

Poznań, dnia 11.01.2010 r.
WCO/EZ/____204____/2010

Protestujący:
Hand-Prod Sp. z o.o.
ul. Leszczyńskiego 40A
02-496 Warszawa

Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 154/2009 – Zakup i dostawa sprzętu medycznego sterylnego jednorazowego użytku, m.in. półmasek filtrujących, przyrządów do przetoczeń, elektrod wiązkowych do termoablacji, igieł typu Veresa, trokarów, strzykawek typu Luer-Lock, strzykawek do pomp infuzyjny (pakiet nr 13).

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU.

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający: **oddala protest** złożony przez spółkę pod firmą Hand-Prod Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **w całości**.

UZASADNIENIE:

Dnia 29 grudnia 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 154/2009 na zakup i dostawę sprzętu medycznego sterylnego jednorazowego użytku, m.in. półmasek filtrujących, przyrządów do przetoczeń, elektrod wiązkowych do termoablacji, igieł typu Veresa, trokarów, strzykawek typu Luer-Lock, strzykawek do pomp infuzyjny. Zamawiający umożliwił składanie ofert częściowych, którymi objęte były między innymi – w ramach pakietu nr XIII – rękawice chirurgiczne specjalistyczne sterylne, bezpudrowe.

W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia) w odniesieniu do pakietu nr XIII zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także zrozumiały przedstawił parametry, jakim powinny odpowiadać będące przedmiotem tej części zamówienia rękawice chirurgiczne.

Wobec postanowień siwz w dniu 05 stycznia 2010 roku protest wniosła spółka pod firmą Hand-Prod Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając

zamawiającemu sporządzenie siwz w sposób naruszający przepisy Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez:

- dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr XIII siwz w sposób niezgodny z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 19 czerwca 1996 roku (w proteście data wydania przedmiotowego rozporządzenia została błędnie określona na rok 1999) w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy przygotowywaniu, podawaniu i przechowywaniu leków cytostatycznych w zakładach opieki zdrowotnej, z uwagi na umieszczenie w przedmiotowym pakiecie rękawic chirurgicznych, będących wyrobem medycznym, z przeznaczeniem ich do pracy z lekami cytostatycznymi,
- dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr XIII siwz w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego wykonawcę i naruszenie przez to:
 - art. 7 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych,
 - art. 29 Ustawy – Prawo zamówień publicznych
 - art. 36 Ustawy – Prawo zamówień publicznych

Protestujący wniósł o o modyfikację treści siwz w zakresie pakietu nr 13 poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami przywołanego Rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 19 czerwca 1996 roku oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bez wskazania na konkretnego wykonawcę, w szczególności przez wykreślenie wymogu zaoferowania w pakiecie nr XIII rękawic trójwarstwowych, posiadających na mankiecie podłużne i poprzeczne wzmocnienia.

Protestujący wywiódł swój interes prawny we wniesieniu protestu z faktu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w razie prawidłowego działania zamawiającego.

W uzasadnieniu protestu Hand-Prod Sp. z o.o. wskazała, iż zgodnie z przepisami Rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 19 czerwca 1996 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy przygotowywaniu, podawaniu i przechowywaniu leków cytostatycznych w zakładach opieki zdrowotnej przy przygotowywaniu leków cytostatycznych należy stosować środki ochrony indywidualnej. W ocenie protestującego żądane przez zamawiającego rękawice chirurgiczne jako wyrób medyczny nie mogą być traktowane jako środki ochrony indywidualnej, co uzasadnia zarzut naruszenia przez zamawiającego

przepisów Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez błędne opisanie przedmiotu zamówienia.

Ponadto protestujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem przedmiot zamówienia opisany jest, zdaniem Hand-Prod Sp. z o.o. w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę, z uwagi na fakt żądania przez zamawiającego rękawic „(...) trójwarstwowych, posiadających na mankiecie podłużne i poprzeczne wzmocnienia”. Zgodnie z twierdzeniem protestującego wymóg ten nie jest uzasadniony obiektywnymi okolicznościami, zaś spełniają go jedynie „rękawice firmy Cardinal Healthcare, które są dystrybuowane przez firmę Skamex”.

W dniu 07 stycznia 2010 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku protestu złożyła spółka pod firmą Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi. 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 05 stycznia 2010 roku, pismo zawierające przyłączenie się do postępowania wpłynęło po terminie, a zatem spółce pod firmą Skamex Sp. z o.o. Sp. k. 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 żądane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rękawice chirurgiczne nie mogą stanowić środka ochrony indywidualnej. Nie kwestionując słuszności stanowiska protestującego odnośnie zakwalifikowania rękawic chirurgicznych do wyrobów medycznych na podstawie dyrektywy 93/42/EWG należy wskazać, iż fakt ten *per se* nie przesądza o niemożności wykorzystania ich do celów ochrony indywidualnej. Podkreślenia wymaga, iż protestujący w żaden sposób nie wykazał, że rękawice chirurgiczne nie mogą stanowić środków ochrony indywidualnej, nie wskazał także podstawy prawnej, na której opiera swoje twierdzenie. W związku z powyższym zamawiający wskazuje, iż niewątpliwie rękawice chirurgiczne spełniają wymogi zasadnicze opisem w przywołanym także w treści uzasadnienia protestu Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 roku w sprawie wymagań zasadniczych dla środków ochrony indywidualnej, w szczególności wymogi określone w § 31 ust. 1 przewidującym, iż „środki ochrony indywidualnej przeznaczone do zapobiegania kontaktowi

powierzchniowemu całego ciała użytkownika lub części ciała, w tym skóry i oczu, z substancjami niebezpiecznymi lub czynnikami zakaźnymi, powinny chronić przed przedostawaniem się lub przenikaniem tych substancji przez powłokę ochronną w przewidywanych warunkach używania.”, a także w § 5 ust. 1, który stanowi, że „środki ochrony indywidualnej mogą być wprowadzone do obrotu i stosowane wyłącznie, gdy chronią zdrowie oraz zapewniają bezpieczeństwo użytkownikom, nie stanowiąc zagrożenia dla zdrowia i bezpieczeństwa innych osób, zwierząt domowych oraz mienia, przy założeniu prawidłowej obsługi, a także użytkownikowi zgodnie z przeznaczeniem.” Dodatkowo wskazać należy, iż zgodnie z art. 2 pkt 4) Ustawy o wyrobach medycznych, jej przepisów nie stosuje się do środków ochrony indywidualnej, jednakże również przywołany zapis nie przekreśla możliwości używania wyrobów medycznych jako środków ochrony indywidualnej – w takim przypadku nie znajdują do nich zastosowania przepisy Ustawy o wyrobach medycznych, a przepisy regulujące wymogi dotyczące środków ochrony indywidualnej, w tym w szczególności przepisy cytowanego Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 roku. W związku z powyższym zamawiający uznaje zarzut błędnego opisanie przedmiotu zamówienia za nieuzasadniony.

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 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 postawionego przez protestującego zarzutu jakoby rękawice o parametrach wskazanych w siwz były oferowane wyłącznie przez jednego wykonawcę, którym jest Skamex Sp. z o.o. Sp. k. należy wskazać, iż twierdzenie to nie zostało w żaden sposób udowodnione czy choćby uprawdopodobnione przez protestującego. Co za tym idzie zarzut ograniczenia konkurencji, w szczególności w świetle przywołanych powyżej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, należy uznać za chybiony. Co więcej, zgodnie z informacjami posiadanymi przez Zamawiającego rękawice, o których wspomina Hand-Prod Sp. z o.o. w uzasadnieniu protestu posiada w swojej ofercie co najmniej kilku innych wykonawców – Novamed Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu czy Centrum Zaopatrzenia Medycznego i Weterynaryjnego „Centrowet-Cezal” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. W związku z powyższym nie można uznać, iż opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego w siwz wskazuje na produkty jednego wykonawcy naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z przedstawionych powyżej względów należy uznać, iż protest wniesiony przez Hand-Prod 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,
