

Sygn. akt: KIO 1934/14

Sygn. akt: KIO 1948/14

WYROK

z dnia 2 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2014 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 22 września 2014 r. przez **wykonawcę - Przedsiębiorstwo Handlowe "Medres" Z. M., ul. Torowa 3, 35-205 Rzeszów (sygn. akt KIO 1934/14);**
- B. w dniu 22 września 2014 r. przez **wykonawcę - SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź (sygn. akt KIO 1948/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1934/14,**
2. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1934/14 obciąża Przedsiębiorstwo Handlowe "Medres" Z. M., ul. Torowa 3, 35-205 Rzeszów i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1934/14;**
3. **Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1948/14 i nakazuje zamawiającemu: dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że część 15 poz. 1 opisu przedmiotu zamówienia otrzymuje brzmienie: „Sterylne cewniki do odsysania w systemie zamkniętym do**

użytku na 72 godziny, z możliwością wymiany cewnika, z 12 fiolkami 15 ml soli fizjologicznej (końcówka fiolki kompatybilna z portem cewnika do płukania) roz. Chi4, Chi6, INTUBACYJNY dł. 54 cm z mikrobiologicznie czystym łącznikiem (adapterem) kątowym 45 stopni, podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego z samodomykającą się zastawką komory płuczącej oddzielającą samoistnie cewnik od pacjenta, bez portu MDI. Cewnik, łącznik oraz fiolki pakowane razem lub oddzielenie. Cewniki sterylizowane radiacyjnie lub tlenkiem etylenu.”, część 15, poz. 2 otrzymuje brzmienie: „Sterylne cewniki do odsysania w systemie zamkniętym do użytku na 72 godziny, z możliwością wymiany cewnika, z 12 fiolkami 15 ml soli fizjologicznej (końcówka fiolki kompatybilna z portem cewnika do płukania) roz. Chi4, Chi6 TRACHEOSTOMIJNY dł. 34 cm z mikrobiologicznie czystym łącznikiem (adapterem) kątowym 45, podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego, z samodomykającą się zastawką komory płuczącej oddzielającą samoistnie cewnik od pacjenta, bez portu MDI. Cewnik, łącznik oraz fiolki pakowane razem lub oddzielenie. Cewniki sterylizowane radiacyjnie lub tlenkiem etylenu.”, część 15 poz. 4 i 5, poza opisem dokonany przez zamawiającego, należy dopisać: „Zestaw niesterylny do drenów współpracujących z cewnikami do odsysania w systemie zamkniętym, składający się z łącznika Y o konstrukcji: jeden koniec żeński (lejek) dwa końce męskie zagięte pod kątem prostym, oraz ergonomicznej rękojeści z zastawką ssącą z bezkontaktową kontrolą ssania, umożliwiającą rozgałęzienie drenów na ssaku. Rozdwojenie drenów umożliwiające odsysanie w systemie zamkniętym i toaletę jamy ustnej i nosowej bez przelączania (rozłączania) drenu od końcówki cewnika do odsysania w systemie zamkniętym. Cewnik Yankauer w ruchomej koszulce ochronnej z możliwością czyszczenia miękkiej atraumatycznej silikonowej końcówki. Trzy elementy pakowane razem w jedno miękkie foliowe opakowanie. Zestaw będący uzupełnieniem stosowanej obecnie przez Zamawiającego zestawów do higieny jamy ustnej.”, część 15 pozycje 6, 7 i 8 wyodrębnić do oddzielnego pakietu.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1948/14 obciąża zamawiającego - Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę - SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 1948/14,

4.2. zasądza od zamawiającego - Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków na rzecz wykonawcy - SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

sygn. akt KIO 1934/14
sygn. akt KIO 1948/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa sprzętu anestezyjologicznego” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 września 2014 roku, pod numerem: 2014/S 175-308637.

KIO 1934/14

Dnia 22 września 2014 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowe "Medres" Z. M., ul. Torowa 3, 35-205 Rzeszów (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisów z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, żądając uznania wniesionego odwołania za zasadne i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie zapisów w treści załącznika do SIWZ - „Umowa” (§2 ust. 2 i § 10 ust. 1) poprzez wykreślenie ww. zapisów umożliwiających jednostronne, praktycznie nieograniczone uprawnienie zamawiającego do zmniejszenia bez jakiegokolwiek limitu ilości realizowanego przedmiotu zamówienia lub taką ich modyfikację, aby ewentualne ograniczenie zobowiązania zamawiającego do nabycia wynikających z umowy ilości przedmiotu zamówienia nie były iluzoryczne, ale gwarantowały drugiej stronie umowy (Wykonawcy) realną, przewidzianą prawem, kontrolę realizacji kontraktu w określonej warunkami (treścią) SIWZ ilości i wartości.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że naruszony został interes prawny odwołującego, gdyż nieuprawnione działanie zamawiającego, pozbawia odwołującego w sposób całkowicie bezprawny możliwości domagania się od zamawiającego realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego nawet w części pomimo podpisania z nim umowy o zamówienie publiczne tj. jego udzielenia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w treści w/w załącznika do SIWZ, w §2 ust. 2 „Umowy”, postanowił, że w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia przysługiwać mu będzie jednostronnie prawo swobodnego ograniczenia jego obowiązku wobec Wykonawcy nabycia określonych w SIWZ i umowie ilości przedmiotu zamówienia. Powyższe określa zapis: (...) W przypadku braku zapotrzebowania Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo nie zamówienia całości sprzętu określonego w załączniku nr 1 (...), a w § 10 ust. 1 dodano: (...Strony przewidują możliwość rozwiązania umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia uczynionego na koniec miesiąca kalendarzowego. (...)) Takie działanie Zamawiającego zarówno w świetle ugruntowanego orzecznictwa jaki w zgodnej opinii doktryny jest nieuprawnione i narusza interes prawny Wykonawcy. Użyte przez Zamawiającego w treści w/w §2 ust. 2 jak i § 10 ust. 1 „Umowy” sformułowania nie są niczym innym niż „klasycznym” obejściem ograniczeń ustawowych zawartych w dyspozycji art. 145 ustawy Pzp, gdzie zamawiający, aby skutecznie, jednostronnie odstąpić od kontraktu o zamówienie publiczne z wykonawcą powołać się musi na „interes publiczny” nie utożsamiany z partykularnym Interesem samego zamawiającego lecz w odniesieniu szerszym związanym ze zjawiskami o zasięgu ogólnospołecznym lub ogólnogospodarczym. Przytoczyć należy w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrażone w wyroku sygn. V Ca 1110/04, który krytycznie odniósł się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności projektu umowy, które przyznawały zamawiającemu nieograniczone prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne. W ocenie sądu zaniechanie określania procentowej granicy takiego zmniejszenia lub zwiększenia może spowodować znaczne trudności dla dostawcy. Sąd wskazał, iż dostawca mając obowiązek zrealizowania umowy po wyborze jego oferty, musi zagwarantować pełną realizację zamówienia, a w związku z tym ponieść - obok realizacji dostawy - inne koszty związane z zabezpieczeniem kontraktu. Dlatego projekt umowy powinien być zmodyfikowany przez zamawiającego w taki sposób, by dostawca stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru - podkreślił sąd. Wymienione działanie Zamawiającego polegające na takim sformułowaniu zapisów istotnych postanowień umowy (Wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ - §2 ust. 2 i § 10 ust. 1), że nie gwarantują one Wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia ze strony Zamawiającego nawet w minimalnym zakresie i przerzucają całkowicie na Wykonawcę ryzyko gospodarcze związane z brakiem realizacji przedmiotu zamówienia, kwalifikuje się do uznania go za całkowicie nieuzasadnione i bezprawne w świetle w/w przepisów ustawy Pzp oraz naruszają interes prawny Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Zamawiający, pismem z dnia 1 października 2014 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w zakresie zarzutu dotyczącego treści § 2 ust. 2 projektu umowy zamawiający oświadcza, iż dokonał modyfikacji treści SIWZ polegającą na zmianie treści ww. zapisu poprzez nadanie mu nowego brzmienia: Szpital Uniwersytecki informuje, iż ilości określone w załączniku nr 1 stanowią przybliżoną ilość asortymentu przewidzianego do zakupu w okresie trwania umowy. W rzeczywistości z uwagi na wystąpienie okoliczności niezależnych od Szpitala Uniwersyteckiego (np. brak zapotrzebowania) ilości te mogą być mniejsze. Z tytułu zmniejszenia zakresu ilościowego w okresie trwania umowy nie będą przysługiwać Wykonawcy żadne roszczenia wobec Szpitala Uniwersyteckiego.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 10 ust. 1 projektu umowy zamawiający wnosi o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego. Zamawiający dokonał modyfikacji treści § 2 ust. 2 projektu umowy poprzez nadanie mu nowej treści o następującym brzmieniu: 2. Szpital Uniwersytecki informuje, iż ilości określone w załączniku nr 1 stanowią przybliżoną ilość asortymentu przewidzianego do zakupu w okresie trwania umowy. W rzeczywistości z uwagi na wystąpienie okoliczności niezależnych od Szpitala Uniwersyteckiego (np. brak zapotrzebowania) ilości te mogą być mniejsze. Z tytułu zmniejszenia zakresu ilościowego w okresie trwania umowy nie będą przysługiwać Wykonawcy żadne roszczenia wobec Szpitala Uniwersyteckiego. Zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 PZP do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W konsekwencji należy przyjąć, iż projekt umowy stanowiący załącznik do SIWZ może zawierać zapisy, które są dopuszczalne na gruncie kodeksu cywilnego. W szczególności dotyczy to możliwości zawarcia w projekcie umowy zapisów dotyczących możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem uczynionym przez jedną ze stron umowy. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że zapis art. 145 PZP stanowi jedyną podstawę zakończenia stosunku prawnego zawartego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (umowa). Przedmiotowy zapis wprowadza nową podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy ale w żadnym wypadku nie może być on interpretowany w ten sposób, że umowa w sprawie zamówień publicznych nie może zawierać innych zapisów dotyczących możliwości odstąpienia od umowy, czy też jej rozwiązania za wypowiedzeniem. Po pierwsze zapis art. 145 PZP takiego ograniczenia nie wprowadza. Po drugie należy podnieść, iż ustawodawca nie przewidział w ustawie PZP odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy w sprawie zamówień publicznych i zezwolił w tym zakresie na

odnoszenie się do uregulowań kodeksu cywilnego, w tym możliwość wprowadzania do umowy zapisów dotyczących możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem. Po trzecie zapis § 10 ust. 1 projektu umowy dotyczy dwóch stron umowy i przyznaje im takie same prawa, dlatego też zarzut odwołującego dotyczący braku zachowania przez zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP) nie znajduje uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe należy przywołać treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1325/08): Z p.z.p. nie wynika zakaz stosowania przepisów k.c. w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Ustawodawca w p.z.p. nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnoszenie się do uregulowań k.c. W art. 145 ust. 1 p.z.p. przewiduje się jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym. (...). Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wskazać należy, że art. 144 ustawy zawiera generalny zakaz zmian postanowień zawartej umowy i to zarówno w brzmieniu przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r., jak i po tej nowelizacji. Jednakże zakaz dokonywania tych zmian dotyczy okoliczności mających miejsce po zawarciu umowy, a nieregulowanych postanowieniami tej umowy. Zatem należy przyznać rację Zamawiającemu, że z ustawy nie wynika zakaz stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku regulowania postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. Izba podziela także twierdzenie Zamawiającego, że ustawodawca w ustawie nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnoszenie się do uregulowań Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym.

Ponadto zamawiający podniósł, iż dniu 30 września 2014 roku, zmodyfikował w części, treść dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba w pełni popiera stanowisko zamawiającego w zakresie przedmiotowego odwołania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obarczony jest ryzykiem kontraktowym. Dlatego też nie jest zasadne podnoszenie nieprawidłowości w zakresie postanowień wzoru umowy, które przewidują okoliczności nadzwyczajne, których zamawiający nie jest w stanie przewidzieć. Dlatego też, uznać należało, iż informacja przekazana przez zamawiającego precyzuje, że mogą istnieć przesłanki skutkujące nie zamówieniem całego przedmiotu zamówienia, na co wykonawca musi być przygotowany, a ryzyko z tym związane musi uwzględnić w cenie oferty. Niezasadnie odwołujący argumentował o złej woli zamawiającego. Stwierdzić należało, że zamawiający nie po to wszczyna procedurę udzielenia zamówienia, aby z założenia (z celem) nie sfinalizować jej do końca. Procentowe określenie wysokości odstępstwa od pierwotnie zakładanej ilości nie spowoduje stanu u wykonawcy, który będzie powodował zmniejszenie ryzyka biznesowego. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek przyjęcia ryzyka zamówieniowego, a instrumenty finansowo-prawne (które możliwe są do zastosowania w kontaktach biznesowych z producentem sprzętu) pozwalają na bezpieczne i terminowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia jest jasny i precyzyjny, a odnoszące się do postanowień wzoru umowy, zarzuty odwołania, nie dyskryminują żadnego z wykonawców z udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, nie znajduje uzasadnienia. Każdy bowiem z potencjalnych wykonawców nie został postawiony w uprzywilejowanej pozycji, co do możliwości pozyskania zamówienia. Żaden z wykonawców nie pozyskał

w sposób niedozwolony również szerszych czy większych uprawnień w realizacji zamówienia. Każdy z wykonawców jest traktowany w sposób równy.

Ponadto, rozstrzygając przedmiotowe odwołanie Izba kierowała się poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314 /11, w którym sąd orzekł, że „Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30, a jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się na zasadach określonych w art. 31. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie - art. 140. Szczegółowe wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy postępowanie dotyczy robót budowlanych, uregulowano w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej... (Dz.U. Nr 202, poz. 2072). W akcie tym określony został zakres dokumentacji służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Podniesiony w odwołaniu zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 ustawy nie dotyczył w swej istocie - co zasadnie podnosił skarżący - poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej, jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z wspomnianym wyżej rozporządzeniem, a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyka odpowiedzialności stron. W analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia, które zrealizować ma Wykonawca zdaniem Sądu Okręgowego określony jest jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej opisanej w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, a wpływu na ocenę tego faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności. Kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej

sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c., Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. Subklauzula 1.8 Warunków Umowy wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, a które Izba powieliła w zaskarżonym wyroku, nie modyfikuje zakresu odpowiedzialności projektanta za prawidłowość dokumentacji projektowej. Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008r. (sygn. akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Ważnym jest, by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 1948/14

Dnia 22 września 2014 roku wykonawca SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52; 93-121 Łódź (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z 29 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, żądając uwzględnienia odwołania i nakazania dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak aby postanowienia SIWZ nie wykluczały w sposób nieuzasadniony udziału w postępowaniu wykonawców posiadających sprzęt wysokiej jakości (szczegółowe wnioski w tym zakresie wskazano w treści odwołania).

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: *za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą* (W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): *Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Na szczególną sytuację wykonawców wnoszących odwołanie na etapie ogłoszenia o zamówienia zwraca także KIO w wyroku KIO 979/14: *Istnienia po stronie wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie kwestionowania postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czy treści ogłoszenia o zamówieniu należy bowiem upatrywać w jakichkolwiek przejawach zainteresowania postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (pobranie Specyfikacji ze strony internetowej zamawiającego, składanie wniosków o wyjaśnienie jej Specyfikacji). Trzeba przy tym pamiętać, że na wspomnianym etapie procedury przetargowej odwołujący nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem. Uznając powyższe przesłanki ad casum za spełnione zarzuty odwołania podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, którego wynikiem było oddalenie odwołania.* Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący posiada więc odpowiednią wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia oraz jest w stanie zaoferować sprzęt najwyższej jakości, sprawdzony w innych tego typu placówkach*

klinicznych. Jednakże z uwagi na to, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, m. in. poprzez niedokonanie podziału asortymentu na części, uniemożliwia tym samym udział Odwołującego w postępowaniu. Obecny sposób opisu przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, mimo iż takie opisanie przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowego wykonania zamówienia, Odwołujący nie może złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: *W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093).

Odwołujący wskazał, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie, a przede wszystkim w sposób niczym nieuzasadniony, ograniczył krąg potencjalnych wykonawców. Doszło więc do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. Głównym celem ustanowienia systemu oceny przedmiotowej, czyli sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i opracowania kryteriów oceny ofert, jest wyeliminowanie wykonawców nierzetelnych, niemogących dostarczyć sprzętu o odpowiednio wysokiej, uzasadnionej potrzebami zamawiającego, jakości. Tymczasem system ten w kształcie opisanym w SIWZ przez Zamawiającego, w szczególności poprzez zaniechanie dokonania podziału asortymentu na zadania, eliminuje część wykonawców. (...). Zapisy SIWZ zawarte w pakiecie (części) 15 w poz. 1-8 wskazują w sposób jednoznaczny na opis produktów oferowany jedynie przez producenta firmę Kimberly-Clark. Wszystkie zapisy zawarte w pozycjach 1-8 traktowane jako całość wykluczają pozostałych producentów zamkniętych systemów do odsysania. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest w orzecznictwie jednoznacznie oceniany, jako niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że następujące elementy opisu przedmiotu zamówienia wykluczają wszystkich innych - poza Kimberly - Clark - producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, gdyby Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób niezasadnie ograniczający uczciwą konkurencję:

a/ poz. 1 „Cewniki sterylizowane radiacyjnie”,

b/ poz. 2 „Cewniki sterylizowane radiacyjnie”,

c/ poz. 4 „Zestaw niesterylny do drenów współpracujących z cewnikami do odsysania w systemie zamkniętym, składający się z łącznika Y (w jednej płaszczyźnie)”...”. Cewnik Yankauer w koszulce z uszczelnieniem umożliwiającym czyszczenie cewnika podczas

przesuwania koszulki. Trzy elementy pakowane razem w jedno opakowanie sztywne, ukształtowane, zabezpieczające przed uszkodzeniem elementów zestawu.”

d/ poz. 5 „Cewnik Yankauer w koszulce z uszczelnieniem umożliwiającym czyszczenie cewnika podczas przesuwania koszulki”

e/ poz. 6 ze sterylnym łącznikiem podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego z dodatkowym portem do bronchoskopii urządzeń o średnicy do 0,635 cm (bez odłączania układu oddechowego i cewnika do odsysania) typu MAP”. Cewniki sterylizowane radiacyjnie,

f/ poz. 7 „Cewniki ... kompatybilny ze sterylnym łącznikiem typu MAP, cewniki zabezpieczone przed samoistnym odłączeniem się od łącznika. Cewniki sterylizowane radiacyjnie.”

g/ poz. 8 „Zestaw do BAL... dostosowany do łącznika typu MAP (z kasetą uszczelniającą, możliwość wykonania badania bez odłączania cewnika do odsysania w systemie zamkniętym. CH 16/12, końcówka kierunkowa widoczna w RTG.”

Ponieważ na rynku są dostępne różne zestawy do wielokrotnego odsysania w systemie zamkniętym składające się z:

- 1/ Zintegrowanego fabrycznie łącznika (adaptera) z cewnikiem pakowane razem,
- 2/ Nie zintegrowanego pierwotnie łącznika (adaptera) z cewnikiem pakowane razem,
- 3/ System modułowy: pakowany oddzielnie sterylny cewnik oraz mikrobiologicznie czysty, gotowy do użycia łącznik (adapter) do dróg oddechowych.

Odwołujący wnosi o dokonanie następujących modyfikacji w treści SIWZ:

Poz. 1/ Sterylne cewniki do odsysania w systemie zamkniętym do użytku na 72 godziny, z możliwością wymiany cewnika, z 12 fiolkami 15 ml soli fizjologicznej (kończówka fiolki kompatybilna z portem cewnika do płukania) roz. Chi4, Chi6, INTUBACYJNY dł. 54 cm z mikrobiologicznie czystym łącznikiem (adapterem) kątowym 45 stopni, podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego z samodomykającą się zastawką komory płuczącej oddzielającą samoistnie cewnik od pacjenta, bez portu MDI. Cewnik, łącznik oraz fiolki pakowane oddzielenie. Cewniki sterylizowane tlenkiem etylenu. Bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego od 2010r.

Poz. 2/ Sterylne cewniki do odsysania w systemie zamkniętym do użytku na 72 godziny, z możliwością wymiany cewnika, z 12 fiolkami 15 ml soli fizjologicznej (kończówka fiolki kompatybilna z portem cewnika do płukania) roz. Chi4, Chi6 TRACHEOSTOMIJNY dł. 34 cm z mikrobiologicznie czystym łącznikiem (adapterem) kątowym 45, podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego, z samodomykającą się zastawką komory płuczącej oddzielającą samoistnie cewnik od pacjenta, bez portu MDI. Cewnik, łącznik oraz fiolki pakowane oddzielenie. Cewniki sterylizowane tlenkiem etylenu. Bezpiecznie stosowane przez Zamawiającego od 2010r.

Wskazać bowiem należy na następujące okoliczności:

a/ *Modułowość systemu, mikrobiologiczna czystość adaptera (łącznika) i sterylność cewnika:*

Oferowany przez Odwołującego system jest rozwiązaniem modułowym w postaci pakowanych oddzielnie sterylnego cewnika oraz mikrobiologicznie czystego, gotowego do użycia łącznika (adaptera) Verso do dróg oddechowych - mikrobiologicznie czystego tj. pozbawionego obecności drobnoustrojów patogennych, spełniającego wszystkie normy obowiązujące dla tego typu sprzętu medycznego oraz posiadającego wymagane certyfikaty i używanego z powodzeniem przez Zamawiającego od 4 lat bez jakichkolwiek zgłaszanych zastrzeżeń, skargi czy reklamacji w/w sprzętu. Adapter ten jest elementem modułowego zestawu do odsysania w systemie zamkniętym pozwalającym na jego stosowanie przez okres do 7 dni, co w zestawieniu z możliwością użycia sterylnych cewników na 72- godziny jest korzystnym ekonomicznie rozwiązaniem - jeden adapter może obsłużyć 2 cewniki do odsysania w systemie zamkniętym. Oddzielnie pakowany adapter do dróg oddechowych z chwilą jego podłączenia staje się elementem obwodu oddechowego. Możliwość użycia 2 cewników na 72 godziny z 1 adapterem Verso na 7 dni przyczynia się do znacznych oszczędności dla szpitala, a także zmniejsza częstość rozłączania obwodu oddechowego (ograniczenie ilości rozłączeń obwodu oddechowego zmniejsza ryzyko desaturacji oraz zapobiega spadkom dodatniego ciśnienia końcowo-wydechowego - PEEP, zmniejsza także ryzyko zakażeń). Dzięki unikalnej modułowej budowie całego systemu oraz wielofunkcyjnego charakteru adaptera (łącznika) Verso do dróg oddechowych w poz. 1 i 2 Odwołujący jest w stanie zaoferować swoje uniwersalne rozwiązanie, które umożliwia bez rozłączania obwodu oddechowego wykonanie procedury ślepego BAL, a także bronchoskopii - a więc tych procedur, które w opisanym systemie firmy Kimberly-Clark zawarte są w SIWZ w poz. 6 i 7.

b/port MDI:

Port MDI w cewniku do odsysania w systemie zamkniętym to specjalny dostęp do podawania wziewnego do dróg oddechowych leków z pojemnika MDI (Metered Dose Inhaler - inhalator ciśnieniowy z dozownikiem MDI). Leki w postaci wziewnej (rozszerzające oskrzela: antycholinergiczne, beta2-sympatykomimetyki oraz glikokortykosterydy i mukolityki) podaje się u zaintubowanych (a więc z możliwością podłączenia cewnika do odsysania w systemie zamkniętym) pacjentów wentylowanych mechanicznie w oddziale intensywnej terapii rutynowo drogą nebulizacji (postać leku sporządzana w postaci roztworu). Są to między innymi pacjenci z POChP (Przewlekła Obturacyjna Choroba Płuc) lub z astmą wymagający leczenia inwazyjną wentylacją mechaniczną. W/g danych Polskiego Towarzystwa Chorób Płuc (referencje: Zalecenia Polskiego Towarzystwa Chorób Płuc, 2010) częstość występowania POChP u badanych powyżej 40 roku życia wynosi około 8,9%). Wg

danych tego samego Towarzystwa Chorób Płuc łączna liczba pacjentów w Polsce z POChP to około 2 000 000 (około 5% całej populacji). Szacunkowa liczba chorych na zaawansowane postacie POChP to około 400 000 pacjentów (około 1% populacji) oraz w przypadku astmy 75 000 pacjentów (około 0,2% populacji). Tak więc w przypadku zaostrzeń w przebiegu tych chorób potencjalnie wymagających hospitalizacji na oddziale intensywnej terapii i stosowania wentylacji mechanicznej to mniej niż odpowiednio: 1% i 0,2% (referencje: Zalecenia Polskiego Towarzystwa Chorób Płuc, 2012). Podawane u tych pacjentów przed przyjęciem na oddział intensywnej terapii leki w postaci MDI mają swoje odpowiedniki w postaci leków do nebulizacji oraz iniekcyjnych. Z drugiej strony większość leków dostępnych w postaci nebulizacji i iniekcyjnej nie ma swojego odpowiednika w postaci MDI. Stosowanie inhalatorów ciśnieniowych z dozownikiem MDI wiąże się z wieloma poważnymi ograniczeniami (konieczna koordynacja wdechu i uwolnienia dawki leku, konieczne uwolnienie dawki leku, duża depozycja leku w gardle, ograniczona wielkość pojedynczej dawki, trudna do określenia liczba dawek pozostających w aparacie, nie wszystkie leki dostępne w tym typie inhalatora). W wyborze inhalatora dla konkretnego chorego lekarz powinien się kierować kilkoma czynnikami, takimi jak wiek chorego (większość można stosować od 4 lub 5 rż.), dostępność leku w odpowiedniej postaci, miejsce leczenia (ambulatorium, oddział pomocy doraźnej, oddział szpitalny lub oddział intensywnej terapii) oraz rodzaj choroby (tj. POChP lub astma). Opublikowano kilka przeglądów systematycznych i metaanaliz poświęconych inhalatorom. Stwierdzono w nich, że:

a) w leczeniu dorosłych z ostrą obturacją dróg oddechowych przyjmowanie leku rozszerzającego oskrzela za pomocą nebulizatora i z MDI jest równie skuteczne,

b) nie ma wystarczających danych, by uznać wyższość MDI albo nebulizatora w leczeniu zaostrzeń POChP. Odnośnie stosowania krótko działających beta2-mimetyków wziewnych na oddziale szpitalnym - podsumowanie wyników badań:

- Dostępne dane wskazują, że u chorych leczonych na oddziałach szpitalnych stosowanie krótko działających beta2-mimetyków za pomocą nebulizatora i z MDI ze spejserem jest tak samo skuteczne pod względem poprawy czynności płuc [jakość danych dobra].

Zalecenia: 1. Zarówno nebulizatory, jak i MDI ze spejserem są odpowiednimi inhalatorami do podawania beta2-mimetyków na oddziałach szpitalnych [jakość danych dobra, korzyść netto istotna, siła zalecenia A]. Stosowanie beta2-mimetyków w aerozolu u chorych wentylowanych mechanicznie -podsumowanie wyników badań:

- U dzieci i dorosłych wentylowanych mechanicznie wyniki podawania beta2-mimetyków z MDI (ze spejserem lub bez spejsersa) i za pomocą nebulizatora się nie różnią [jakość danych dostateczna].

Zalecenia: 1. U chorych wentylowanych mechanicznie beta2-mimetyki można podawać za pomocą nebulizatora i z MDI [jakość danych dostateczna, korzyść netto istotna, siła zalecenia A], (referencje: Wytyczne American College of Chest Physicians i American College of Asthma, Allergy, and Immunology, 2005).

Leki w postaci MDI powinny być podawane w połączeniu z komorą inhalacyjną - spejserem, a tego typu urządzenia nie można połączyć z portem MDI w cewniku do odsysania w systemie zamkniętym. Należy dodatkowo pamiętać, iż u pacjentów poddanych wentylacji mechanicznej w oddziale OIT najbardziej kontrolowaną (z uwagi na dostarczoną do pacjenta dawkę leku) drogą podania leków u takich pacjentów jest droga dożylna. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia dostarczania cewników do odsysania z portem MDI. W trakcie 4-letniego dostarczania przez firmę Skamex cewników do odsysania w systemie zamkniętym Zamawiający nigdy nie wyrażał potrzeby posiadania portu MDI, co potwierdza marginalność znaczenia obecności portu MDI w zamkniętych systemach do odsysania.

c/ sterylizacja cewnika tlenkiem etylenu vs sterylizacja radiacyjna:

Wypełnienie zapisów norm prawnych, dotyczących sterylizacji wyrobów medycznych jest prawnym obowiązkiem wytwórcy danego wyrobu medycznego. Spełnienie tych norm, stanowiących o bezwzględnym bezpieczeństwie stosowania sterylnego wyrobu medycznego, potwierdzone zostaje przez wytwórcę umieszczeniem znaku bezpieczeństwa wyrobu medycznego CE. Fakt ten, po powołaniu odpowiednich norm, zostaje każdorazowo potwierdzony przez wytwórcę w Deklaracji Zgodności, potwierdzonej i zbadanej w przypadku wyrobów sterylnych przez jednostkę notyfikowaną, wydającą Certyfikat CE dla danego sterylnego wyrobu medycznego. Brak więc podstaw do twierdzenia, że dany wyrób sterylizowany konkretną metodą sterylizacyjną jest bezpieczniejszy czy w jakimkolwiek stopniu „lepszy” od innego wyrobu. Dlatego prosimy o dopuszczenie sterylnych cewników sterylizowanych tlenkiem etylenu czyli takiej metody sterylizacji jaka jest stosowana u wszystkich poza firmą Kimberly-Clark producentów zamkniętych systemów do odsysania.

d/ jedno opakowanie producenta.

Wprowadzony zapis służy jedynie ograniczeniu konkurencji i nie ma uzasadnienia medycznego ani terapeutycznego i ekonomicznego. W przypadku użycia cewnika i tak Zamawiający musi otworzyć opakowanie producenta, a pozostałe (nie użyte elementy) odłożyć w inne miejsce np. pozostałe fiołki soli fizjologicznej i za każdym razem, gdy są potrzebne mu w procedurze musi po nie sięgać.

Poz. 4/ i 5/ Zestaw niesterylny do drenów współpracujących z cewnikami do odsysania w systemie zamkniętym, składający się z łącznika Y o konstrukcji: jeden koniec żeński (lejek) dwa końce męskie zagięte pod kątem prostym, oraz ergonomicznej rękojeści z zastawką ssącą z bezkontaktową kontrolą ssania, umożliwiającą rozgałęzienie drenów na ssaku. Rozdwojenie drenów umożliwiające odsysanie w systemie zamkniętym i toaletę jamy ustnej

i nosowej bez przełączania (rozłączania) drenu od końcówki cewnika do odsysania w systemie zamkniętym. Cewnik Yankauer w ruchomej koszulce ochronnej z możliwością czyszczenia miękkiej atraumatycznej silikonowej końcówki. Trzy elementy pakowane razem w jedno miękkie foliowe opakowanie. Zestaw będący uzupełnieniem stosowanej obecnie przez Zamawiającego zestawów do higieny jamy ustnej. W przypadku odpowiedzi odmownej, prosimy o wydzielenie pozycji 4 i 5 do oddzielnych pakietów.

Należy bowiem wskazać na następujące okoliczności:

a/ ruchoma koszulka ochronna z możliwością czyszczenia w cewniku yankauer.

Zamawiający określił, iż cewnik yankauer ma posiadać koszulkę z uszczelnieniem do czyszczenia cewnika podczas przesuwania końcówki. Pragniemy nadmienić, iż takie rozwiązanie nie ma działania antyseptycznego (nie zwiększa bezpieczeństwa epidemiologicznego) i powoduje, iż w koszulce tworzy się wilgotne środowisko (rodzaj komory wilgotnościowej) umożliwiające namnażanie się i rozwój bakterii. Oferowane rozwiązanie przez firmę Skamex jest rozwiązaniem równoważnym klinicznie. Obydwa typy yankauerów są dopuszczone przez producentów do stosowania przez 24 godziny.

b/ sztywne, ukształtowane opakowanie.

Zamawiający wprowadził ograniczenie, iż zestaw z pozycji 4 ma być w jednym opakowaniu, sztywnym, ukształtowanym, zabezpieczającym przed uszkodzeniem elementów. Uważamy, iż zapis ten wprowadzony jest w tej pozycji jedynie w celu ograniczenia konkrecji. Należy zwrócić uwagę, iż w żadnej innej pozycji zadania Zamawiający nie stawia takiego wymogu, nawet przy cewnikach w systemie zamkniętym, który jest produktem inwazyjnym posiadającym wiele elementów, które mogły by zostać uszkodzone i miało by to znaczący wpływ na jego jakość oraz bezpieczeństwo.

c/ łącznik Y w jednej płaszczyźnie.

Wymóg łącznika Y w jednej płaszczyźnie nie jest uzasadniony klinicznie. Zarówno łącznik Y w jednej płaszczyźnie jaki łącznik Y o konstrukcji z dwoma końcami pod kątem prostym spełniają swoje zadanie funkcjonalne. Obsługa obu rodzajów tych łączników nie różni się między sobą oraz w żadnym z tych rozwiązań nie istnieje ryzyko „wypadnięcia” drenu i obydwa rozwiązania zapewniają skuteczne działanie dołączonych drenów do odsysania.

Ponadto Odwołujący wnosi o wydzielenie pozycji 4 - 8 do odrębnych pakietów. Taki sposób opisanie pozycji 6-8 powoduje, iż nawet przy dopuszczeniu innych wyrobów w pozycjach od 1 - 5 ofertę można złożyć tylko na produkty firmy Kimberly-Clark.

Rozdzielenie tych pozycji wpłynie na konkurencyjność ofert. Taki sposób opisanie przedmiotu zamówienia, który z góry wyklucza udział w postępowaniu niektórych wykonawców jest uważany za naruszenie uczciwej konkurencji: „ W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który

w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawiają w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1122/10). W tym miejscu warto wskazać, iż w doktrynie taki opis jakiego dokonał Zamawiający jest uważany za naruszenie uczciwej konkurencji: „Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto również nadmienić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.” (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Alternatywnie, na wypadek, gdyby Zamawiający uznał, iż podział zamówienia na części jest niemożliwy Odwołujący wnosi o dopuszczenie przez Zamawiającego następujących modyfikacji:

Poz. 6/ Sterylne cewniki do odsysania w systemie zamkniętym do użytku na 72 godziny, z możliwością wymiany cewnika, z 12 fiolkami 15 ml soli fizjologicznej (końcówka fiolki kompatybilna z portem cewnika do płukania) roz. Ch14, Ch16, INTUBACYJNY dł. 54 cm z mikrobiologicznie czystym łącznikiem (adapterem) kątowym 45 stopni typu Verso, podwójnie obrotowym od strony pacjenta i obwodu oddechowego, z portem do bronchoskopii urządzeń o średnicy do 0,635cm (bez odłączania układu oddechowego, z odłączeniem cewnika przy zachowaniu szczelności układu oddechowego) z samodomykającą się zastawką komory płuczącej oddzielającą samoistnie cewnik od pacjenta, bez portu MDI, cewniki nie ulegające samoistnemu rozłączaniu się. Cewnik, łącznik oraz fiołki pakowane oddzielenie. Cewniki sterylizowane tlenkiem etylenu.

Poz. 7/ Sterylne cewniki wymienne do odsysania w systemie zamkniętym do użytku na 72 godziny roz. Ch14 i INTUBACYJNY, kompatybilne z mikrobiologicznie czystym łącznikiem typu Verso z poz. 1, 2 i 6, cewniki nieulegające samoistnemu rozłączaniu się. Cewniki sterylizowane tlenkiem etylenu.

Poz. 8/ Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie zestawu do BAL - cewnika do płukania oskrzelowo- pęcherzykowego działający na zasadzie cewnika w cewniku dostosowanego do adaptera Verso o rozmiarach cewnika zewnętrznego 4 mm tj. 13 Fr (długości 85 cm)

i wewnętrznego 2,1 mm tj. 7 Fr (długości 90 cm) z końcówką prostą kompatybilnego z łącznikiem (adapterem) Verso stanowiącym część modułowego zestawu do odsysania w systemie zamkniętym z poz 1; 2 i 6, możliwość przeprowadzenia procedury BAL z odłączeniem cewnika przy zachowaniu szczelności układu oddechowego oraz bez odłączenia obwodu oddechowego od pacjenta i zachowania ciągłości wentylacji.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Zamawiający, pismem z dnia 1 października 2014 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w piśmie z dnia 29.09.2014 r. udzielił odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców, które to pytania odpowiadały zasadniczo zarzutom podniesionym w odwołaniu. W odniesieniu do niektórych wymaganych parametrów (cech) zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania sprzętu o cechach innych niż wymagane, ponieważ w jego ocenie nie wpływa to negatywnie na użytkowanie zamawianych wyrobów. W pozostałym zakresie zamawiający podtrzymał dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem, ale również uprawnieniem zamawiającego. Rolą opisu przedmiotu zamówienia nie jest umożliwienie złożenia ofert wszystkim wykonawcom działającym na rynku, oferującym dany asortyment. W pierwszej kolejności zamawiający, kierując się zasadą gospodarności i celowości wydatkowanych środków, powinien opisać przedmiot zamówienia tak, aby otrzymać wyrób spełniający jego wymagania. Nie można uznać za naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji faktu, że jeden z wykonawców nie może złożyć oferty w odpowiedzi na ogłoszenie zamawiającego. Na rynku występują bowiem inne podmioty, posiadające siedziby w Polsce, które mogą zaoferować wyroby spełniające wymagania zamawiającego, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby wymagania zamawiającego powodowały, że ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca, a na rynku istniałyby podmioty, oferujące podobny asortyment, niespełniający w pewnym zakresie wymagań zamawiającego, niewątpliwie wniosłyby odwołanie lub przystąpiły do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania - po stronie odwołującego. Nic takiego jednak nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że opisując przedmiot zamówienia kierował się jedynie potrzebami, co do sprzętu, który wymagany jest do wykonywania procedur na oddziałach intensywnej terapii zgodnie z obowiązującym prawem, obowiązującymi procedurami i rekomendacjami oraz dobrą praktyką lekarską i pielęgniarską. Przedmiot zamówienia został tak skonstruowany, aby nie dokonywać zakupów pojedynczych produktów, lecz zestawu produktów do procedury, której celem - w zakresie części 15 - jest minimalizacja zakażeń krzyżowych między pacjentami

oraz ochrona personelu podczas wykonywania procedur higieny drzewa oskrzelowego oraz odsysania z jamy ustnej i nosowej. W związku z wymogiem rekomendacji pielęgniarstwa oraz wewnątrzszpitalnej procedury, aby higiena drzewa oskrzelowego wykonana była antyseptycznie, zamawiający zmuszony jest do zastosowania wszystkich elementów, które stykają się z sterylnym cewnikiem przed wprowadzeniem do rurki intubacyjnej lub tracheostomijnej (tak w odsysaniu otwartym jak i zamkniętym) w formie jałowej (sterylnej).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z żądaniem alternatywnym, nakazała wyłączenie do odrębnego pakietu poz. 6, 7, 8, które stanowią własną odrębność, czego zamawiający nie kwestionował. Wydzielenie pozwoli pozyskanie przez zamawiającego rozwiązania nowoczesnego, idącego z duchem czasu, jednocześnie nieograniczająca uczciwej konkurencji.

W zakresie poz. 1, 2 oraz 4 i 5 (poz. 3 nie budziła zastrzeżeń odwołującego) Izba nakazała wprowadzenie rozwiązania proponowanego przez odwołującego uznając, iż rozwiązanie to nie utrudnia czy też nie uniemożliwi realizacji zamówienia w zgodzie z obowiązującymi u zamawiającego procedurami. Wskazać bowiem należy, że zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie powołał się na obowiązujące u niego procedury i rekomendacje, które nie znalazły swojego odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, poza koniecznością zastosowania sterylnych (jałowych) cewników. Z żadnych dokumentów złożonych przez zamawiającego na rozprawie nie wynika konieczność, czy wręcz obowiązek takiego opisu przedmiotu zamówienia, który wykluczałby udział konkurencyjnych produktów, oferowanych na rynku. Istotną okolicznością, na którą należy zwrócić uwagę, jest obowiązek nałożony na zamawiającego, polegający na takim opisie przedmiotu zamówienia, który musi odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, a potrzeby te muszą wynikać z obiektywnych czynników wynikających z chociażby wytycznych instytucji nadzorczych, wytycznych instytutów medycznych, które to wytyczne zostały wprowadzone do stosowania u zamawiającego określonymi dokumentami, tj. np. księgami stosowania określonych procedur medycznych, które w sposób bezspreczny uzasadniają konieczność dokonania takiego opisu i które zawierają określone wymagania, co do zastosowania określonego sprzętu. Niemniej wskazać należy, że zamawiający musi, wprowadzając stosowne zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zwrócić szczególną uwagę na aspekt konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający temu wymogowi nie sprostał, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że opracowanie stosowanych wymagań (procedur) wymuszających określone zachowanie poprzez dokonanie zakupu określonego sprzętu jest możliwe, a ponadto zamawiający może premiować określone parametry stosując odpowiednią punktację w ramach kryteriów oceny ofert, które z jednej strony nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, z drugiej wskazują na oczekiwania zamawiającego. Jednakże każdy z tych produktów musi spełniać określone normy i wymagania. W tym miejscu konieczne jest odniesienie się do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO/KD 35/14, gdzie Izba wskazała, że „Zamawiający może oceniać pożądaną przez siebie cechy zamawianego sprzętu w ramach kryteriów oceny ofert i przyznawać za nie dodatkowe punkty w celu wyboru oferty najkorzystniejszej również pod względem technicznym, funkcjonalnym czy środowiskowym. Metodą wyboru oferty najbardziej odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego nie może być natomiast opis przedmiotu zamówienia powielający specyfikację techniczną sprzętu poszczególnych producentów. Istotne jest podanie przez zamawiającego, na etapie sporządzenia SIWZ, parametrów, które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym. Zamawiający winien nie tylko wskazać dopuszczalność rozwiązań równoważnych, ale także wskazać granice - zakres tej równoważności. Zasady opisu przedmiotu zamówienia

wskazane w art. 29 ust. 1 p.z.p. mają również w pełni zastosowanie do sposobu opisanie równoważności.”

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał opisu przedmiotu zamówienia, który ograniczył w sposób istotny konkurencję, a zamawiający nie uzasadnił w sposób dostateczny tak dokonanego opisu. Zamawiający nie udowodnił również, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia możliwy jest do zaoferowania przez więcej niż jeden podmiot, identyfikowany jako różnego producenta, a nie pośrednika.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 5 maja 2014 roku, sygn. akt KIO 765/14, cyt.: „Określone w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji to "szkielet" każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalny uregulowaniu potrzeb zamawiającego.”

Ponadto wskazać należy, iż uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług (dostaw, robót budowlanych), o ile wynikają one z celu, dla którego zamawiający wszczyna określone postępowanie, cel ten jest nakierowany na realizację tych potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Praktykę działania powodującego całkowitą eliminację konkurencji na skutek nałożenia irrelewantnych z punktu widzenia potrzeb zamawiającego i jego statusu, jako organu ochrony prawa, potrzeb i wymagań należy uznać za naruszającą obowiązujący porządek prawny. W przypadku, gdy zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, prowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym z jednoczesnym dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia naruszającym art. 29 ust. 2 p.z.p. godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 roku, sygn. akt KIO 2184/13).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się pogląd, że fakt zaoferowania urządzenia (jednego producenta) przez dwóch lub więcej pośredników nie świadczy o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do dowodów zgłoszonych przez strony, to Izba wskazuje, że dała wiarę dowodom złożonym przez odwołującego z:

- zestawienia tabelarycznego parametrów wymaganych przez zamawiającego z możliwościami zaoferowania przez różnych przedstawicieli producentów na rynku polskim (dowód Nr 1-odw.),

- opinii - wyników badań czystości mikrobiologicznej Adapteru dostępu do dróg oddechowych Air Life Verso, z dnia 1 października 2014 r., sporządzonych przez Zakład Mikrobiologii Farmaceutycznej i Diagnostyki Mikrobiologicznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (dowód Nr 5-odw.),

oraz dowodom zgłoszonym przez zamawiającego, z:

- Księgi Procedur Pielęgniarskich KP-P-01, wydanie II, Kraków, wrzesień 2013 r. (dowód Nr 1-zam.)

- Zalecenia grupy roboczej do spraw praktyki w pielęgniarstwie anestezyjologicznym i intensywnej opieki PTPAiIO w sprawie wytycznych pielęgnacji dróg oddechowych u pacjentów dorosłych wentylowanych mechanicznie leczonych na OIT opracowane przez Grupę Roboczą do spraw praktyki w pielęgniarstwie anestezyjologicznym i intensywnej opieki Polskiego Towarzystwa Pielęgniarek Anestezyjologicznych i Intensywnej Opieki z siedzibą w Poznaniu, z dnia 26 września 2013 roku (dowód Nr 2-zam.).

Pozostałe dowody:

- informacja o rozdzielnie sprzętu na oddzielne pakiety – w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego (dowód Nr 2-odw.),

- porównanie cen przedstawionych w różnych postępowaniach dotyczących cewnika do odsysania w systemie zamkniętym (dowód Nr 3-odw.)

- wniosek odwołującego, kierowany do zamawiającego o przesłanie określonych dokumentów, z dnia 30 września 2014 r. (dowód Nr 4-odw.),

Izba oddaliła, uznając, że pozostają one bez wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak też brzmienie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: