

WYROK
z dnia 4 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, 02 – 097 Warszawa, ul. Banacha 1a** protestu z dnia **25 listopada 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**

U z a s a d n i e n i e

W odwołaniu (podobnie jak w proteście z dnia 25 listopada 2009 r.) wykonawca - Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z Warszawy zarzucił zamawiającemu –Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, uniemożliwiający złożenie oferty przez wykonawcę, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1- 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) (Pzp), art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211, z późn. zm.), art. 5 k.c. w zakresie czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) zgodnie z żądaniami sformułowanymi w uzasadnieniu oraz przedłużenie terminu składania ofert stosownie do treści art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, iż wobec oddalenia protestu podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w proteście, w szczególności zarzuty i żądania w nim przedstawione, wraz z uzasadnieniem. W jego ocenie stanowisko zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu nie zasługuje na uznanie z następujących przyczyn. Zdaniem wykonawcy, zamawiający (...) bardzo sprytnie scharakteryzował przedmiot zamówienia, co pozwoliło mu chociażby na przywołanie w rozstrzygnięciu modelu innych aparatów niż produkowanych przez Radiometer. Niemniej nadal opis ten można zdyskredytować, gdyż ewidentnie ma on na celu doprowadzenie do wyboru konkretnej oferty. Być może są na rynku urządzenia, które spełniają pojedyncze parametry, które wymienia zamawiający (rzeczywiście Nova BioMedical - model STAT Profile ma możliwość oznacza kreatyniny), ale z całą pewnością nie ma aparatu, który by spełniał wszystkie parametry naraz. Wspomniana Nova BioMedical - STAT Profile nie może być zaoferowana w niniejszym przetargu, z czego zamawiający doskonale zdaje sobie

sprawę, gdyż to urządzenie nie wykonuje chociażby pomiarów z powietrza. Innymi słowy, zamawiający dokonał takiego zestawienia warunków granicznych, że wszystkie naraz spełnia wyłącznie jeden analizator - ABL serii 800 firmy Radiometer(...). Dalej wykonawca podaje, iż nie mogą stanowić uzasadnienia dla tej jawnej dyskryminacji niskie koszty eksploatacji. (...) Przecież istotą trybów konkurencyjnych jest możliwość zakupu propozycji rzeczywiście najkorzystniejszej, także najtańszej. Dopiero w wyniku porównania kilku wariantów można ustalić, jaki jest obiektywnie najlepszy. Zamawiający nie może z góry zakładać, że poprzez opis, jakiego dokonał zakupu urządzenia, które gwarantują niskie koszty eksploatacji. Odwołujący jest w stanie udowodnić, że zakup sprzętu oferowanego przez spółkę Roche jest znacznie mniej kosztowny niż w przypadku Radiometer. Już, bowiem sama różnica w kosztach zakupu jest olbrzymia. Dlatego podtrzymując wnioski zawarte w proteście wykonawca żąda dokonania następujących zmian w załączniku nr 3 do SIWZ:

- wykreślenia z pkt. 2 Warunków granicznych wymogu oznaczania Kreatyniny przez 2 analizatory;
- zmiany wymogu pkt. 6 na „We wszystkich analizatorach muszą być dostępne następujące parametry wyliczane lub oznaczane: pęcherzykowo-tętnicze stężenie parcjalne tlenu, stężenie dwęglanów w osoczu, standardowe stężenie dwęglanów w osoczu, standardowy nadmiar zasad, aktualny nadmiar zasad, Het (oznaczany lub wyliczany), luka anionowa, Ca++ przy pH 7,4”;

Dodaje, że parametry wyliczane powinno się charakteryzować odpowiednikami w języku polskim, a nie skrótami angielskimi, które mogą być błędnie tłumaczone lub interpretowane. Ponadto skoro podaje się taki parametr jak luka anionowa, a nie np. AG od anion gap to nie ma powodu by inne parametry nie były również określone tak samo.

- wykreślenia wymogu próbki jakim ma być powietrze w pkt. 9 Warunków granicznych;
- wykreślenie pkt. 18 Warunków granicznych;

Żądając wykreślenia wymogu w pkt 9 (oznaczania próbki powietrza) jak również oznaczanie kreatyniny (pkt 2) wykonawca podaje, iż nie są to standardowe parametry oznaczane przez analizatory parametrów krytycznych. Na rynku istnieje tylko jedna firma oferująca takie urządzenie - jest nią Radiometr. Wspomniane parametry można oznaczać innymi metodami np. przy pomocy spirometru - powietrze, zaś kreatynina może być oznaczana metodą biochemiczną, dostępną w Laboratorium Centralnym.

Także wymaganie, co do trwałości elektrod, które to zamawiający poddał ocenie, jako jeden z parametrów określonych w załączniku nr 4 (pkt. 4) nie znajduje – zdaniem

wykonawcy - uzasadnienia, warunkującego utrzymanie wymogu określonego w pkt. 18 załącznika nr 3 do Formularza Oferty. Żądanie wykreślenia pkt18 jest podyktowane faktem, że według wiedzy wykonawcy jedynie Radiometr oferuje elektrody o trwałości minimum 24 miesiące - a nawet 3 lata. Zwraca uwagę, że zamawiający znowu sprytnie eliminuje sprzęt odwołującego wskazując na „trwałość”, a nie na „gwarancję” elektrod. Otóż oferowane przez odwołującego elektrody są elektrodami bezobsługowymi, tzn. nie wymagają okresowej wymiany membran ani uzupełniania płynów, co z kolei upraszcza czynności obsługowe personelu pracującego z analizatorem. Elektrody w aparatach Radiometer są trwalsze, ale tylko dlatego, że regularnie należy w nich wymieniać membrany. Zatem w przypadku analizatorów Roche, zamawiający dokona prostej czynności obsługowej raz na 12 miesięcy lub półtora roku w zależności od rodzaju elektrody. Zaś w przypadku Radiometra będzie musiał regularnie wymieniać membrany, w przypadku elektrod glukozowej i mleczajowej dodatkowo uzupełniać elektrolit, co nie zmienia faktu, że w przypadku konieczności, zamawiający nie uniknie przeprowadzenia czynności związanych z wymianą całej elektrody. Wykonawca stwierdza również, że zamawiający całkowicie wyeliminował konkurencję w niniejszym przetargu. Wymaga dostawy jednego konkretnego urządzenia, co jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, stanowiącej fundament systemu zamówień publicznych w całej Unii Europejskiej. Podaje także, że przy takich warunkach granicznych SIWZ wykonawca nie ma możliwości złożenia oferty, pomimo że dysponuje analizatorem, który z powodzeniem nadaje się do wykorzystania przez Zamawiającego z punktu widzenia celu niniejszego postępowania. Dlatego żąda dokonania zmian w załączniku nr 3 do SIWZ:

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający oddalając protest podał, że wbrew twierdzeniom wykonawcy, określenia i warunki graniczne użyte w SIWZ ani nie wskazują na wykonawcę zamówienia, ani nie naruszają wskazanych przez wykonawcę regulacji prawnych. Przedstawione warunki określają potrzeby zamawiającego mające na celu zapewnienie właściwej opieki pacjentom w stanie zagrożenia życia z Oddziałów Intensywnej Opieki Medycznej i monitorowanie pacjentów w czasie i po operacjach na otwartym sercu z Oddziału Kardiochirurgii. To potrzeby kliniczne zadecydowały o takim, a nie innym panelu wymaganych badań. Możliwość uzyskania wyniku wyspecyfikowanych parametrów w tym oznaczenia stężenia kreatyniny /do 2 - 3 minut/ jest korzystne dla prowadzonego postępowania leczniczego. Nie ma potrzeby pobierania dodatkowej próbki krwi, która pogłębia niedokrwistość występującą w tej populacji pacjentów. Ponadto nie jest też konieczne zużycie dodatkowych probówek w celu wykonania badania w laboratorium, czyli nie wiąże się z ponoszeniem dodatkowych kosztów. Ujednolicenie aparaturowe i odczynnikowe zapewnia zarówno możliwość uzyskania niższej ceny jak też zapewnia przemieszczanie odczynników pomiędzy użytkownikami a tym samym ich racjonalniejsze

wykorzystywanie, co też jest korzystne dla zamawiającego. Wskazał również, iż zarzut co do pkt 2 warunków granicznych - wymogu oznaczania kreatyniny przez 2 analizatory jest chybiony, gdyż wymagany przez zamawiającego panel badań jest możliwy do wykonania nie tylko w analizatorach firmy Radiometr albowiem może on być także realizowany w analizatorach innych firm np. Nova Biomedical np. w STAT Profile 800. Co do zmiany wymogu pkt. 6 warunków granicznych, uznając żądanie za niezasadne podał, że użyte skróty, są powszechnie znane i używane w Polsce. Nie zgodził się również na wykreślenie wymogu próbki jakim powinno być powietrze w pkt. 9 Warunków granicznych, albowiem w ocenie zamawiającego, spirometr nie służy do wykonywania analizy gazów w powietrzu wydechowym. Nie wyraził również zgody na wykreślenie pkt 18 Warunków granicznych „Trwałość elektrody referencyjnej, elektrolitowych i gazowych minimum 24 miesiące” . W tym przypadku podaje, że krótsza żywotność elektrod jest niekorzystna dla Zamawiającego, wiąże się z koniecznością ponoszenia kosztów częstszego ich zakupu i według jego wiedzy na rynku dostępny jest analizator z okresem trwałości elektrod nawet 3 letnim.

Krajowa Izba Odwoławcza kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty dotyczące Warunków granicznych dla analizatora objętego przedmiotem zamówienia (załącznik nr 3 do formularza oferty) w zakresie punktu 2, co do wymogu pomiaru kreatyniny przez dwa analizatory i pkt 9, co do wymogu pomiaru powietrza - z żądaniem ich wykreślenia, skład orzekający izby zważywszy na argumentację wykonawcy stwierdził niezasadność tych zarzutów.

W tym przypadku wykonawca, w toku rozprawy podniósł, iż takie wymagania nie znajdują uzasadnienia, albowiem mogą być one spełnione zdaniem wykonawcy tylko przez urządzenie firmy Radiometer w sytuacji, gdy wymagania standardowe dla urządzenia objętego zamówieniem nie uzasadniają takich warunków. Na poparcie tych zarzutów dowodził, iż takie oznaczenia (pomiar) można wykonać poza analizatorem np. w laboratorium zamawiającego, a w przypadku próbki powietrza wymaganą funkcję można zastąpić innym niezależnym urządzeniem, albowiem takie urządzenie powinno stanowić standardowe wyposażenie bloku operacyjnego. Na poparcie stanowiska wskazał na wymagania sprzętowe określone w załączniku do rozporządzenia ministra zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i

sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej podkreślając, iż urządzenia w jakie muszą być wyposażone bloki szpitalne oraz stanowiska pozwalają zamawiającemu w sposób alternatywny wykonywać sporne oznaczenia np. poprzez kapnograf, w który powinno być wyposażone stanowisko intensywnej terapii. Ponadto wykonawca, w toku rozprawy, powołując się na literaturę medyczną dowodził, że zamawiający nie uprawdopodobnił twierdzeń związanych z warunkiem granicznym związanym z potrzebą oznaczania kreatyniny w czasie zabiegu operacyjnego w krótkim czasie, albowiem co prawda w obecnej praktyce klinicznej, ostra niewydolność nerek zwykle diagnozowana jest na podstawie wyniku dla pomiaru stężenia kreatyniny w surowicy, jednakże poziom stężenia kreatyniny w surowicy może pozostawać nie zmieniony, a ponadto poziom stężenia kreatyniny w surowicy niedokładnie wyraża funkcjonowanie nerek, dopóki nie osiągnie stanu stabilności, co może potrwać kilka dni. Dalej, powołując się na opinię konsultanta wojewódzkiego w dziedzinie kardiologii, wykonawca jako uzasadnienie do kwestionowania tego warunku podał, iż w Instytucie Kardiologii na Oddziale Intensywnej Opieki Pooperacyjnej u pacjentów poddawanych dializoterapii, kreatyninę oznacza się raz dziennie. Powołał się również na opinię kierownika Katedry i Anestezjologii Intensywnej Terapii Szpitala Uniwersyteckiego im. Dr A. J. w Bydgoszczy z której wynika, iż analizator parametrów krytycznych testowany w okresie od 10 czerwca 2009 r. do 10 lipca 2009 r. w tym szpitalu uzyskał pozytywną ocenę użytkownika. Wykonawca wskazał również na postępowania, których był uczestnikiem i w których jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, albowiem jego oferta przedstawiała najniższą cenę, a cena była jedynym kryterium wyboru (100 %). W świetle powyższych argumentów, zdaniem wykonawcy, ustalone wymagania dla urządzenia z taką zintegrowaną opcją funkcjonalności, które może być spełnione przez jednego dostawcę stanowi naruszenie art. 7 ust.1 i art.29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.)

W odniesieniu do pkt 6 Warunków granicznych zarzut nie został podtrzymany. Natomiast w zakresie pkt 18 tych warunków odwołujący, nie kwestionując możliwości spełnienia warunku, co do trwałości elektrod przez inne firmy niż firma Radiometer, jednakże żądając jego wykreślenia - podkreślał korzyści organizacyjne i ekonomiczne dla zamawiającego wynikające z zastosowania urządzenia firmy Roche z trwałością elektrod od 12 do 18 miesięcy, znacznie przewyższające te, które wymagał zamawiający z czasookresem co najmniej 24 miesięcy.

Mając powyższe ustalenia na względzie oraz przepisy prawa zamówień publicznych, skład orzekający Izby przede wszystkim stwierdza, że w przypadku zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane

istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta. W takim wypadku celem takiego opisu przedmiotu zamówienia nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia (produktu) odpowiadającego jego potrzebom. Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych i jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia, trudnych bądź wręcz niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim umożliwić dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku 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. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. Wymaga także podkreślenia, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do podporządkowania dokonywanych zamówień wyłącznie interesom wykonawców i tym samym narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, prowadziłoby do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych zadań, nie dając pogodzić się z podstawowym celem ustawodawcy wyrażonym w przywołanych przepisach. Zdaniem składu orzekającego Izby, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający działając na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, wyspecyfikował przedmiot zamówienia podając niezbędne wymagania techniczne i funkcjonalne, nie wskazując ani znaków towarowych, ani konkretnych produktów lub producentów. Obiektywnym uzasadnieniem dla określenia spornych warunków granicznych są w przekonaniu Izby potrzeby kliniczne zamawiającego. Tak jak wskazał zamawiający, Centralny Szpital Kliniczny jest jedynym zakładem opieki medycznej na obszarze województwa mazowieckiego, w którym wykonywane są operacje kardiochirurgiczne u pacjentów z niewydolnością nerek. Ta populacja chorych powoduje, że sporne oznaczenia muszą być wykonywane niezwłocznie bezpośrednio w oddziale kardiochirurgicznym i urządzenie z wymaganą opcją umożliwia, tak np. co do kreatyniny - wykonanie takiego pomiaru (do 2 min.), szczególnie w tych sytuacjach gdy w czasie operacji może wystąpić uszkodzenie nerek. Inna metodologia oznaczania próbki - proponowana i de facto wymagana przez odwołującego się – przekracza 0,5 godziny.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie ciężar udowodnienia spoczywał na wykonawcy, który domagał się zmiany postanowień SIWZ jako naruszających przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednakże takie dowody nie zostały przez wykonawcę przedstawione. W tym przypadku wykonawca odwoływał się de facto wyłącznie tylko do swego przekonania, wskazując na standardowe urządzenia w które powinien być wyposażony szpital i które w jego ocenie, dając możliwość wykonywania wymaganych badań poza danym blokiem operacyjnym, czy stanowiskiem nie uzasadniają nabycia przez zamawiającego analizatora ze zintegrowanymi funkcjami.

Izba stwierdza również, że argumenty dotyczące rekomendacji urządzenia firmy Roche przez inny szpital, w którym testowane było to urządzenie, a także dotychczasowe uczestnictwo wykonawcy w innych postępowaniach o zamówienie publiczne i wybór oferty Roche jako najtańszej, z oczywistych względów nie zostały uwzględnione, albowiem nie dotyczą one meritum sprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego spornego warunku trwałości elektrod, wobec argumentacji wykonawcy, co do korzyści organizacyjnych i ekonomicznych dla zamawiającego wynikające z zastosowania urządzenia firmy Roche a jednocześnie przy braku możliwości spełnienia wyżej wskazanych funkcjonalnych warunków granicznych przez analizator tej firmy, skład orzekający Izby oddalił ten zarzut, mając na względzie odpowiednio przepis art. 191 ust.1a Pzp i uznając, iż nawet w przypadku uwzględnienia tego zarzutu pozostaje to bez wpływu na wynik tego postępowania.

W kontekście argumentów rozważonych, skład orzekający Izby uznał, iż brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku wykonawcy o zmianę treści SIWZ w kwestionowanym przez wykonawcę zakresie, a tym samym zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych nie mogły być uwzględnione. Tym samym żądanie przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 12a ustawy jak również alternatywne żądanie o unieważnienie tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało uznać za bezprzedmiotowe.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....