

**WYROK**

**z dnia 8 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś  
Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medtronic Poland Sp. z o. o., ul Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny, ul. Marszałkowska 24, 00-576 Warszawa** protestu z dnia 13 marca 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie.**
- 2. Nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozycji 3 (odpowiednik poz. 1a po modyfikacji z dnia 18 marca 2009 r.) – system otwarty dla wkłuc, możliwość użytkowania wkłuc innych producentów, przez wprowadzenie przyznawania zróżnicowanej ilości punktów w zależności od ilości (zestawów infuzyjnych) wkłuc innych producentów, które mogą być stosowane do oferowanego modelu pompy przez złącze Luer – lock oraz w zależności od ilości rodzajów oferowanych (zestawów infuzyjnych) wkłuc, które mogą być stosowane do oferowanego modelu pompy, niezależnie od rodzaju złącza, przy zachowaniu punktacji całkowitej w danym pokryterium, nie przekraczającej 10 punktów.**

**3. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny, ul. Marszałkowska 24, 00–576 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Medtronic Poland Sp. z o. o., ul Ostrobramska 101, 04–041 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny, ul. Marszałkowska 24, 00–576 Warszawa** na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o. o., ul Ostrobramska 101, 04–041 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o. o., ul Ostrobramska 101, 04–041 Warszawa**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup wraz z sukcesywną dostawą pomp insulinowych dla dzieci (Dz. Urz. UE 2009/S 41–059561 z 28.02.2009 r. ), w dniu 13 marca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Medtronic Poland Sp. z o.o. z Warszawy. Protest dotyczył postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 28 lutego 2009 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Dziecięcemu Szpitalowi Klinicznemu w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 24 naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 Nr 171, poz. 1058), to jest:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 1 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i stanowiący nierówne traktowanie wykonawców,
- 2) art. 22 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez błędne opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodny z przepisami ustawy opis sposobu oceny spełniania tych warunków,
- 3) art. 25 ust. 1 i art. 26 ustawy, przez żądanie dokumentów nie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.),
- 4) art. 27 ust. 1 i 2 ustawy, przez brak ustalenia sposobu kontaktowania się zamawiającego z wykonawcami, co pozostaje w sprzeczności z powołanym przepisem,
- 5) art. 91 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, przez błędne ustalenie kryteriów oceny ofert i błędny opis sposobu oceny ich spełniania, w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia,
- 6) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) modyfikację postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części nr 1, przez eliminację elementów uniemożliwiających uczciwą konkurencję,
- 2) modyfikację opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tak aby był zgodny z ustawą i rozporządzeniem o dokumentach,
- 3) modyfikację opisu kryteriów oceny ofert, tak aby był zgodny z ustawą w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
- 4) ustalenie sposobu komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, zgodnie z art. 27 ustawy,
- 5) ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący przytoczył następującą argumentację.

I. Wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej, gdyż wadliwe postanowienia specyfikacji, mogą uniemożliwić złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Interes prawny wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu, doznaje uszczerbku, z powodu dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca.

Odwołujący oświadczył, że jest jednym z czołowych w Polsce dostawców sprzętu medycznego i uniemożliwienie mu złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, traktuje jako naruszenie podstawowych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. Zdaniem odwołującego, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie części nr 1 w sposób nie tylko utrudniający, ale wręcz uniemożliwiający uczciwą konkurencję. Jako utrudnienie uczciwej konkurencji, wskazał zarówno opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy jak i ograniczenie dostępu do realizacji zamówienia przez innych wykonawców. Przy takim opisie przedmiotu zamówienia ofertę zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może złożyć wyłącznie jeden wykonawca, pozostali wykonawcy oferujący produkty, będące przedmiotem zamówienia nie mogą złożyć ofert. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w załączniku nr 1A do SIWZ, Zamawiający w zakresie zadania nr 1 wymaga przy programowaniu dokładności  $< 0,1$  j/bolus. Funkcje programowania poniżej 0, 1 jednostki ma tylko jeden producent, Firma Deltec, która jest częścią koncernu medycznego Smiths Medical, nazwa pompy insulinowej to Deltec Cozmo, dystrybutorem w Polsce jest AKME Sp. z o.o. Zgodnie z informacjami zawartymi na podanej stronie internetowej, firma AKME od 1992 roku jest wyłącznym, autoryzowanym dystrybutorem brytyjskiego producenta sprzętu medycznego Smiths Medical, reprezentującego tak znane marki jak: Portex, Medex, Bivona, Deltec, BCI, Level 1, CADD oraz Wallace, jak również jest dystrybutorem sprzętu medycznego produkowanego przez firmy Redax i Timesco. Pozostali dostawcy na rynku polskim oferują pompy insulinowe z dawkowaniem tzw. bolusa z przyrostem co 0,1 j. Brak jest dowodów naukowych na to, że pompy z dawkowaniem tzw. bolusa z przyrostem  $< 0,1$  j. dają lepsze wyniki w terapii. Pompy z dawkowaniem tzw. bolusa z przyrostem co 0,1 j. są powszechnie stosowane, czego dowodem może być fakt, iż w latach 2002 -2005 r., pompy takie kupowane były dla małych dzieci (około 800 pomp) w ramach działań Wielkiej Orkiestry Świątecznej Pomocy. Środowisko lekarskie w całej Polsce nie kwestionowało przydatności tego typu urządzeń w terapii małych dzieci. Sposób opisu przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1 A do SIWZ, w odniesieniu do programowania pompy jest całkowicie niezgodny z przepisami ustawy i ustaloną linią orzeczniczą. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydawnictwo UZP, stwierdza się, że zakaz, dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający

uczciwą konkurencję zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń, czy parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Analogiczne stanowisko zajmuje w swoim komentarzu do ustawy Jerzy Pieróg, pisząc, że ustawa wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Podobnie wypowiadają się G. Wicik i P. Wiśniewski w swoim komentarzu „z pośrednią dyskryminacją lub uprzywilejowaniem sensu stricto stykamy się wtedy, gdy zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt.” Dlatego zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zespołów arbitrów zamawiający, przy opisie przedmiotu zamówienia, powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Odwołujący przytoczył szereg orzeczeń zespołów arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzających jednolite przyjmowanie powyższych poglądów w praktyce orzeczniczej.

III. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wskazać w SIWZ opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W SIWZ umieszczonej na stronie internetowej, zamawiający ograniczył się do przepisania treści art. 22 ust. 1 ustawy. Jest to nieprawidłowy opis warunków udziału w postępowaniu, co potwierdzają orzecznictwo i doktryna. Przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 można nazwać blankietowymi, gdyż właściwą treść powinien nadać zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powinien zawsze sprecyzować swoje oczekiwania w zakresie kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy, a także w zakresie oczekiwań sprzętowych i kadrowych. Powinien też sformułować konkretne warunki finansowe, które według niego pozwolą na podjęcie się przez wykonawcę realizacji zamówienia, a także konkretne wskaźniki ekonomiczne, które umożliwią dokonanie oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Należy zaznaczyć, iż ustalanie wszelkich granicznych warunków podmiotowych, które powinni spełniać wykonawcy, zawsze musi być ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia. Czasami więc nie wszystkie warunki spośród wymienionych w art.

22 ust. 1 pkt 2 i 3 będą precyzowane, gdyż np. w zamówieniu na dostawy, zamawiającego może w ogóle nie interesować sytuacja kadrowa czy kwalifikacje i doświadczenie wykonawcy. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 259/08) wskazuje „przepisy art. 22 Pzp określają ustawowe warunki udziału wykonawców w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek określić warunki w prowadzonym postępowaniu w sposób właściwy dla przedmiotu zamówienia, w taki sposób, by mógł zapewnić sobie odpowiedni efekt w postaci roboty budowlanej, usługi czy dostawy. W przeciwnym razie, gdyby SIWZ nie wymieniała rodzaju wymogów dla wykonawców, to każdy w sposób dowolny, zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp mógłby wykazywać istnienie przesłanek z tego przepisu.”

IV. Za równie nieprawidłowe i sprzeczne z ustawą odwołujący uznał postanowienia SIWZ dotyczące dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

1) w pkt 1.2 lit.b w zw. z pkt K.1 lit g, zamawiający żąda przedłożenia pełnomocnictwa na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu; nie jest to jednak dokument potwierdzający sytuację podmiotową wykonawcy, więc powinien znaleźć się w innej części SIWZ. Ponadto Zamawiający dopuszcza pełnomocnictwo w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem nie określając kto jest uprawniony do dokonania potwierdzenia, co pozwala na wnioskowanie, iż może tej czynności dokonać wykonawca. Jest to niezgodne z przepisami ustawy Prawo o notariacie. Organem wyłącznie uprawnionym do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem jest notariusz. Rozporządzenie o dokumentach zawiera w tym zakresie jedyne wyjątki, jednakże pełnomocnictwo nie jest wymienione w przepisach rozporządzenia, a więc nie stosuje się do niego przepisu rozporządzenia w sprawie dokumentów, dopuszczającego potwierdzanie za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotowych przez wykonawcę,

2) w pkt 1.2 lit. b zamawiający żąda, aby na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy złożyli kopię dokumentu wadium, nie jest to jednak dokument potwierdzający sytuację podmiotową wykonawcy, więc powinien znaleźć się w innej części SIWZ,

3) ponieważ zamawiający nie skonkretyzował warunków podmiotowych, nie może żądać na potwierdzenie ich spełniania dokumentów wymienionych w rozporządzeniu o dokumentach, tymczasem w pkt 1.2 lit. e Zamawiający żąda: wykazu wykonanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim

rodzajem i wartością dostawom stanowiących przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 3 SIWZ "wykaz dostaw." Jest to nieuprawnione żądanie, gdyż nie zostało określone kryterium spełniania tego warunku; w tej sytuacji żądanie przez zamawiającego przedstawienia wykazu jest bezprzedmiotowe, co potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5 kwietnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-368/07), stwierdzający, że zamawiający nie opisał warunku odnoszącego się do doświadczenia, a w konsekwencji również sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku. Zamawiający zażądał natomiast załączenia do ofert dokumentu w postaci "wykazu usług o przedmiocie i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia," który w żaden sposób nie został powiązany z postawieniem warunku udziału w postępowaniu. (...). W tym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, biorąc pod uwagę treść SIWZ, niemożliwym jest ustalenie jednoznacznej treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia."

4) w pkt 1.2 f SIWZ, zamawiający żąda: informacji banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jest to analogiczna sytuacja jak w poprzednim punkcie; skoro zamawiający nie określił kryterium spełniania warunku, to brak jest podstaw do żądania dokumentu, który miałby potwierdzać spełnienie warunku.

V. Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy sformułował również system kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Zamawiający określa w SIWZ opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W załączniku nr 2 do SIWZ, zamawiający podał jedynie rozwinięcie kryterium "ocena walorów użytkowych pomp," podając wartości punktowe, jakie będą przyznawane w tym kryterium, ale nie podał w jaki sposób będą one przyznawane. Nie podał również źródeł badanych danych np. w odniesieniu do podkryterium "awaryjność pomp", co jest warunkiem koniecznym do tego, aby kryterium było zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą uczciwej konkurencji. Zamawiający ma obowiązek określając kryteria oceny ofert, podać jakie dane przyjmie do porównania i na jakiej podstawie będzie dokonywał tego porównania. Zdaniem odwołującego, trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której miałyby się to odbywać w oparciu o oświadczenia złożone przez wykonawców, bez wskazania porównywalnych i obiektywnych

źródeł. Taki sposób sformułowania kryteriów oceny ofert powoduje, iż Zamawiający nie jest w stanie dokonać porównania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest w stanie wybrać oferty najkorzystniejszej. Postępowanie ma na celu doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród złożonych przez uczestników postępowania. Wybór następuje zatem w oparciu o ustalone kryteria, co potwierdza przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przy dokonywaniu wyboru oferty stosuje się wyłącznie zasady i kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyraz "kryterium" oznacza "miernik służący za podstawę oceny" (Słownik Wyrazów Obcych, PWN 1996). Tym samym zamawiający ma obowiązek nie tylko jasno i precyzyjnie określić policzalne kryteria oceny ofert, ale także podać jakie podstawy przyjmie dla porównania informacji zawartych ofertach wykonawców. Potwierdza to doktryna, w powszechnie znanych i publikowanych poglądach zawartych w komentarzach do ustawy prawo zamówień publicznych, w zakresie zasad ustalania kryteriów oceny ofert.

VI. Błędnie sformułowane są również pozostałe podkryteria:

- a) podkryterium - ilość sprzedanych pomp od czasu rejestracji w Polsce, nie może stanowić kryterium oceny ofert, ponieważ odnosi się do właściwości wykonawcy, czyli stanowi kryterium podmiotowe, co jest zakazane w myśl przepisu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej,
- b) podkryterium - system otwarty dla wkluc - możliwość użytkowania wkluc innych producentów. Po pierwsze wymaganie to jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ wykonawca dopuszczając możliwość użytkowania wkluc innych producentów, aby nie utracić 10 pkt w tym zakresie oceny ofert, będzie zmuszony wziąć odpowiedzialność za wyrób, którego nie jest producentem (dostawcą). Nie może jednak brać odpowiedzialności za ewentualne negatywne skutki, jakie mogą wyniknąć dla pacjenta z faktu używania wkluc innego producenta. Po drugie takie rozwiązanie jest niekorzystne dla zamawiającego, gdyż w takim przypadku wykonawca nie może, lub co najmniej nie powinien, udzielić gwarancji na pompę, w sytuacji, gdy nie będą stosowane wklucia oryginalne. Po trzecie jest to kryterium niezgodne z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia,



c) podkryterium – „ilość punktów serwisowych” - zamawiający nie określił czy mają to być punkty w Warszawie czy na terenie całego kraju oraz jakie wymagania formalno -techniczne ma spełniać taki punkt (czas pracy, dostępność, wyposażenie techniczne), jest to również kryterium niezgodne z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp,

d) podkryterium – „okres gwarancji” - wymaganie co najmniej 48 miesięcznej gwarancji i przyznawanie dodatkowych punktów za dłuższą gwarancję jest niekorzystne dla Zamawiającego, ponieważ zgodnie z Zarządzeniem Nr 106/2008/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 26 listopada 2008 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju świadczenia zdrowotne kontraktowane odrębnie, pompa może być wymieniana raz na 4 lata, więc wymaganie dłuższej gwarancji pompy jest nieekonomiczne gdyż gwarancją zostaną objęte pompy już nie używane, a poza tym przełoży się na wyższe ceny oferowanych pomp, zwłaszcza w kontekście wymagania przez zamawiającego co najmniej 10 letniego serwisu pogwarancyjnego.

VII. Zamawiający ustalił 60 dniowy termin zapłaty. Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.) jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Jest to świadome łamanie zasad dyscypliny finansów publicznych nakazujących terminowe regulowanie zobowiązań i unikanie zapłaty kar umownych oraz odsetek ustawowych za nieterminowe regulowanie zobowiązań.

VIII. Zamawiający zaniechał, wbrew dyspozycji norm wynikających z przepisów art. 27 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, określenia sposobu porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, pomimo, że jest to konieczne dla prawidłowego i sprawnego prowadzenia postępowania.

IX. Wszystkie wskazane powyżej uchybienia, w ocenie odwołującego, skutkują koniecznością dokonania zmian SIWZ. Jeżeli jednak zamawiający kontynuowałby postępowanie, mimo ewidentnych nieprawidłowości w postanowieniach SIWZ i nawet doprowadziłby do zawarcia umowy, to byłaby ona nieważna z mocy samego prawa na

podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. Podkreślił, iż udzielenie zamówienia, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, zm. Dz. U. Nr 249, poz. 2104).

Pismem doręczonym 20 marca 2009 r. zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutów: Ad. III i IV - opisu oceny spełnienia warunków udziału a postępowaniu dotyczących pkt I.1; pkt 1.2 lit. b w związku z pkt K.1 lit.g; pkt 1.2 lit. e oraz pkt 1.2. lit. f SIWZ.

Ad. V i VI - opisu kryteriów oceny ofert określonych w załączniku nr 2 do SIWZ, dotyczących awaryjności pomp, ilości sprzedanych pomp do czasu rejestracji w Polsce, ilości punktów serwisowych, okresu gwarancji.

Ad. VII - określenia terminu zapłaty.

Ad. VIII - braku określenia sposobu komunikacji między zamawiającym a wykonawcami. Podał, że sposób porozumiewania się z wykonawcami został określony w punkcie A5 SIWZ „opis sposobu udzielania wyjaśnień do SIWZ.”

W zakresie uwzględnionych zarzutów protestu, zamawiający zapowiedział dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ.

Zamawiający oddalił natomiast protest, w zakresie zarzutów podniesionych w punktach:

Ad. II – w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego postanowień SIWZ, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – części 1. Wyjaśnił, że w tym zakresie specyfikacja jest zgodna z załącznikiem nr 3 do zarządzenia nr 106/2008DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 26 listopada 2008 r., którego postanowień musi przestrzegać, dotyczącego leczenia dzieci poniżej 6 roku życia, z zastosowaniem pompy z możliwością skokowej regulacji dawki o mniej niż 0,1 jednostki insuliny oraz dzieci starszych z zapotrzebowaniem dobowym nie większym niż 20 jednostek insuliny. Przytoczoną przez odwołującego argumentację, zamawiający uznał za nieadekwatną do protestu związanego z warunkami przetargu, gdyż producent sprzętu nie jest uprawniony do wypowiedzania się na tematy dotyczące leczenia. Powołał się na okoliczność, że w Unii Europejskiej są zarejestrowane 3 osobiste pompy insulinowe niezależnych producentów, które spełniają łącznie postawione kryteria. Przetarg obejmuje 2 części, zatem odwołujący ma możliwość złożenia oferty na część drugą zamówienia i uczestniczenia w przetargu. W związku z

powyższym, zamawiający podtrzymał wymóg regulacji dawki o mniej niż 0,1 jednostki insuliny.

Ad. VI b. – opisu podkryterium oceny ofert „system otwarty dla wkłuc – system otwarty dla innych producentów pomp” w zał. nr 2 do SIWZ – „ocena walorów użytkowych pomp.” System otwarty sprowadza się do możliwości zamiennego stosowania wkłuc, niezależnie od producenta pompy insulinowej. Poprawia jakość użytkowania sprzętu i został wprowadzony dla dobra pacjenta oraz ze względów medycznych. Dlatego też został ujęty w pakiecie oceniającym walory użytkowe sprzętu. Jednym z powikłań w terapii „pompowej” są odczyny skórne na wkłucia instalowane do tkanki podskórnej, a postępowaniem medycznym przy w/w powikłaniu jest właśnie zmiana wkłucia. Dzięki systemowi otwartemu, pacjent ma większy wybór i możliwości stosowania takich wkłuc, które nie będą powodować odczynów skórnych. Odczyny mogą wystąpić nawet po kilku miesiącach od rozpoczęcia terapii przy pomocy pompy insulinowej, co w konsekwencji może stanowić powikłanie znacznie utrudniające leczenie.

W odwołaniu wniesionym w dniu 27 marca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, odwołujący podtrzymał następujące zarzuty protestu:

- 1) naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 91 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, przez błędne ustalenie kryteriów oceny ofert i błędny opis sposobu oceny ich spełnienia,
- 3) innych przepisów wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący podtrzymał żądania:

1. nakazania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez eliminację postanowień uniemożliwiających uczciwą konkurencję w zakresie części 1,
2. nakazanie modyfikacji opisu kryteriów oceny ofert, aby pozostawał zgodny z ustawą Pzp ( w odniesieniu do części 1 i 2 ),
3. ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów protestu, odwołujący powołał się na uszczerbek interesu prawnego, jakiego doznał wskutek czynności podjętych przez zamawiającego, które uniemożliwiają złożenie oferty na część 1 i 2 zamówienia, na równych zasadach z innymi producentami tego sprzętu i z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Na poparcie swego stanowiska, w zakresie żądania zmiany opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący przytoczył tą samą argumentację, jaką zawarł w pkt II zarzutów protestu.

Dodatkowo powołał się na okoliczność, że oferowana przez niego pompa Paradigm ma funkcję programowania podawanej dawki insuliny, z możliwością skokowej regulacji o mniej niż 0,1 jednostki ale w bazie, a nie w bolusie. Powołane przez zamawiającego zarządzenie nr 106/2008/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 26 listopada 2008 r., nie podaje gdzie regulacja wymaganego dawkowania ma przebiegać – w bazie, czy w bolusie. Natomiast w odniesieniu do żądania zmiany kryteriów oceny ofert (w podkryterium systemu otwartego, możliwości użytkowania włączyć innych producentów), odwołujący podtrzymał uzasadnienie zawarte w punkcie VI. b protestu. Podniósł, że jeżeli wkłucia mają pochodzić od innego producenta niż wytwórcy pomp, nie jest w stanie udzielić gwarancji na pompy, w sytuacji gdy nie będą stosowane wkłucia oryginalne. Odwołujący wywodził, że utrzymanie zakwestionowanych warunków SIWZ, doprowadzi do nieważności zawartej umowy o realizację przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacją z dnia 18 marca 2009 r.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Termin składania ofert został przez zamawiającego wyznaczony na 9 kwietnia 2009 r. godz. 10:00.

Zamawiający zmodyfikował w dniu 18 marca 2009 r. postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, publikując je następnie na stronie internetowej, uwzględniając zmiany w zakresie uznanych zarzutów protestu odwołującego. Na dokonaną modyfikację SIWZ następny protest złożył odwołujący oraz firma Aero Medika Sp. z o.o. z Warszawy.

W zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania, Izba ustaliła co następuje.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, stanowi.

Punkt B – przedmiotem zamówienia jest zakup wraz z sukcesywną dostawą pomp insulinowych dla dzieci do filii Samodzielnego Publicznego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Warszawie przy ul. Działdowskiej 1.

Punkt H – pakiet nr 1 obejmuje pompy insulinowe dla dzieci poniżej 6 roku życia, w ilości 100 sztuk. Pakiet nr 2 obejmuje pompy insulinowe dla dzieci od 6 do 18 roku życia, sztuk 220. Przedmiot zamówienia musi być fabrycznie nowy. Wykonawca dostarczy przedmiot umowy kompletny i gotowy do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów. Pompy insulinowe muszą spełniać wymogi Dyrektywy 93/42/EEC dotyczącej wyrobów

medycznych oraz ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 ze zm.). Ponadto wyrób musi być zgodny z wymaganiami zasadniczymi wyrobu, na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie klasyfikowania wyrobów medycznych różnego przeznaczenia (Dz. U. Nr 100, poz. 1027 ze zm.). W punkcie I.3 SIWZ zamawiający wymagał przedłożenia deklaracji zgodności, wystawionej przez producenta, zgodnej z dyrektywą 93/42/EEC i ustawą z 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych oraz certyfikatu CE, wystawionego przez jednostkę notyfikowaną dla przedmiotu zamówienia.

Pkt M.2 kryteria oceny ofert:

Cena oferty – waga – 60%,

Ocena walorów użytkowych pompy – waga 40% (sposób oceny w powyższym kryterium zawiera załącznik nr 2 do SIWZ).

Załącznik nr 2 do SIWZ – ocena walorów użytkowych pompy podaje – parametry oceniane, pozycja 1 parametry techniczne:

a) system otwarty dla wkluć innych producentów – punktacja TAK – 15 punktów / NIE – 0 pkt,

b) kalkulator bolusa – zintegrowany z pompą - 10 pkt, zewnętrzny 5 pkt, brak – 0 pkt, maksymalna punktacja 25 punktów.

Załącznik nr 2 do SIWZ sprzed modyfikacji podaje: parametry oceniane poz. 3 – system otwarty dla wkluć, możliwość użytkowania wkluć innych producentów TAK – 10 punktów, NIE – 0 punktów.

Załącznik nr 1A parametry techniczne i pozostałe wymagania – część 1

Pkt 5 „programowanie bolusa” – parametr wymagany:

- prostego/ standard – dokładność mniej niż 0,1 bolus,
- przedłużonego – dokładność mniej niż 0,1 bolus,
- złożonego – dokładność mniej niż 0,1 bolus,

Pkt 7 programowanie bazy, wprowadzanie przepływów godzinowych, ilości jednostek na godzinę, (dokładność mniej niż 0,1 jednostek/ godzinę.

Pkt 13 zestawy infuzyjne: system otwarty – podłączenie typu Luer / możliwość zastosowania drenów innego producenta. W tym punkcie brak oznaczenia, iż jest to parametr bezwzględnie wymagany. Pod tabelą widnieje wyjaśnienie, że powyższe parametry – warunki oznaczone w wymagalności „TAK” stanowią wymagania minimalne. Nie spełnienie nawet jednego z tych

wymagań technicznych, spowoduje odrzucenie oferty. Brak opisu będzie traktowany jako brak danego parametru w oferowanej konfiguracji urządzenia.

Z podanego wyżej opisu wynika, że w odniesieniu do osobistej pompy insulinowej, która po zaprogramowaniu, podaje dawkę insuliny potrzebną w danym momencie, w zakresie programowania bolusa, wymagany był parametr o dokładności mniejszej niż 0,1 jednostek/bolus, przy czym warunek ten ma charakter graniczny i jego nie spełnienie, spowoduje odrzucenie oferty. Odmierna sytuacja dotyczy preferowanego systemu otwartego dla wkłuc innych producentów. Nie spełnienie tego warunku nie skutkuje odrzuceniem oferty, a jedynie brakiem przyznania punktów w tym podkryterium. Z powyższego wynika, że odwołujący może złożyć ofertę na część nr 1 i 2 zamówienia, mimo, że zamierza zaoferować wkłucia w systemie zamkniętym, to jest pochodzące od producenta pompy. W tym przypadku, oferta może zostać jedynie niżej oceniona w punktacji, a nie odrzucona. Izba podzieliła pogląd, że zamawiający określa przedmiot zamówienia, stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb prowadzenia praktyki klinicznej czy terapeutycznej. Kwestionowane postanowienia specyfikacji są zgodne z załącznikiem nr 3 do zarządzenia nr 106/2008DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 26 listopada 2008 r., zmieniającego zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o świadczenia zdrowotne kontraktowane odrębnie, którego postanowień zamawiający zobowiązany jest przestrzegać, dotyczącego leczenia dzieci poniżej 6 roku życia, z zastosowaniem pompy z możliwością skokowej regulacji dawki o mniej niż 0,1 jednostki insuliny oraz dzieci starszych z zapotrzebowaniem dobowym nie większym niż 20 jednostek insuliny. Załącznik nr 3 do tego zarządzenia wprost stanowi „świadczenie 5.10.00.0000053 obejmujące dzieci do ukończenia 6 roku życia, udzielane jest przy pomocy pompy z możliwością skokowej regulacji dawki o mniej niż 0,1 jednostki insuliny.” Warunkiem otrzymania zapłaty za zakontraktowane świadczenia zdrowotne, jest przestrzeganie przez zamawiającego procedur wskazanych w załączniku do zarządzenia Prezesa NFZ. Jeżeli wymienione zarządzenie nie podaje sposobu spełniania wymaganej funkcji „możliwości skokowej regulacji dawki o mniej niż 0,1 jednostki insuliny,” oznacza to, że możliwość takiej regulacji winna odnosić się zarówno do bazy, czyli programowania podawania równomiernej dawki insuliny w okresie dobowym (wlew ciągły – baza), jak i programowania podawania insuliny na dany moment, uwzględniający przyjmowanie posiłków przez pacjenta (funkcja – bolus, pozwalająca na podawanie insuliny w sposób naśladujący fizjologię organizmu). Strony były zgodne co tego, że przeciętnie, w przypadku dzieci tylko około 30% dawki dobowej insuliny, jest podawana w

sposób ciągły, pozostałe 70% jest dozowane jako bolus. Zatem funkcja możliwości programowania z wymaganą dokładnością, dawki insuliny podawanej w bolusie jest bardzo istotna. Odwołujący nie jest władny wypowiadać się autorytatywnie, że brak jest dowodów naukowych, ażeby pompy z tak zwanym dawkowaniem bolusa z przyrostem  $< 0,1$  jednostek, dawały lepsze wyniki w terapii. Oprócz ogólnych stwierdzeń, odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że na rynku występuje jeden producent, zdolny zaoferować pompę charakteryzującą się opisanymi właściwościami, lub też jeden dystrybutor, oferujący ten wyrób na zasadach wyłączności. W szczególności dowodu takiego nie stanowią przedstawione informacje, dotyczące pompy Deltec Cosmo, produkcji firmy Smiths Medical, dostępne na stronie internetowej dystrybutora – firmy AKME Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że wymagane przez niego parametry spełniają produkty między innymi następujących firm: Roche Diagnostic – pompa Accu–Chek, Johnson&Johnson– pompa Animas, Smiths Medical – pompa Deltec Cozmo ( w bieżącym roku wycofywana przez producenta ze sprzedaży), których produkty mogą być wprowadzane na rynek polski, po dokonaniu zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Leków i Wyrobów Medycznych. Zamawiający jednolicie wymagał w odniesieniu do bazy jak i do bolusa, aby oferowana pompa posiadała możliwość skokowej regulacji ilości podawanej insuliny o mniej niż 0,1 jednostek. W ocenie Izby, wymóg ten wynika wprost z przepisów cytowanego zarządzenia nr 106 Prezesa NFZ i nie mógł zostać pominięty, skoro na tych warunkach kontraktowane jest wymienione świadczenie zdrowotne. Odwołujący przyznał do protokołu rozprawy, że w pompie Paradigm 712,715,722MT, które posiada w ofercie – w modelu który zamierza zaoferować, brak jest funkcji programowania bolusa na poziomie wymaganego dawkowania insuliny. Jest tylko możliwość takiego programowania w bazie. Izba uznała, że odwołujący nie uprawdopodobnił, iż opis przedmiotu zamówienia – wymagania przedmiotowe, bezzasadnie ogranicza odwołującemu dostęp do udziału w postępowaniu. Zatem nie zachodzi przypadek opisany w wyroku SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05 (niepubl.), który wyraził w odniesieniu do wykładni art. 29 ust. 2 Pzp pogląd, że przepis ten nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 700/08), wypowiedziała się, że określenie parametrów przedmiotu zamówienia na takim poziomie, który odpowiada tylko jednemu produktowi jest niedopuszczalne, ale tylko wówczas, gdy nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Ten sam pogląd przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza

w wyroku z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 423/08), - „dyskryminacja wykonawców ma miejsce w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Prawo zamawiającego do uzyskania w wyniku przeprowadzenia postępowania, produktu zgodnego z oczekiwaniami i z odnośnymi regulacjami, w jak najszerszym zakresie pozwalającego na zaspokajanie potrzeb społecznych, w tym przypadku leczenia dzieci, wymagających regularnego podawania insuliny, nie może być kwestionowane. Potwierdza to również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 października 2007 r. (UZP/ZO/O-1240/07) – „formułując przedmiot zamówienia, zamawiający odnosi się do jego cech technicznych i jakościowych z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego i ochrony jego zobiektywizowanego interesu w uzyskaniu zamówienia zapewniającego oczekiwany przez zamawiającego rezultat. Swoboda zamawiającego w określeniu wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest ograniczona zakazem ograniczania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” Zdaniem Izby, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku, (dostarczania wyrobów medycznych) muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Nie można przygotować opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania, ale wyłącznie dla wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby wykonawca wykorzystując procedurę korzystania ze środków ochrony prawnej, dążył do ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób dogodny wyłącznie dla siebie, to jest mając na uwadze parametry techniczne i użytkowe, produkowanego bądź dystrybuowanego przez siebie sprzętu. Izba nie stwierdziła, aby materiał dowodowy sprawy, uzasadniał czyniony zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust 1 Pzp przez ustalone w SIWZ warunki przedmiotowe, które ma spełniać pompa insulinowa, będąca przedmiotem zamówienia.

Jak wykazało postępowanie dowodowe, firma Medtronic, której wyroby sprzedaje odwołujący, produkuje pompy w systemie zamkniętym, zestawy infuzyjne składające się z pojemnika na insulinę do pompy o nazwie Paradigm i wkłucia (dreny wraz z igłami), pasujące jedynie do danej pompy, co zostało przyznane wprost przez odwołującego. Odwołujący nie przedstawił dowodów, na okoliczność, że zgodnie z wymaganiami ustawowymi, odnoszącymi się do pomp insulinowych, dopuszczalne jest wyłącznie użytkowanie pomp w komplecie z wkłuciami tego samego producenta. Izba uwzględniła



stanowisko zamawiającego, uznając je za logiczne, spójne i potwierdzone materiałem dowodowym, że stosowanie systemu otwartego, zagwarantowania możliwości technicznych do współpracy oferowanej pompy z wkłuciami produkowanymi przez innych wytwórców, daje możliwość pozyskania tego wyposażenia na zasadach konkurencyjnych, a ponadto jest uzasadnione względami medycznym, umożliwia bowiem rotację i dokonywanie pacjentom z odczynami skórnymi, innego rodzaju wkłuc niż stosowane w czasie wystąpienia objawów niepożądanych. Większość zestawów infuzyjnych, dostępnych na rynku, jest uniwersalnych, wykorzystujących połączenia typu Luer-lock, mogących współdziałać ze wszystkimi pompami insulinowymi, które dostosowane są do standardu Luer-lock. Odwołujący posiada w swojej ofercie pompy Paradigm, firmy Medtronic, wykorzystujące wyłącznie zestawy firmowe (dedykowane), inne niż zestawy dostosowane do standardu Luer - lock. Dlatego tylko zestawy infuzyjne wyprodukowane dla firmy Medtronic, mogą współpracować z tego typu pompami. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w przypadku stosowania innych wkłuc niż pochodzących od producenta pompy, nie jest udzielana gwarancja na pompę. Jeżeli pompa danego producenta, może pracować w systemie otwartym, instrukcja użytkowania zawiera listę zalecanych zestawów infuzyjnych i akcesoriów, które mogą być używane z daną pompą. Zamawiający ustalając w SIWZ warunki przedmiotowe udzielenia zamówienia, związany jest równocześnie postanowieniami art. 35 ustawy z 30.06.2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), nakazującymi dokonywanie wydatków w sposób celowy, oszczędny, przy uwzględniania jak największych efektów z czynionych nakładów. Zatem zamawiającemu nie wolno kupować sprzętu medycznego, niezgodnego z wymaganiami ustawowymi, nie dochowującego standardów nowoczesności, trudnego w użyciu i przez to mało przydatnego w stosowaniu, niekompatybilnego, wymagającego stosowania drogich akcesoriów, czy materiałów eksploatacyjnych, jeżeli na rynku istnieją dopuszczone do stosowania inne wyroby, możliwe do nabycia po cenach konkurencyjnych. Zamawiający dokonując zakupu pomp, które będą użytkowane przez pacjentów, z częściową refundacją na ich rzecz wydatków ponoszonych na materiały pomocnicze, podlegające zużyciu w krótkim okresie, jakim są tzw. „wkłucia, ” zasadnie stawia warunki, tak ze względów medycznych jak i ekonomicznych, aby były one dostępne dla pacjentów w jak najszerszej gamie, możliwe do zakupienia w wielu źródłach zaopatrzenia, co w wyższym stopniu gwarantuje nabycie po cenach konkurencyjnych, a więc i możliwość leczenia przy użyciu pomp osobistych, co jest celem tego postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, iż przeprowadzony postępowanie dowodowe, nie daje podstaw do uwzględnienia zarzutów, że przez ustalenie kryterium ocena walorów

użytkowych pomp – preferowanie systemu otwartego dla wkłuc, zamawiający ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, przez co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba natomiast podzieliła stanowisko odwołującego, że opis sposobu oceny ofert w kryterium walorów użytkowych pompy w zakresie opisywanego podkryterium jest niewłaściwy. Przyznanie punktacji - 10 pkt dla systemu otwartego do wkłuc, i przyznanie punktacji – „0” dla systemu zamkniętego, nie zostało zobiektywizowane. Zamawiający nie przedstawił żadnego logicznego uzasadnienia, dla podwyższenia punktacji w danym podkryterium do 15 punktów, w wyniku rozpatrzenia protestu, co było niekorzystne dla odwołującego, skoro nie oferuje on systemu otwartego. W ocenie Izby, zamawiający w tym podkryterium, powinien wprowadzić stopniowanie punktacji, skoro przez uniwersalne połączenie typu Luer – lock, wymagane specyfikacją techniczną, możliwe jest stosowanie praktyczne wkłuc wielu producentów. Zatem punktacją w tym podkryterium powinna zostać objęta ilość wkłuc (zestawów infuzyjnych) innych producentów, mogących współpracować z pompą jak i rodzaj wkłuc (długość drenu, urządzenie dostępne (igła lub kaniula, czy możliwy kąt wprowadzenia), które to wkłucia będą tolerowane przez organizm pacjenta, bez powodowania odczynów skórnych, bądź umożliwią ich okresowe zmiany. Konieczność takiej modyfikacji, wynika z zasady sformułowania sposobu oceny w sposób przeliczalny lub wymierny na podstawie opisu, umożliwiając zbudowanie zobiektywizowanego punktowego rankingu ofert. Kryterium oceny technicznej, w zakresie kwestionowanego parametru szczegółowego – systemu otwartego dla wkłuc, w kształcie obecnym, pozwala zamawiającemu na zbyt dużą uznaniowość w ocenie walorów pompy, w odniesieniu do możliwości doboru zestawów infuzyjnych. Mimo zróżnicowanej oferty rynkowej, wykonawca, którego pompa miała by możliwość współpracy z jednym zestawem infuzyjnym innego producenta, otrzymałby taką samą ilość punktów, jak wykonawca, który zaoferowałby pompę mogącą współdziałać z kilkoma zestawami infuzyjnymi różnych producentów. Nie może też być pomijana w punktacji w tym podkryterium oferta wykonawcy, który wprawdzie nie oferuje systemu otwartego, co nie stanowi warunku granicznego udziału w postępowaniu, ale oferuje zróżnicowaną gamę zestawów infuzyjnych, czyli wkłuc dedykowanych oferowanej pompie, co w znacznym stopniu zabezpiecza dokonywanie rotacji rodzaju wkłucia, podyktowanej względami medycznymi. Zatem mogą być one stosowane, nawet przez pacjentów z odczynami skórnymi. Wykonawcy powinni zostać powiadomieni na podstawie opisu zał. nr 2 do SIWZ, czym będzie kierował się zamawiający przyznając punkty w zakresie poszczególnych elementów składających się na kryterium ocena walorów użytkowych pomp.

Kryterium to podzielono na mniejsze elementy, a ilość punktów w danym kryterium zależy od ilości punktów przyznanych za poszczególne elementy, stanowiące ich sumę. Walory użytkowe, wraz z wyznaczonymi podkryteriami, wbrew zarzutom odwołującego, mieszczą się w pojęciu „funkcjonalność,” podanym w art. 91 ust. 2 Pzp.

W sytuacji gdy Izba stwierdziła uchybienia przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustaliła podstawy faktyczne zasadności zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, przez błędny opis sposobu oceny ofert w zakresie kryterium walorów użytkowych pomp, w odniesieniu do punktacji przyznawanej w podkryterium „system otwarty wkluć,” zobowiązana była odwołanie uwzględnić na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp i orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

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

Jako uzasadnione koszty odwołującego, z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła kwotę 3600,00 zł. na podstawie złożonego rachunku, zgodnie z przepisami § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*