

Sygn. akt: KIO 2964/13

WYROK
z dnia 13 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Voxel S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Voxel S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Voxel S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę radiofarmaceutyków – 2 zadania dla Pracowni PET Zakładu Radiologii i Medycyny Nuklearnej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2013 r., nr 2013/S 224-389534.

W dniu 13 grudnia 2013 r. zamawiający opublikował na swej stronie internetowej „Odpowiedzi na zapytania wraz ze zmianą terminu składania ofert”.

W dniu 23 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 grudnia 2013 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na zmianie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w odniesieniu do Zadania nr 1 – Substancja 18F FDG (fluorodeoxyglukoza), wskutek czego opis ten po dokonanej zmianie narusza przepisy ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie sposobu realizacji zamówienia w sposób, który narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek daleko idącego oraz nieuzasadnionego potrzebami zamawiającego zawężenia kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia w sposób opisany przez zamawiającego
- b) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób istotnie utrudniający uczciwą konkurencję, co nie jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie i nakazanie zamawiającemu, aby zmienił opis sposobu realizacji dostaw, zamieszczony w punkcie 1.2 Zadanie nr 1 podpunkt b) SIWZ z poniższego:

„Aktywność radiofarmaceutyku, wskazana przez Odbiorcę na zamówieniu, winna być zawarta w jednej dostawie (1 fiolce). Dopuszcza się możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach (2 fiolkach) tego samego dnia: w godz. 8:15 i 12:00, nie częściej jednak niż jeden raz w miesiącu.”

na następujący:

„Wskazane jest, by aktywność radiofarmaceutyku, określona przez Odbiorcę na zamówieniu, była zawarta w jednej dostawie (1 fiolce). Dopuszcza się możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach (2 fiolkach) tego samego dnia: w godz. 8:15 i 12:00.”

W uzasadnieniu odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 13 grudnia 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do zasad realizacji dostaw. W porównaniu z uprzednim brzmieniem kwestionowanego przez odwołującego postanowienia, zamawiający ograniczył możliwość realizowania dostaw farmaceutyku do jednej dostawy w ciągu dnia w jednej fiolce. Dopuszczona została co prawda możliwość dostawy dwukrotnie w ciągu dnia, a więc w dwóch fiolkach, lecz jedynie raz w miesiącu. Przed zmianą tego postanowienia, zamawiający dopuszczał możliwość realizacji każdego dziennego zamówienia bez ograniczenia liczby fiolek. Zmieniony przez zamawiającego sposób realizacji dostaw zamawianego farmaceutyku w istotny sposób ogranicza możliwość złożenia oferty większości wykonawców w Polsce oraz uniemożliwia złożenie zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy zagranicznemu. Stosownie do postanowień SIWZ dla zadania nr 1 (Substancja 18F FDG - fluorodeoxyglukoza) dzienna dostawa, zgodnie z zamówieniem zamawiającego, ma być przeznaczona dla pacjentów w liczbie od 5 do 14, a okres podawania substancji określono na co 40 minut. Termin ważności większości substancji tego typu obecnych na rynku nie przekracza 10 godzin. Oznacza to, iż zamówienie może być realizowane jedynie przez wykonawców, którzy oferują przedmiot zamówienia wyprodukowany w niewielkiej odległości od siedziby zamawiającego.

Nadto dodał, iż pierwotne brzmienie zakwestionowanego postanowienia dopuszczało możliwość realizacji dostaw dwukrotnie w ciągu dnia. W takim przypadku możliwa byłaby realizacja dostaw przez większość wykonawców w Polsce. Zmiana dokonana przez zamawiającego w żaden sposób nie odpowiada na jego obiektywne potrzeby. Dla zamawiającego nie ma bowiem różnicy, czy zamówienie w ciągu dnia dotrze w jednej, czy też w dwóch fiolkach, a więc w jednym, czy w dwóch transportach. Zatem opis sposobu dostawy, który wyklucza z postępowania większość wykonawców, a przy tym nie odpowiada na obiektywne zapotrzebowanie po stronie zamawiającego, uznać należy za naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz utrudniający konkurencję pomiędzy zainteresowanymi wykonawcami.

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale I SIWZ „Informacje o Zamawiającym i przedmiocie zamówienia”, pkt 2 „Przedmiot Zamówienia”, Zadanie nr 1 „Substancja 18F FDG (fluorodeoxyglukoza) do wykonania badań u 1000 pacjentów” w punkcie dotyczącym zasad realizacji dostawy ppkt b) podał „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć zamawiany radiofarmaceutyk do siedziby Zamawiającego najpóźniej do godziny 8:15 rano wskazanego dnia. Dopuszcza się możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach tego samego dnia: w godz. 8:15 i 12:00.”.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2013 r. dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie rozdziału I, pkt 2, ppkt b), zamieszczając postanowienie „Aktywność radiofarmaceutyku, wskazana przez Odbiorcę na zamówieniu, winna być zawarta w jednej dostawie (1 fiolce). Dopuszcza się możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach (2 fiolkach) tego samego dnia: w godz. 8:15 i 12:00, nie częściej jednak niż jeden raz w miesiącu.”.

Odwołujący zakwestionował powyższą modyfikację.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem wyraz jednej z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, określając tym samym cel jaki zamierza osiągnąć. Szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest bowiem jego obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, powinien więc uwzględnić nie tylko charakterystykę nabywanego produktu ale także warunki realizacji umowy, w tym m.in.

sposób jego dostawy. Jest to o tyle istotne, że dopiero przy takim opisie przedmiotu zamówienia wykonawca będzie mógł ocenić ryzyko przystąpienia do realizacji takiego zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, opisując przedmiot zamówienia wskazał sposób w jaki dostawy będą realizowane, a mianowicie *„Dopuszcza się możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach (2 fiolkach) tego samego dnia: w godz. 8:15 i 12:00, nie częściej jednak niż jeden raz w miesiącu.”*. Powyższe postanowienie zakwestionował odwołujący, żądając zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie, powrotu do pierwotnego postanowienia SIWZ, które dopuszczało możliwość realizacji zamówienia w dwóch dostawach i nie ograniczało takiej dostawy do jednego dnia w miesiącu.

Niemniej jednak podkreślić należy, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w tym sposobu jego realizacji należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonego produktu. Realizacja zamówienia ma więc odpowiadać jego potrzebom.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający niewątpliwie wykazał, iż kwestionowany wymóg co do sposobu dostawy radiofarmaceutyku jest podyktowany przede wszystkim dobrem i potrzebami pacjentów oraz personelu Zakładu Radiologii i Medycyny Nuklearnej. Pacjent – jak podnosił zamawiający - umawiany jest bowiem na konkretną godzinę, a przedłużające się oczekiwanie na badanie może spowodować wzrost poziomu glukozy i w konsekwencji ograniczyć możliwość przeprowadzenia takiego badania. Równie istotna jest organizacja pracy Zakładu Radiologii i Medycyny Nuklearnej, a przede wszystkim czas pracy personelu zaangażowanego do badań PET, który w chwili obecnej pozostaje w wymiarze 5 godzin. Pracownicy ci zatrudnieni są bowiem także na etatach nauczycieli akademickich, co nakłada na nich dodatkowo obowiązki dydaktyczne i uniemożliwia pozostawanie w dyspozycji zakładu w czasie przekraczającym ten podstawowy wymiar czasu pracy, tj. 5 godzin. Nadto realizacja zamówienia przez jedną dostawę daje zamawiającemu możliwość zbiorczego oszacowania przysyłanej całkowitej aktywności i ewentualną zmianę liczby pacjentów w sytuacji badań „cito” lub zmianie zaplanowanej uprzednio dawki radiofarmaceutyku w razie zaistnienia takiej konieczności, np. w sytuacji zmiany masy ciała pacjenta od chwili wpłynięcia skierowania do dnia wykonania badania. Z tego względu zamawiający już w chwili dostawy radiofarmaceutyku musi znać i posiadać całkowitą jego aktywność, gdyż daje mu to możliwość rozdysponowania dostarczonego radiofarmaceutyku na określoną ilość pacjentów i to w czasie, który jest na jego aktywność przewidziany. Realizacja zamówienia w dwóch dostawach, a nie w jednej – jak tego oczekuje zamawiający – naraża także personel zaangażowany do tego typu badań na dodatkowe napromieniowanie. Zakład Radiologii i Medycyny Nuklearnej jest zakładem o pełnym profilu badań, w tym badań nuklearnych wobec tego wymogu dotyczącego kwestionowanego postanowienia nie można oceniać przez pryzmat wymogu określonego przez innych

zamawiających ten radiofarmaceutyk (Chorzowskie Centrum Onkologii SP ZOZ im dr E. Hankego, Szpital Uniwersytecki w Krakowie i Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu). Dwa pierwsze ośrodki znajdują się bowiem w bardzo bliskiej odległości od siedziby odwołującego (zakładu produkującego ów radiofarmaceutyk), natomiast w trzecim poza badaniami onkologicznymi inne badania nie są przeprowadzane.

Przedstawiona przez zamawiającego argumentacja świadczy o tym, że wymagania co do kwestionowanych w odwołaniu wymogów dotyczących sposobu realizacji zamówienia nie zmierzały do utrudnienia uczciwej konkurencji, ale dostawy radiofarmaceutyku w ilości oraz w sposób w jak największym stopniu odpowiadających potrzebom prowadzonej przez niego działalności diagnostycznej. Taki opis przedmiotu zamówienia (jego realizacji) jest podyktowany jego uzasadnionymi potrzebami, a nie chęcią faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy i dyskryminowania innych. Natomiast odwołujący nie może skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązanie powinien dopuścić. Zamawiający ma bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: