

Poznań, dnia 30.12.2009 r.
WCO/EZ/_____/2009

Protestujący:
Paul Hartmann Polska Sp. z o.o.
ul. Partyzancka 133/151
95-200 Pabianice

Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 146/2009 – Zakup i dostawa opatrunków (pakiet nr 6).

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU.

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający: **oddala protest** złożony przez spółkę pod firmą Paul Hartmann Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach **w całości.**

UZASADNIENIE:

Dnia 15 grudnia 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 146/2009 na zakup i dostawę opatrunków. Zamawiający umożliwił składanie ofert częściowych, którymi objęte były między innymi – w ramach pakietu nr 6 – kompresy gazowe (w tym w szczególności kompresy gazowe jałowe).

W załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (formularz cenowy) w odniesieniu do pakietu nr 6 zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także zrozumiały przedstawił parametry, jakim powinny odpowiadać będące przedmiotem tej części zamówienia kompresy jałowe.

Wobec postanowień siwz protest wniosła spółka pod firmą Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach zastępowana przez pełnomocnika – radcę prawnego Monikę Kłeczek, zarzucając naruszenie przez zamawiającego:

- art. 25 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie wymogu załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego walidację procesu sterylizacji wyrobów stanowiących przedmiot zamówienia, który to dokument, w ocenie protestującego, nie stanowi dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania z uwagi na brak określenia przez zamawiającego wymogów czy norm, których spełnienie walidacja miałaby potwierdzać,

- art. 29 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na wprowadzenie wymogu załączenia do oferty dokumentów potwierdzających walidację procesu sterylizacji, które załączyć może jedynie TZMO S.A. co oznacza, iż ofertę może złożyć wyłącznie TZMO S.A. lub podmioty z nią współpracujące.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu w całości oraz o zmianę treści siwz poprzez usunięcie wymogu załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego walidację procesu sterylizacji wyrobów stanowiących przedmiot oferty/zamówienia.

W uzasadnieniu protestu Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. wskazała, iż ustanowiony przez zamawiającego w treści siwz, a dotyczący kompresów jałowych oraz kompresów z nitką radiacyjną, wymóg dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających walidację procesu sterylizacji, przy jednoczesnym braku określenia norm/wymogów zgodność, z którymi przedmiotowe dokumenty miałyby spełniać jest niezasadny, albowiem dotyczy dokumentu niebędącego niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zarazem przesądza o naruszeniu przez zamawiającego art. 25 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych. Protestujący wskazał, iż zamawiający domagając się przedłożenia dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przezeń usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami siwz nie może przekraczać granic zakreślonych przez ustawodawcę. W ocenie Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. zamawiający nie określił w siwz wymogów, które potwierdzane miałyby być przez dokumenty potwierdzające walidację procesu sterylizacji. Protestujący zarzucił, iż zamawiający posługując się w treści siwz określeniem „jałowy wyrób” wskazuje, że kompresy będące przedmiotem zamówienia powinny być sterylizowane w parze wodnej nie precyzując wymogów, jakim odpowiadać powinien sposób sterylizacji. W ocenie protestującego takie zachowanie przekracza ramy określone przez ustawodawcę w dyspozycji art. 25 ust. Ustawy – Prawo zamówień publicznych, albowiem żądane przez zamawiającego dokumenty nie są niezbędne „dla możliwości złożenia oferty i uznania jej za ważną”. Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. wskazała także, iż raport z walidacji procesu sterylizacji nie potwierdza czy dany wyrób jest sterylny czy nie. Jak podnosi protestujący każda procedura sterylizacji jest lub powinna być „poddana walidacji stanowiącej dowód, że proces sterylizacji obejmował określone warunki, że ma odpowiednie działanie bakteriobójcze i że jest on zarówno niezawodny jak i powtarzalny”, przy czym określenie tych warunków należy do obowiązków zamawiającego. Tymczasem, jak twierdzi protestujący, raport walidacji nie stanowi potwierdzenia czy wyrób jest jałowy, a jedynie że proces sterylizacji został przeprowadzony w sposób należyty.

Ponadto protestujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego może utrudniać uczciwą konkurencję, albowiem przedmiot zamówienia opisany jest, zdaniem Paul Hartmann Polska Sp. z o.o., przy użyciu

oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta lub produkt. Dodatkowo protestujący zauważył, że ograniczenie uczciwej konkurencji może być również wynikiem opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ograniczony zostaje krąg wykonawców mogących wykonać zamówienie, jeśli nie jest to zarazem uzasadnione potrzebami wykonawcy. W niniejszym postępowaniu, jak uważa protestujący, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pakietu nr VI w sposób umożliwiający wykonanie zamówienia jedynie jednemu wykonawcy – spółce pod firmą Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. lub ewentualnie podmioty współpracujące ze wskazaną spółką, albowiem tylko wymieniony wykonawca jest w stanie przedłożyć dokumenty potwierdzające walidację procesu sterylizacji. Oznacza to, zdaniem autora protestu, że wprowadzenie przez zamawiającego powyższego wymogu jest nieuzasadnione i wskazuje na możliwość naruszenia uczciwej konkurencji.

Protestujący interes prawny w złożeniu sprzeciwu wywodzi ze sprzeczności zakwestionowanych zapisów z przepisami Ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz wprowadzenia wymogów wyłączających możliwość ubiegania się przezeń o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 29 grudnia 2009 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku protestu złożyła spółka pod firmą Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. Biorąc jednakże pod uwagę, iż zgodnie z art. 181 ust. 4 pkt 2) w zw. z art. 180 ust. 3 pkt 1) Ustawy – Prawo zamówień publicznych termin na przyłączenie się do protestu dotyczącego postanowień siwz wynosi w niniejszym postępowaniu 7 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, należy uznać, iż w związku z upływem tego terminu w dniu 22 grudnia 2009 roku, pismo zawierające przyłączenie się do postępowania wpłynęło po terminie, a zatem spółce pod firmą Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. nie można przyznać przymiotu uczestnika postępowania toczącego się na skutek protestu.

W ocenie zamawiającego wniesiony protest nie znajduje uzasadnionych podstaw i z uwagi na to podlega oddaleniu w całości. Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez protestującego wskazać należy w pierwszej kolejności, że zamawiający nie podziela stanowiska protestującego, iż raport walidacji procesu sterylizacji stanowi dokument zbędny do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wymaga, aby wchodzące w skład pakietu nr VI kompresy były jałowe (wysterylizowane). Zgodnie zaś z twierdzeniem samego wykonawcy, każdy proces sterylizacji powinien podlegać walidacji. W ocenie zamawiającego jako nietrafne należy zakwalifikować twierdzenia protestującego jakoby wymagany dokument nie stanowił potwierdzenia sterylności produktu. Skoro bowiem, jak twierdzi sam protestujący raport walidacji stanowi potwierdzenie, iż proces sterylizacji przebiega w sposób prawidłowy, ma odpowiednie działanie bakteriobójcze, jest niezawodny i powtarzalny, zaś z samej istoty przeprowadzania przedmiotowego procesu wynika, że

jego celem jest uzyskanie produktu jałowego, to zgodny z zasadami logicznego rozumowania jest wniosek, iż prawidłowe przeprowadzenie procesu sterylizacji (potwierdzone stosownym raportem walidacji) prowadzi do uzyskania w jego wyniku wyrobu sterylnego, a zatem spełniającego wymogi postawione przez zamawiającego w siwz. W związku z powyższym uznać wypada, iż postawiony przez zamawiającego warunek przedstawienia przedmiotowego dokumentu, jako potwierdzającego spełnianie przez wyroby oferowane przez wykonawców kryterium sterylności, jest uzasadniony.

Ponadto, odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, wypada podnieść, 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 opisanego 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 postawionego przez protestującego zarzutu jakoby Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. były jedynym podmiotem zdolnym do spełnienia wymogu dołączenia do oferty raportu walidacji procesu sterylizacji należy wskazać, iż twierdzenie to nie zostało w żaden sposób udowodnione czy choćby uprawdopodobnione. Co więcej, sam protestujący wskazał, iż przedmiotowy dokument może zostać przedłożony także przez wykonawców współpracujących z wymienioną spółką (na marginesie można zauważyć, iż nie ma przeszkód także, aby sam protestujący wszedł w kooperację z TZMO S.A. i choćby w ten sposób uzyskał możliwość przedłożenia stosownego raportu). Co za tym idzie zarzut ograniczenia konkurencji, w szczególności w świetle przywołanych powyżej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, należy uznać za chybiony. Podkreślenia wymaga również, iż, jak wynika z treści protestu, „każdy proces sterylizacji jest lub przynajmniej powinna zostać poddana walidacji”, co w ocenie zamawiającego przesądza o możliwości sporządzenia i doręczenia stosownego raportu walidacji przez każdy podmiot (a zatem także protestującego) dokonujący sterylizacji swoich wyrobów.

Z przedstawionych powyżej względów należy uznać, iż protest wniesiony przez Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. nie znajduje uzasadnionych podstaw, w związku z czym podlega oddaleniu w całości.

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 określone 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,
