

Poznań, 07.09.2009 r.  
WCO / EZ5016 /3 /2009

**Protestujący:**  
**Jacek Milecki**  
**prowadzący działalność gospodarczą jako**  
**„Polmil – Sprzęt Medyczny” Jacek Milecki**  
**ul. Księdza Józefa Schulza**  
**85-315 Bydgoszcz**

**Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 89/2009 – Zakup i dostawa sprzętu medycznego sterylnego, jednorazowego użytku.**

### **ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU.**

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający: **uwzględnia protest** złożony przez Jacka Mileckiego, prowadzącego działalność gospodarczą jako „Polmil – Sprzęt Medyczny” Jacek Milecki z siedzibą w Bydgoszczy **w całości.**

#### **UZASADNIENIE:**

Dnia 21 sierpnia 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 89/2009 na zakup i dostawę sprzętu medycznego sterylnego, jednorazowego użytku. W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także zrozumiały przedstawił parametry, jakim powinien odpowiadać będący przedmiotem tej części zamówienia uniwersalny system rentgenowski.

Wobec postanowień siwz protest wniósł Jacek Milecki prowadzący działalność gospodarczą jako „Polmil – Sprzęt Medyczny” Jacek Milecki z siedzibą w Bydgoszczy, zarzucając naruszenie przez zamawiającego podstawowych przepisów Ustawy – Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- art. 29 ust. 2 poprzez ustanowienie w treści siwz zapisów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia utrudniających uczciwą konkurencję,
- art. 29 ust. 3 poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych konkretnych produktów,
- art. 7 ust. 1 statuującego naczelne zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne poprzez dokonanie z naruszeniem prawa czynności opisanych w punktach poprzedzających,
- art. 30 ust. 1 poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób subiektywny

Protestujący wniósł o uchylenie kwestionowanych zapisów siwz, powtórzenie wadliwych czynności zgodnie z przepisami prawa i dokonanie w kwestionowanym zakresie właściwej modyfikacji treści siwz. Alternatywnie protestujący wniósł o unieważnienie postępowania przetargowego w przedmiotowym zakresie i ponowne ogłoszenie postępowania na zasadach określonych w obecnie obowiązujących przepisach prawa w zakresie udzielania zamówień publicznych. Jacek Milecki wskazał, iż jego interes prawny w złożeniu protestu wyraża się w tym, że kwestionowane przezeń działania zamawiającego uniemożliwiły mu złożenie ważnej i

konkurencyjnej cenowo oferty w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu nr IV oraz nr XX, a tym samym niemożności uzyskania przedmiotowego zamówienia we wskazanych pakietach.

W uzasadnieniu protestu Jacek Milecki wskazał, iż zamawiający ustanowił w treści siwz wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych zakazującego opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Protestujący nadto podniósł, że wymogi zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie utrudniając uczciwą konkurencję, której zapewnienie jest obowiązkiem zamawiającego. Zdaniem protestującego zamawiający określił wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt konkretnego producenta, czego konsekwencją miało być uniemożliwienie uzyskania zamówienia innym wykonawcom, oferującym produkty spełniające identyczne funkcje użytkowe i jakościowe. Protestujący stwierdził, iż optymalnym rozwiązaniem byłoby dopuszczenie przez zamawiającego wszystkich produktów zgodnych z właściwą europejską, a zatem i polską normą o właściwościach zapewniających osiągnięcie celu medycznego, bezpieczne i skuteczne wykonania określonej procedury medycznej, nie zaś, jak to uczynił zamawiający wymaganie wyłącznie produktów posiadających unikatowe, specyficzne dla konkretnego produktu konkretnego producenta właściwości, w szczególności, jeśli prowadzi to do ograniczenia uczciwej konkurencji. Jacek Milecki przywołał wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 13 czerwca 2006 roku (sygn. akt: UZP/ZO/0-1677/06), zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców oraz zapewniania uczciwej konkurencji podczas podejmowania wszelkich czynności podczas wszystkich faz postępowania. W ocenie protestującego motywem działania zamawiającego była nieuzasadniona chęć wyeliminowania niektórych wykonawców z postępowania i zawężenie ich kręgu, co należy uznać za przejaw zabronionej dyskryminacji. Protestujący wskazał również na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku (sygn. akt: III CZP 52/02), w którym Sąd ten stwierdził, iż „postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”

Protestujący w szczególności zakwestionował treść załącznika nr 3 do siwz w zakresie pakietów IV i XX uznając, iż wymogi postawione przez zamawiającego we wskazanych pakietach utrudniają uczciwą konkurencję. Zdaniem protestującego żądanie zamawiającego, by oferowane w pakiecie nr IV wyroby były wyposażone w system 7 łączników bezigłowych z możliwością użycia przez 7 dni lub 600 aktywacji osadzonych na rampie jest niezasadne, ponadto, zgodnie z wiedzą posiadaną przez protestującego, opisane rozwiązanie oferuje jedynie jeden producent. Protestujący podniósł, iż nawet u pacjentów w najcięższym stanie klinicznym nie jest możliwe dokonanie 600 wkluc przez okres 7 dni.

Odnosnie pakietu nr XX Jacek Milecki stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego wykonawcę, z uwagi na wymóg dołączenia do oferty badań wykazujących, że jałowość pojemników wielodawkowych przy zastosowaniu aplikatora jest utrzymywana w określonym przedziale czasu, podczas gdy badaniami takimi legitymuje się jedynie jeden wykonawca. Protestujący wskazał również, iż żadne normy nie regulują i nie ustalają minimalnego czasu jałowości pojemników wielodawkowych, zaś inni znani i cenieni producenci igieł do aspiracji typu Mini-Spike (codan, Fresenius Kabi) posiadają sprzęt również dobry (często o parametrach przewyższających opisane w siwz), lecz nie posiadający wymaganych przez zamawiającego badań.

W ocenie zamawiającego wniesiony protest jest zasadny, choć w części z innych przyczyn niż wskazane przez protestującego.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez protestującego wskazać należy w pierwszej kolejności, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej sam fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia niektórym wykonawcom wzięcie udziału w przetargu nie może być *per se* uznawany za ograniczający konkurencję. Jak trafnie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1155/08) „Skoro wymagane parametry mogą spełnić produkty kilku wykonawców, fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, nie powoduje naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych”. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 09 października 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1024/08) uznając m. in. iż

„1. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

2. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.”

W tym miejscu podkreślić wypada, że to zamawiający jest podmiotem, któremu przysługuje prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby odzwierciedlał on jego rzeczywiste potrzeby. Jest przy tym oczywiste, że opis ten winien spełniać wymogi stawiane przez ustawodawcę, w szczególności w przepisach Ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednakże w ocenie zamawiającego siwz została sporządzona w sposób prawidłowy, z poszanowaniem wszelkich obowiązujących w tym zakresie regulacji prawnych. Za bezsporne należy uznać, że zamawiający może dostosować opis przedmiotu zamówienia do wymagań, które winien on spełniać, tak aby był on najbardziej przydatny z uwagi na cel, któremu ma służyć. Stanowisko powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, która w wyroku z dnia 20 sierpnia 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 807/08) uznała, że „Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienia do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich.”, który to pogląd zamawiający w pełni podziela i akceptuje (por. także wyroki KIO z dnia 18 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 799/08 i z dnia 13 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 782/08).

Odnosząc się do poszczególnych zapisów siwz zakwestionowanych przez protestującego należy wskazać, iż nie jest do końca jasne, który wymóg w pakiecie nr IV został przez protestującego zakwestionowany – Jacek Milecki wskazał bowiem, że „oferowane wyroby muszą być wyposażone w system 7 łączników bezigłowych z możliwością użycia przez 7 dni lub 600 aktywacji, osadzonych na rampie”, stwierdzając jednocześnie, że tego typu rozwiązanie posiada tylko jedna firma, następnie zaś wywodząc, że wymóg użycia łączników

przez 600 aktywacji jest niezasadny. W pierwszym rzędzie wypada zwrócić uwagę, iż odpowiadając na pytania jednego z wykonawców, zamawiający dopuścił w pakiecie numer IV możliwość zaoferowania systemu Kranik-Rampa składającego się z 6 łączników bezigłowych. Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących wymogu użycia łączników przez 600 aktywacji lub 7 dni zamawiający wskazuje, że po pierwsze wymóg powyższy został określony w sposób alternatywny, tj. łączniki winny mieć możliwość wykorzystania ich przez 7 dni lub 600 aktywacji, nie zaś, wbrew twierdzeniom protestującego, 600 aktywacji w ciągu 7 dni. Ponadto zamawiający stoi na stanowisku, iż warunek możliwości użycia łączników przez określony okres czasu lub określoną liczbę aktywacji jest uzasadniony po pierwsze koniecznością maksymalnego zwiększenia bezpieczeństwa pacjenta poprzez zmniejszenie częstotliwości dokonywanych manipulacji, co w znacznym stopniu ogranicza ryzyko zakażenia drogą dożylną, po drugie zaś względami ekonomicznymi z uwagi na dłuższy czas użycia łączników oraz wyeliminowanie konieczności wymiany łączników po każdorazowym podaniu leków. Z uwagi na powyższe zamawiający uznaje, że niezasadne byłoby całkowite zrezygnowanie z utrzymania powyższego wymogu, jednakże, aby zapewnić możliwość wzięcia udziału w postępowaniu większej liczbie podmiotów przy zachowaniu maksymalnej możliwej konkurencyjności postępowania, a jednocześnie umożliwiając zamawiającemu określenia przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, zamawiający uwzględnia żądanie protestującego w zakresie odstąpienia od wymogu umożliwienia przez oferowane wyroby możliwości użycia przez 7 dni lub 600 aktywacji jako warunku granicznego, którego niespełnienie powoduje odrzucenie oferty jako niespełniającej warunków określonych w siwz, wprowadzając jednocześnie możliwość zaoferowania alternatywnego rozwiązania umożliwiającego realizację uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż możliwość użycia łączników bezigłowych jest warunkiem istotnym z punktu widzenia zamawiającego, z przyczyn wskazanych powyżej zamawiający wprowadzi parametr dotyczący możliwości użycia łączników przez określony okres czasu lub określoną liczbę aktywacji do siwz jako oceniany, podobnie jak pozostałe parametry techniczno-jakościowe. Powyższe oznacza, iż nawet niespełnienie przez oferowane przez jednego z wykonawców wyroby warunków określonych w siwz skutkować będzie nie odrzuceniem złożonej przezeń oferty, a co najwyżej uzyskaniem mniejszej ilości punktów w zakresie oceny technicznej danego parametru. Trzeba przy tym pamiętać, że ilość ocenianych punktów będzie większa, co implikuje stwierdzenie, że dany wykonawca brak lub mniejszą ilość punktów w danej kategorii jest w stanie zrównoważyć uzyskaniem większej ich ilości za inne podlegające ocenie kryteria, w tym w szczególności w zakresie ceny, która stanowić będzie 70% wagi uwzględnianej przy dokonywaniu oceny ofert (pozostałe 30% wagi stanowić będzie ocena techniczna, na którą składać się będą wszystkie oceniane parametry techniczne).

Podobnie, odnośnie wymogów siwz w pakiecie XX, zamawiający uznaje, że jałowość pojemników wielodawkowych jest warunkiem istotnym z punktu widzenia działalności prowadzonej przez zamawiającego i przeznaczenia jakie spełniają mają wyroby objęte tym pakietem. Z uwagi na fakt, iż podlegający leczeniu prowadzonemu przez zamawiającego pacjenci onkologiczni wymagają szczególnej troski. Z uwagi bowiem na fakt, iż stosowane leczenie stanowi dodatkowe obciążenie dla organizmu zmagającego się z chorobą nowotworową i obniża poziom odporności immunologicznej chorego, konieczne jest zminimalizowania ryzyka jakiegokolwiek negatywnego wpływu na układ odpornościowy pacjenta. Przedłożenie przez wykonawców wyników badań potwierdzających utrzymanie jałowości zawartości fiolki zwiększa zatem poziom bezpieczeństwa pacjentów podczas prowadzenia leczenia. Należy również wskazać, że zamawiający jest podmiotem posiadającym certyfikaty ISO 9001-2000 oraz ISO 18001-2004, co nakłada nań obowiązek wykorzystania wszystkich możliwości zapewnienia bezpieczeństwa zarówno pracownikom jak i pacjentom. Okoliczność ta implikuje konieczność zwiększania wymogów odnoszących

się do bezpieczeństwa we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiającego. Wreszcie, wypada wskazać na aspekt ekonomiczny - potwierdzone badaniami utrzymywanie zawartości fiolki w określonym czasie eliminuje konieczność częstej wymiany aplikatora oraz umożliwia wykorzystanie zawartości fiolki w dłuższym czasie. W związku z powyższym również w zakresie pakietu XX zamawiający nie widzi konieczności rezygnacji z wymogu potwierdzenia stosownymi badaniami utrzymywania jałowości zawartości fiolki w określonym przedziale czasu, jednakże uwzględniając konieczność zapewnienia większej konkurencyjności postępowania i umożliwienie wzięcia w nim udziału przez większą ilość wykonawców, uwzględniając protest złożony w niniejszej sprawie, dokona modyfikacji treści siwz wprowadzając ocenę techniczną wszelkich wymaganych parametrów, przy czym przedłożenie wyników przedmiotowych badań będzie stanowiło jedną z ocenianych pozycji. Podobnie jak w przypadku pakietu numer IV wykonawcy będą mieli możliwość konkurowania zarówno jakością, jak i ceną (stanowiącą nadal 70% wagi uwzględnianej przy dokonywaniu oceny ofert).

## POUCZENIE

Od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jednakże w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. dla zamówień

1. udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
  - a) 133.000 euro - dla dostaw lub usług,
  - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
2. udzielanych przez zamawiających innych niż określonych w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
  - a) 206.000 euro - dla dostaw lub usług,
  - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
3. sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
  - a) 412.000 euro - dla dostaw lub usług,
  - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Zgodnie z treścią art. 183 ust. 4 wskazanej ustawy rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.

Z poważaniem,

Z-ca Dyrektora ds. Lecznictwa  
Dr n. med. Jerzy Załuski