznaczenie sprawy: **KCO/PN/ 18 /2020, Pakiet 454, 456.**

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Fresenius Kabi Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładałam w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako: PZP), wnoszę odwołanie od zaniechania następujących czynności zamawiającego, do których był on zobowiązany zgodnie z PZP:

1. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Delfarma Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, złożonej do zadania częściowego nr 454, 456, bowiem oferta ta:
 - a. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”);
 - b. jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

E: m.modro@kpgz.pl | M: +48 606 290 101

E: a.banaszewska@kpgz.pl | M: +48 606 360 295

ul. Sienkiewicza 85/87 lok. 12.08, 90-057 Łódź | ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa
M: +48 728 957 068 | F: +48 42 209 49 73 | T: +48 22 379 63 10 | F: +48 22 203 41 54

biuro@kpgz.pl
www.kpgz.pl



2. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Inpharm Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, złożonej do zadania częściowego nr 454, nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”)
3. zaniechaniu czynności udostępnienia odwołującemu protokołu wraz z załącznikami tj. oferty złożonej przez Wykonawcę Delfarma sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Wykonawcę Infarm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zaskarżonym czynnościom **zarzucam**:

1. **naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP** poprzez zaniechanie czynności odrzucenia:
 - a. oferty złożonej przez Wykonawcę Delfarma Sp. z o.o. do zadania częściowego nr 454 i 456 mimo, że Wykonawca ten nie udowodnił, iż oferowane przez niego produkty w workach trzykomorowych Fresenius posiadają potwierdzoną badaniami stabilność umożliwiającą przygotowanie kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 C przez 24 godzin, czego Wykonawca Delfarma.
 - b. oferty złożonej przez Wykonawcę Infarm Sp. z o.o. do zadania częściowego nr 454, mimo że oferta ta nie była zgodna z treścią SIWZ, bowiem oferowane przez tego Wykonawcę nie posiada badań potwierdzających stabilności oferowanych przez niego produktów, potwierdzających możliwość przygotowania kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 C przez 24 godzin- w konsekwencji czego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania
2. **naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) (dalej: „ZNK”) w zw. z **art. 23 ust. 1 i 2 i art. 29 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych** (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1231) (dalej: „PAPP”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Delfarma Sp. z o.o. jako oferty której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem złożony przez tego Wykonawcę dokument, na potwierdzenie spełnienia warunku potwierdzonej badaniami stabilności oferowanych produktów umożliwiającej przygotowanie kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 C przez 24 godziny, jest oświadczeniem własnym Odwołującego zawierających sprawozdania z badań wykonanych dla produktów oferowanych wyłącznie przez Odwołującego, a sprawozdania z tych badań stanowią wyłączną własność intelektualną Odwołującego, który nie udzielił Wykonawcy Delfarma prawa do posługiwania się tymi badaniami, w konsekwencji czego działanie Wykonawcy Delfarma było niezgodne z prawem i naraziło Odwołującego na szkodę, w konsekwencji czego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.
3. **naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z 96 ust. 3 PZP i w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu oferty Wykonawcy Delfarma i Wykonawcy Infarma, mimo iż oferty wykonawców są jawne i powinny być udostępnione niezwłocznie, poprzez co Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania.



W związku z powyższym, **wnoszę o:**

1. na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 PZP dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na fakty wskazane w jego treści.
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:
 - a. udostępnienia ofert wraz ze wszystkimi załącznikami złożonych przez Wykonawcę Delfarma i Infarm.
 - b. unieważnienia publikacji informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadań częściowych nr 454 i 456;
 - c. unieważnienia czynności wyboru i czynności oceny ofert w tych zadaniach;
 - d. odrzucenie oferty Wykonawcy Delfarma sp. z o.o. w zadaniu nr 454 i 456;
 - e. odrzucenie oferty Wykonawcy Infarm sp. z o.o. w zadaniu 454;
 - f. ponownej oceny ofert złożonych do zadania częściowego 454 i 456 i wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę powiększonych o wysokość opłaty skarbowej uiszczonej od udzielonego pełnomocnictwa, według norm przepisanych.

Dodatkowo Odwołujący zastrzega prawo złożenia dodatkowego materiału dowodowego na rozprawie.

INTERES PRAWNY:

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, albowiem złożył w przedmiotowym postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ jest ofertą najkorzystniejszą, a na skutek naruszenia prawa jakiego dopuścił się Zamawiający Odwołujący poniesie stratę w wysokości 134 320 PLN (słownie: stu trzydziestu czterech tysięcy trzystu dwudziestu) złotych.

Zatem wskazany przez Odwołującego interes w złożeniu odwołania niewątpliwie wypełnia przesłanki możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w świetle przepisu art. 179 ustawy PZP.

TERMIN:

Zamawiający w dniu **20 października 2020 roku** opublikował na stronie internetowej Zamawiającego ogłoszenie wyników postępowania. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, w tym przypadku opublikowania wyników postępowania.

Mając na uwadze, że ogłoszenie wyników postępowania nastąpiło w dniu 20 października 2020 r., należy wskazać, że termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, został przez Odwołującego dochowany. W konsekwencji powyższego należy wskazać, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

Dowód:



1. Print screen Strony Zamawiającego ujawniającej datę publikacji informacji o wynikach postępowania (tj. od 20.10.2020 r.)

UZASADNIENIE

OPIS STANU FAKTYCZNEGO

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2020 roku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 214 000 euro w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej MARKETPLANET e – Zamawiający na zakup i dostarczanie leków 476 Pakietów, pod znakiem: KCO/PN/ 18 /2020

Przedmiot postępowania został podzielony przez Zamawiającego na 476 Pakietów.

W zadaniu częściowym nr 454 Zamawiający wymagał dostarczenia produktów leczniczych opisanych w następujący sposób:

Pakiet 454	Sodium glycerophosphate	konc. do sporz. roztw. do inf., 216mg/ml, 10 fiol. 20 ml	250
-------------------	-------------------------	---	------------

W zadaniu częściowym nr 456 Zamawiający wymagał dostarczenia produktów leczniczych opisanych w następujący sposób:

Pakiet 456			
	Vitamins	proszek do sporz. roztw. do inf., 10 fiol.	250
	Vitamins	N Adult, konc. do sporz. emulsji do inf., 10 amp. a 10 ml	250

Następnie Zamawiający w dniu 29 czerwca 2020 roku udzielając odpowiedzi twierdzącej na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ zmienił SIWZ w następujący sposób:

Zapytanie nr 83 - - dot. Pakietu 447,449,453,454

Czy Zamawiający wymaga stabilności produktów z workami trzykomorowymi firmy Fresenius umożliwiające przygotowanie kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 stopni C przez 24 godz., potwierdzonej badaniami?

Odpowiedź:

Tak.

Zapytanie nr 144- dot. Pakietu nr 456 poz. 1, 2

„Czy Zamawiający wymaga stabilności wyżej wymienionych produktów z workami trzykomorowymi firmy Fresenius umożliwiające przygotowanie kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 C przez 24 godz., potwierdzonej badaniami?”

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający wymaga.



Do zadania częściowego 454 ofertę złożyli następujący wykonawcy:

1. Delfarma sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z ceną brutto 40 500 PLN,
2. InPharm sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 41 300 PLN,
3. Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 54 400 PLN.

Natomiast do zadania częściowego nr 456 oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. Delfarma sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z ceną brutto 73 710 PLN,
2. Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 79 920 PLN.

W dniu 24 września 2020 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Delfarma Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 PZP o uzupełnienie oferty m.in. o badania potwierdzające stabilność z workami trzykomorowymi RTU firmy Fresenius w zakresie Pakietu nr 454 i 456.

W odpowiedzi na w/w wezwanie Wykonawca Delfarma przedstawił złożone do innego postępowania, oświadczenie pracownika Odwołującego dotyczące produktów oferowanych przez Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., a zatem nie przedstawił oświadczenia własnego ani sprawozdania z badań wykonanych dla produktów oferowanych przez Wykonawcę Delfarma.

Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. jest jedynym na terytorium właścicielem praw do sprawozdań z badań stabilności produktów Fresenius Kabi Polska sp. z o.o.

W dniu 20 października 2020 roku Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując w zakresie zadań częściowych nr 454 i 456 ofertę wykonawcy Delfarma.

W dniu 23 października 2020 zwrócił się do Zamawiającego za pośrednictwem platformy, a następnie 26 października 2020 za pośrednictwem poczty elektronicznej, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert wykonawców Delfarma sp. z o.o. oraz Infarm sp. z o.o., do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie udostępnił przedmiotowych ofert, mimo iż zgodnie z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ma obowiązek udostępnić wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie.

OPIS STANU PRAWNEGO

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP

Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: **niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.**



Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza „treść oferty nie odpowiada SIWZ, gdy oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych potrzeb określonych w specyfikacji [KIO 585/16, wyrok z dnia 5 maja 2016 r.]

Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego określenia w SIWZ wymagań związanych z jego wykonaniem poprzez dokonanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 PZP, oraz określenia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 PZP). Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Ustalając, jaka niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty, należy odnieść się jedynie do SIWZ [KIO 501/17, wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r.]

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP **nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy**. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego [KIO 2440/16, wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r.]. Zamawiający jest uprawniony do poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, tylko wówczas, gdy poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Przenosząc powyższe Zamawiający udzielając wyjaśnień do SIWZ potwierdził, iż żąda oferowane do zadania 454 i 456 produkty (konfekcjonowane) w workach Fresenius posiadały potwierdzoną badaniami stabilność umożliwiającą przygotowanie kompletnej mieszaniny żywieniowej w przypadku, w którym temperatura otoczenia przekracza 25 C przez 24 godziny.

W konsekwencji zarówno Wykonawca Delfarma jak i Wykonawca Inpharm powinni potwierdzić właściwości oferowanych przez siebie produktów w zakresie ich stabilności odpowiednimi badaniami, lub innym środkiem dowodowym, w przypadku gdyby nie mieli ani dostępu do takich sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie mógłby być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodniłby, że wykonywane przez niego



dostawy spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Tymczasem, żaden z powyższych wykonawców nie złożył ani badań jak również żaden z wykonawców nie skorzystał z uprawnienia opisanego w art. 30b ust. 4 PZP przedkładając alternatywny środek dowodowy, po uprzednim potwierdzeniu, iż do badań nie mają oni dostępu, ani możliwości uzyskania takich badań w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie mógłby być przypisany danemu wykonawcy.

Trzeba podkreślić, że dokument przedłożony przez Wykonawcę Delfarma nie potwierdza w ogóle stabilności produktów oferowanych przez Wykonawcę Delfarma, bowiem odnosi się wyłącznie do produktów wprowadzanych do obrotu przez Fresenius Kabi Polska sp. z o.o.

W konsekwencji żadna z ofert Wykonawcy Delfarma, ani oferta Wykonawcy Infarm nie są ofertami zgodnymi z SIWZ, ani również ofertami które zamawiający mógłby poprawić działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Tym samym obie oferty Delfarma i Infarm złożone do zadania 454 jak również oferta Delfarma złożona do zadania 456 winny zostać odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, zamawiający dokonując badania i oceny ofert ma obowiązek ustalić, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNK, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W art. 3 ust. 2 ZNK przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji zostały stypizowane w art. 5–17g ZNK. Wymienione w tych przepisach czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ZNK może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5–17g ZNK, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNK (tak SN w wyr. z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, Legalis).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNK Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.



Przesłanka sprzeczności z prawem. Jak wskazano w opisie stanu faktycznego Wykonawca Delfarma na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 września 2020 r. przedstawił fragment sprawozdania z badań sporządzonego przez pracownika Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Po pierwsze należy podkreślić, iż sprawozdanie z badania stanowi utwór w rozumieniu art. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Po drugie zgodnie z art. 12 tej ustawy, jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowią inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron.

W konsekwencji powyższego fragment sprawozdania z badań stabilności powołany w oświadczeniu Fresenius Kabi Polska jest wyłączną własnością Fresenius Kabi Polska, a zatem wyłącznie ta spółka uprawniona do posługiwania się tymi sprawozdaniami. Gdyby zatem inna spółka chciała przedmiotowe sprawozdania wykorzystać w celu marketingowym lub sprzedażowym musiałby uczynić to w granicach dopuszczalnych przez ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Powołana ustawa dopuszcza korzystanie z cudzego utworu wyłącznie w następujących przypadkach:

Cytat (art. 29 ustawy o prawie autorskim). Wolno przytaczać w utworach stanowiących samoistną całość urywki rozpowszechnionych utworów oraz rozpowszechnione utwory plastyczne, utwory fotograficzne lub drobne utwory w całości, w zakresie uzasadnionym celami cytatu, takimi jak wyjaśnianie, polemika, analiza krytyczna lub naukowa, nauczanie lub prawami gatunku twórczości.

Parodia, pastisz, karykatura (art. 29[1] ustawy). Wolno korzystać z utworów na potrzeby parodii, pastiszu lub karykatury, w zakresie uzasadnionym prawami tych gatunków twórczości.

Włączanie do innego utworu (29[2] ustawy). Wolno w sposób niezamierzony włączyć utwór do innego utworu, o ile włączony utwór nie ma znaczenia dla utworu, do którego został włączony.

Korzystanie z utworów w ogłoszeniach, katalogach, materiałach promocyjnych (art. 33[3] ustawy). Wolno korzystać z utworów w celu reklamy publicznie dostępnej wystawy lub publicznej sprzedaży utworów, w zakresie uzasadnionym promocją tej wystawy lub sprzedaży, z wyłączeniem innego handlowego wykorzystania. Korzystanie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, dotyczy w szczególności publicznie dostępnych wystaw w muzeach, galeriach, salach wystawowych i obejmuje korzystanie z utworów w ogłoszeniach, katalogach i innych materiałach rozpowszechnianych dla promocji wystawy lub sprzedaży oraz wystawienie lub inne udostępnianie egzemplarzy utworów dla tych celów.

W konsekwencji skorzystanie z fragmentu sprawozdania z badań stabilności powołanym w oświadczeniu Fresenius Kabi Polska bez uprzedniej zgody właściciela praw majątkowych przez wykonawcę Delfarma stanowiło naruszenie prawa.

Przesłanka sprzeczności z dobrymi obyczajami.

Pojęcie dobrych obyczajów jest klauzulą generalną nie posiadającą normatywnej definicji. Dominuje pogląd, że klauzula dobrych obyczajów, podobnie jak klauzula zasad współżycia społecznego, nakazuje dokonać



oceny w świetle norm pozaprawnych, przy czym chodzi w tym wypadku o normy moralne i obyczajowe, powszechnie akceptowane albo znajdujące szczególne uznanie w określonej sferze działań, na przykład w obrocie profesjonalnym, w określonej branży, w stosunkach z konsumentem itp. W stosunkach z konsumentami szczególne znaczenie mają te oceny zachowań podmiotów w świetle dobrych obyczajów, które odwołują się do takich wartości jak: szacunek wobec partnera, uczciwość, szczerowość, zaufanie, lojalność, rzetelność i fachowość. Dobre obyczaje należy więc ujmować jako normy obyczajowe, wyznaczające standardy uczciwych i rzetelnych zachowań stron w praktyce kontraktowej [XVII AmA17/16, wyrok SOKiK z dnia 18 października 2018r].

Mając na uwadze powyższe nie sposób zaprzeczyć, że pozyskanie z innego postępowania oświadczenia innego wykonawcy zawierającego jego sprawozdania z badań i przedstawienie na potwierdzenie zgodności z SIWZ własnej oferty jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i godzi w takie wartości jak: szacunek wobec partnera, uczciwość, szczerowość, zaufanie, lojalność, rzetelność i fachowość.

Przesłanka zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Interes przedsiębiorcy. Celem ZNK jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czynny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, co jest oczywiste, lecz także w przypadku zagrożenia ich interesów (zob. wyr. SA w Katowicach z 22.11.2000 r., ACa 688/00, OSA 2001, Nr 5, poz. 28). Pojęcie "interes przedsiębiorcy" rozumieć należy szeroko jako określony, korzystnie z punktu widzenia przedsiębiorcy ukształtowany stan bądź stan, który dopiero w przyszłości może stać się dla niego źródłem korzyści (SN z 25.2.1995 r., III CZP 12/95, OSP 1996, Nr 3, poz. 55).

Jednak nie każde zagrożenie lub naruszenie tych interesów uzasadnia potraktowanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Musi ono być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co ważne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym, czy przesłanki te są lub nie są spełnione, nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron (np. powoda) albo drugiej (np. pozwanego). Oceny dokonuje sąd rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne [por. W. Rakoczy, Sprzecznosc z prawem, s. 153].

Mając na uwadze, iż przedłożenie przez Wykonawcę Delfarma sprawozdań z badań będących własnością Fresenius Kabi Polska i pozyskanych z dokumentacji innego przetargu w celu przedłożenia w przetargu publicznym na potwierdzenie cech oferowanych przez siebie produktów stanowi czynności niezgodną z prawem i dobrymi obyczajami, i jako taka prowadzi wprost do naruszenia interesu Odwołującego, bowiem on sam również w tym samym przetargu uczestniczy.

W konsekwencji powyższego należy podkreślić, iż złożenie oferty Delfarma do zadania nr 454 i 456 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trzeba bowiem podkreślić, iż oferta nie ogranicza się jedynie do formularza oferty, ale ofertę stanowią wszystkie dokumenty i oświadczenia składane wraz z formularzem ofertowym w toku postępowania przetargowego.

Naruszenie art. 96 ust. 3 PZP.



Zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zasada jawności od początku towarzyszy przepisom o zamówieniach publicznych, jednak dopiero w Prawie zamówień publicznych została tak wyraźnie zapisana. Wcześniej regulowały ją przepisy szczegółowe. Ponieważ jawność przesądza o skuteczności weryfikacji działań zamawiającego, sformułowanie jednoznacznie brzmiącej zasady stało się niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. W razie wątpliwości zasada ta rozstrzyga o sposobie postępowania. Stąd przepisy szczegółowe, umożliwiające dostęp do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz do związanych z tym dokumentów, są tylko instrumentem pozwalającym na realizację zasady w sposób niezakłócający działań podejmowanych w toku postępowania.

Jawność postępowania. Przepis art. 8 ust. 1 odnosi się tylko do jawności postępowania. Definicja postępowania zawarta jest w art. 2 pkt 7a. Ogólnie można stwierdzić, że postępowanie rozpoczyna się w dniu jego wszczęcia poprzez publiczne ogłoszenie lub przesłanie zaproszenia, a kończy się wyborem oferty lub wynegocjowaniem postanowień umowy (dot. trybu z wolnej ręki). Wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego w tym czasie powinny być jawne. Umowa i jej podpisanie nie jest częścią postępowania, dlatego jawność umowy o zamówienie publiczne uregulowana została odrębnie w przepisie art. 139 ust. 3.

Udostępnianie dokumentów. Praktycznym wyrazem jawności postępowania jest konieczność udostępniania dokumentów sporządzanych w czasie postępowania, zarówno przez zamawiającego, jak i przez wykonawców. Z jednej strony, są to dokumenty, co do których przepisy szczegółowe wymagają udostępniania w określonym czasie (siwz, pytania i odpowiedzi, środki ochrony prawnej) w celu sprawnego przeprowadzenia postępowania. Procedura udostępniania tych dokumentów wynika z trybu, w jakim jest ono prowadzone. Z drugiej strony, są to dokumenty, do których odnosi się przepis art. 96 ust. 2 i 3, a więc m.in. protokół, oferty czy wnioski. Te dokumenty ujawniane są w trybie określonym w tym przepisie oraz w rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 4 ust. 5 zd. 1 Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie.

Mając na uwadze powyższe wniesienie niniejszego odwołania jest zasadne i konieczne.

Załączniki:

1. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
2. Potwierdzenia uiszczenia wpisu,
3. Pełnomocnictwo udzielone r.pr. dr Annie Banaszewskiej,
4. Potwierdzenie wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
5. Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Temat **Odwołanie, KCO/PN/ 18 /2020, Pakiet 454, 456**
Od Anna Banaszewska KPGZ
<a.banaszewska@kpgz.pl>
Do <szpital@kco.katowice.pl>
Data 2020-10-30 23:41

**Katowickie Centrum Onkologii****KANCELARIA**

2020 -11- 02

L. dz.

- FreseniusKabi_201030_odwołanie_KCO-sig.pdf (~1,7 MB)

działając w imieniu Odwołującego Fresenius Kabi przedkładam Zamawiającemu odwołanie, pełnomocnictwo w sprawie zostało już Zamawiającemu złożone we wcześniejszej korespondencji.

z poważaniem,
dr Anna Banaszewska
Radca prawny
Kancelaria Prawo Gospodarka Zdrowie Banaszewska Modro sp.k.

odwołanie
03.11.2020