

Poznań, dnia 02-09-2009  
EZ/.....5118...../2009

**Wg rozdzielnika:  
Do wszystkich uczestników postępowania o zamówienie publiczne.**

Dotyczy : postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę sprzętu medycznego sterylnego, jednorazowego użytku do biopsji mamentomicznej gruboigłowej wraz z dzierżawą urzędzenia do wykonywania biopsji gruboigłowej wspomaganiej próżnią Nr sprawy: 80/2009.

Zgodnie z art. 181 ust.3 PZP Wielkopolskie Centrum Onkologii uprzejmie informuje, iż w dniu 02-09-2009 Zamawiający otrzymał protest, którego treść stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Zamawiający jednocześnie informuje, iż:

**Zgodnie z art. 181 ust. 4, 5 i 6:**

4. Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania:

1) w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, o którym mowa w ust. 3;

2) do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3, jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego także po-stanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5. Wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu pro-test.

6. Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

**Zgodnie z art. 181 ust.1 i 2**

1. W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

2. O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli oferty.

2a. Zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Niniejsze pismo przesłane zostanie pocztą.

Z poważaniem,  
Z-ca Dyr. ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna

**OŚWIADCZENIE \*  
POTWIERDZAM OTRZYMANIE NINIEJSZEGO PISMA.**

data..... pieczętka i podpis.....

\* wysłać na nr fax. (061) 88 50 698

TREŚĆ PROTESTU (na kolejnych stronach)

Warszawa, dnia 1 września 2009 r.

Zamawiający:

Wielkopolskie Centrum Onkologii  
ul. Garbary 15  
61-866 Poznań

Protestujący:

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

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, przy ul. Łżeckiej 24 (zwana dalej „Protestującym” lub Johnson & Johnson) wnosi

### **Protest**

na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Specyfikacja, „SIWZ”) w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę sprzętu sterylnego jednorazowego użytku do biopsji mammotomicznej gruboigłowej wraz z dzierżawą urządzenia do wykonywania biopsji gruboigłowej wspomaganą próżnią, numer sprawy 80/09.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ ukazały się w dniu 27 sierpnia 2009 roku, na stronie internetowej:

<http://www.wco.pl/zamowienia>

zatem przedmiotowy Protest został złożony w terminie.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1, 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19,

poz.177 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą, co narusza interes prawny protestującego – będącego uczestnikiem niniejszego postępowania, poprzez:

Opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 29 Ustawy, utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwiający ocenę ofert i udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Protestujący wnosi o dokonanie stosownych zmian w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zmiany powinny uwzględniać możliwość złożenia oferty przez Protestującego i ewentualnie innych wykonawców oferujących dostawę sprzętu sterylnego jednorazowego użytku do biopsji mammotomicznej gruboigłowej.

## UZASADNIENIE

Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na zakup i dostawę sprzętu sterylnego jednorazowego użytku do biopsji mammotomicznej gruboigłowej wraz z dzierżawą urządzenia. SIWZ została przez Zamawiającego ogłoszona na stronie internetowej w dniu 27.08.2009 roku. Protestujący ma zamiar złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejszy protest.

Sporządzona przez Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w tym nałożony na Zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz uwzględnia wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także zakaz opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu takiemu towarzyszą słowa „lub równoważny”.

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia dokładnie odpowiada wyrobom oferowanym przez Hammermed pod nazwą własną SenoRX.

Zamawiający wskazał, w załączniku nr 6 do SIWZ wymagane cechy urządzenia oraz wymagania dotyczące sprzętu medycznego sterylnego jednorazowego użytku. Zamawiający określił parametry urządzenia i sprzętu w sposób, który jednoznacznie wskazuje na konkretny wyrób i jego pochodzenie od określonego producenta, urządzenie i sprzęt oferowane wyłącznie przez dystrybutora - firmę Hammermed. Okoliczność ta, powoduje naruszenie interesu prawnego protestującego, który oferuje do sprzedaży

urządzenia i sprzęt medyczny nieznacznie różniące się od oferowanych przez preferowanego przez Zamawiającego Wykonawcę.

Spośród wymaganych przez Zamawiającego parametrów większość różnic pomiędzy urządzeniami i sprzętem oferowanymi przez Protestującego i Hammermed jest nieistotna z punktu widzenia prawidłowości biopsji gruboigłowej, i tak:

1. Wykonywanie biopsji oraz automatyczne podanie środka znieczulającego o 360 stopni wokół igły, a także przepłukiwanie wycinków w trakcie wykonywania biopsji pod kontrolą USG i RTG w zakresie 0-360 stopni.

J&J oferuje urządzenie automatycznie podające znieczulenie w miejscu biopsji (ale nie o 360 stopni) i nie przepłukujące wycinków. Metodologia biopsji wykonywanej przy użyciu urządzenia J&J nie wymaga przepłukiwania wycinków ponieważ każdy wycinek jest odbierany bezpośrednio po wycięciu po uprzednim odessaniu w komorze biopsyjnej z pozostałości organicznych (krwi).

2. Rękojeść biopsyjna wyposażona w oświetlenie robocze z jednym kablem zasilającym do wykonywania biopsji stereotaktycznej pod kontrolą mammografu i USG.

J&J oferuje urządzenie wyposażone w dwie odrębne rękojeści, rękojeść do biopsji USG z jednym kablem, rękojeść stereotaktyczną z trzema kablami, żadna z nich nie jest wyposażona w oświetlenie robocze. Cechy te (ilość kabli, oświetlenie robocze) nie mają żadnego znaczenia dla przebiegu biopsji i uzyskanego wyniku, pozostając jednocześnie cechami charakterystycznymi dla urządzeń oferowanych przez Hammermed. Za szczególnie absurdalne uznać należy wymaganie oświetlenia roboczego rękojeści do biopsji USG, gdzie obraz wyświetlany jest na ekranie monitora USG.

3. Możliwość użycia jednej igły biopsyjnej zarówno przy wykonywaniu biopsji pod kontrolą USG jak i RTG.

Jak wskazano powyżej w wypadku urządzenia oferowanego przez Johnson & Johnson, które jest wyposażone w dwie rękojeści, nie ma możliwości użycia jednej igły biopsyjnej zarówno przy wykonywaniu biopsji pod kontrolą USG jak i RTG. Dodatkowo budowa igły pod RTG firmy J&J daje możliwość dokładniejszego wycięcia zmiany w trudno dostępnych miejscach położonych blisko klatki piersiowej.

W zakresie wymagań dotyczących sprzętu medycznego sterylnego, jednorazowego użytku Zamawiający także uniemożliwił złożenie oferty Johnson & Johnson, i tak:

1. Igła biopsyjna do biopsji gruboigłowej, z możliwością automatycznej rotacji o 360 stopni, wyposażona w koszyczek biopsyjny na materiał tkankowy. Wnętrze igły pokryte silikonową osłonką. Igła sterylna, jednorazowego użytku, pakowana pojedynczo. Na każdym opakowaniu nadruk serii i data ważności oraz opis w języku polskim. Okres ważności min. 24 miesiące od daty dostawy.

Johnson & Johnson oferuje igły w rozmiarach 8 G i 11G (w miejsce wymaganych 7G i 10G), które nie mają możliwości automatycznej rotacji oraz silikonowej osłonki natomiast są wyposażone w dwa kanały podciśnieniowe co ma duży wpływ na kształt pobieranej tkanki.

2. Prowadnica sondy biopsyjnej – 700 szt. Sprzęt używany w wysoce specjalistycznych badaniach stereotaktycznej biopsji mammotomicznej. Prowadnica sondy do igły o rozmiarze 10G, sterylna, jednorazowego użytku, pakowana pojedynczo. Na każdym opakowaniu nadruk serii i data ważności oraz opis w języku polskim. Okres ważności min. 24 miesiące od daty dostawy.

Johnson & Johnson nie może zaoferować prowadnicy sondy do igły o rozmiarze 10G, ponieważ nie oferuje igieł w rozmiarze 10G (a oferuje igły 11G). Istnieje więc możliwość zaoferowania prowadnicy sondy do igły przez Johnson & Johnson oferowanej, tj. w rozmiarze 11G.

3. Znacznik tkankowy typu Gel Mark Ultra – 200 szt. Znacznik tkankowy do długotrwałej wizualizacji za pomocą mammografu albo MRI. Widoczny od 4-6 tygodni przy użyciu ultrasonografu.

Johnson & Johnson oferuje znaczniki kolagenowe równoważne ze znacznikami tkankowymi typu Gel Mark Ultra (nazwa własna wyrobu oferowanego przez Hammermed).

Na rynku urządzeń i sprzętu medycznego dopuszczono do obrotu także inne urządzenia i sprzęt jednorazowy znajdujące zastosowanie w tych samych okolicznościach co urządzenia i sprzęt opisane przez Zamawiającego w SIWZ, a więc obiektywnie odpowiadające potrzebom Zamawiającego. Ich zaoferowanie jednak nie jest możliwe, ponieważ Zamawiający wbrew dyspozycji art. 29 ust 3 nie dopuścił oferowania produktów równoważnych.

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia utrudnia konkurencję oraz powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób,

który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszystkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę (por. E Norek Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 2005, str 68, wyrok ZA UZP/ZO/0-3610/05). Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie złamany jeżeli Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt działając jednocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu.

Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie cech obiektywnie nieistotnych, takich jak np. przepłukiwanie wycinków czy ilość kabli. Trudno byłoby się zgodzić, że okoliczność polegająca na oferowaniu urządzenia z jednym kablem może mieć jakiegokolwiek znaczenie użytkowe lub ma wpływ na skuteczność procesu diagnostycznego albo jego koszty, a więc wymaganie takie nie może być uznane za obiektywnie uzasadnione.

Okoliczność polegająca na uniemożliwieniu Protestującemu zaoferowania zaawansowanego technologicznie urządzenia ale nie posiadającego np. jednego kabla, narusza nie tylko zasady zamówień publicznych ale także podstawową zasadę finansów publicznych, a to celowego, gospodarnego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi.

Protestujący oferuje równoważny wskazanemu w SIWZ system do biopsji gruboigłowej. Równoważność obydwu urządzeń nie podlegała i nie podlega dyskusji. Oferowane przez Protestującego urządzenie o nazwie własnej Mammotome jest powszechnie i z powodzeniem stosowane na całym świecie. Skuteczność i bezpieczeństwo jego stosowania potwierdzają setki, jeśli nie tysiące, badań klinicznych i publikacji. Okoliczność ta jest Zamawiającemu doskonale znana i nie wymaga dalszego dowodzenia.

Podobne Protestującemu stanowisko wielokrotnie zostało wyrażone w wyrokach Zespołów Arbitrów, np.:

1. W wyroku, sygn. UZP/ZO/02116/04 arbitrzy wskazali: „Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, powinien unikać wszelkich sformułowań czy parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę. Preferowanie produktów jednego producenta jest przykładem nierównego traktowania wykonawców”.

2. W wyroku, o sygn. UZP/ZO/0-2118/04 arbitrzy wskazali, że „do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji”.
3. W wyroku z dnia 18.12.2003 r., sygn. UZP/ZO/0-2098/03 Zespół Arbitrów orzekł, że „nie można (...) mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich oferentów lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”.
4. W wyroku, sygn. UZP/ZO/2303/06, Zespół Arbitrów orzekł, że Organizator przetargu nie może określić parametrów kupowanego sprzętu w taki sposób, że spełnia je tylko jeden producent.

Podobne stanowisko wielokrotnie było wyrażane w doktrynie zamówień publicznych, wystarczy zacytować Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004; str. 112 pkt 4) zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję „zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Analogiczne wnioski znaleźć można w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowanej na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl): „Art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).” (opinia w sprawie opisu przedmiotu zamówienia).

Dodatkowym argumentem, uzasadniającym zarzut, że wyłącznie jeden wykonawca będzie zdolny do realizacji przedmiotowego zamówienia jest termin realizacji – 7 dni. Tak krótki termin nie jest stosowany w dostawach tego typu urządzeń, które są sprowadzane przez wszystkich wykonawców na konkretne zamówienie, konkretnego Zamawiającego. Reasumując, umowa o zamówienie publiczne zawarta w wyniku niniejszego postępowania i w oparciu o sporządzoną przez Zamawiającego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia obarczona będzie wadą nieważności na podstawie art. 146 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący oczekuje, że nie zostanie pozbawiony możliwości zaoferowania wyrobów Johnson & Johnson w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe protest należy uznać za uzasadniony.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo.
2. Kopia odpisu z KRS.

Jakub Kowalski  
Starszy Przedstawiciel Medyczny  
Johnson&Johnson