

Sygn. akt: KIO 402/11

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24.02.2011 r. przez wykonawcę **Aero-MEDIKA Spółka z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa pomp insulinowych dla UCK w Gdańsku” (znak 18/PN/2011)

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland Spółka z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę **Aero-MEDIKA Spółka z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez wykonawcę **Aero-MEDIKA Spółka z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa,**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **do wyroku z dnia 12 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 402/11**

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa pomp insulinowych dla UCK w Gdańsku” (znak 18/PN/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **15.02.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr ogłoszenia 2010/S 31-051248.

W dniu **15.02.2011 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ. Odwołanie wniesione do Prezesa KIO w dniu **25.02.2011 r.** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę podskórnych pomp insulinowych dla dzieci wartości powyżej 125.000 euro - na dostawę pomp insulinowych dla dzieci znak 18/PN/2011 w ilościach.

Pakiet nr 1 pompa insulinowa dla dzieci poniżej 6 roku życia 12 sztuk;

Pakiet nr 2 pompa insulinowa z monitorowaniem glikemii 70 sztuk;

Pakiet nr 3 pompa insulinowa - 30 sztuk.

Przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego polegająca na sporządzeniu SIWZ w części dotyczącej:

Pakiet nr 1

- zakres przepływu co najmniej 0,0 - 25,0 jedn./godz.;
- ilości profili dawki bazowej co najmniej 5;
- programowanie zmiany w czasie 15 min - 24 h;
- zmiany ustawienia czasowej dawki bazowej min.0 - 250%;
- możliwość zmiany bazy co 15 min., co 30 min., co 1 h;
- czasowy zakres programowania bolusa przedłużonego co najmniej 15 min. + 12 godzin;
- konieczności zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży ( sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu Ruch, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) czyli bateria typu AA i AAA;
- nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby;
- historii wypełnień drenu;
- pomiaru glikemii;
- alarmu glikemii i hiperglikemii;
- prezentacja stosowanych wartości przeliczników z ustalonymi przedziałami czasowymi w kalkulatorze bonusów;

- możliwość ustawienia zakresu glikemii.

#### Pakiet nr 2

- zakres przepływu co najmniej 0,0 - 35,0 jedn./godz.;
- konieczności zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu Ruch, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) czyli bateria typu AA i AAA;
- nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby;
- historii wypełnień drenu;

#### Pakiet nr 3

- zakres przepływu co najmniej 0,0 - 35,0 jedn./godz.;
- nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby;
- konieczności zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu Ruch, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) czyli bateria typu AA i AAA.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 7 ust 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp polegające na tym, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania konkurentów. Nadto wskazał, iż opisanie przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób nadmiernie i bezzasadnie restrykcyjny a w zasadzie sposób określenia przedmiotu zamówienia powoduje eliminację konkurencji poprzez wskazania rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez jednego dostawcę

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o :

1. uznanie, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony zgodnie z treścią art. 179 ustawy, w terminie oraz we właściwej formie;
2. rozpoznanie odwołania i uznanie, że SIWZ będąca przedmiotem zaskarżenia sporządzona została w sposób uniemożliwiający warunki uczciwej konkurencji oraz nie zapewnia ustawowego wymogu równego traktowania konkurentów;
3. nakazanie zamawiającemu sporządzenie nowej SIWZ w sposób odpowiadający treści przepisu art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy, a w szczególności uznanie, że zaskarżone wyżej poszczególne zapisy SIWZ są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców lub co najmniej uznanie, iż taki sposób określenie przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą

konkurencję co w istocie prowadzi do eliminacji z rynku potencjalnych oferentów pozostawiając na nim tylko jednego;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych oraz rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że interes prawny odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania jest wykazany tym, iż odwołujący będący dostawcą pomp insulinowych, po zapoznaniu się z ogłoszonym przez zamawiającego przetargiem nieograniczonym na dostawę pomp insulinowych jest zdecydowany przystąpić do przetargu

W uzasadnieniu zostało wskazane, iż w dniu 16.02.2011 r. zamawiający drogą elektroniczną opublikował informację prowadzonym przetargu nieograniczonym na zakup pomp insulinowych w 3 pakietach. We wszystkich 3 pakietach zamawiający określił w SIWZ parametry techniczne pompy, które muszą być spełnione jako warunki wymagane.

W ocenie Odwołującego wszystkie zakwestionowane zapisy SWIZ są w zasadzie zbędne i ukierunkowane jedynie na eliminację konkurencji w celu pozostawienia na rynku jednego oferenta.

I tak jeśli chodzi o wymóg zasilania pomp bateriami powszechno dostępnymi - wymóg ten jest całkowicie niezrozumiały. Odwołujący oferuje pompy insulinowe zasilane bateriami ½AA. Są to baterie alkaliczne, wysokiej jakości dostarczane bezpłatnie pacjentom wraz z pompą insulinową w sposób zapewniający ciągłość dostawy. W tym miejscu zauważyć należy, że wiele (ostatnio wszystkie) podmiotów ogłaszających przetargi na zakup pomp insulinowych z uporem godnym lepszej sprawy umieszcza w SIWZ wymóg zasilania pomp bateriami typu AA i AAA. Jest to całkowicie niezrozumiałe. Bo w czym ma być lepsza tego typu bateria, niejednokrotnie wyprodukowana w krajach Dalekiego Wschodu, które może też leżakować w punkcie sprzedaży przez bardzo długi okres czasu tracąc tym samym swoje właściwości. To jest dopiero potencjalne zagrożenia dla dziecka kiedy zainstalowana zostanie bateria o słabej mocy. Baterie oferowane przez odwołującego są najwyższej jakości ich trwałość jest nieporównywalna, pacjenci otrzymują je gratis oraz dodatkowo otrzymują jeszcze ładowarki do tych baterii, tak więc nie istnieje żadne zagrożenie iż pompa może przestać funkcjonować. Jeśli uwzględni się jeszcze okoliczność, że w skrajnych przypadkach bateria może być dostarczona do pacjenta w czasie do 72 godzin (najczęściej do 24 godzin) i to w miejsca gdzie nie dociera żaden środek komunikacji publicznej) to wymóg ten nie znajduje, w ocenie Odwołującego, żadnego uzasadnienia

Odwołujący wskazał, że opisane wyżej zarzuty zauważył Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 17.06.2010 r w sprawie V Ga 61/10. W sporządzonym uzasadnieniu Sąd

Okręgowy w sposób zasadniczy i bardzo konkretny rozprawił się z argumentami o wyższości baterii typu AA i AAA nad bateriami typu Vi AA. Odwołujący wskazał, iż w bardzo ostrych słowach Sąd Okręgowy w Olsztynie nazwał określenie tego rodzaju wymogów manipulacją mającą na celu wykluczenie z góry rzetelnych producentów. Dodatkowo: możliwość wykorzystywania baterii typu ½AA pozwala na zmniejszenie rozmiarów i wagi pompy co dla komfortu korzystania z tej pompy przez dzieci ma niebagatelne znaczenie.

W ocenie Odwołującego nie budzi więc wątpliwości okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia w opisany wyżej sposób sporządzony został z obrazą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wspólne we wszystkich 3 pakietach zamówienia są również wymogi funkcji dodatkowej - nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby, Dla diagnostyki i leczenia pacjenta nieograniczona ilość wypełnień drenów w ciągu doby jak również rozpoznawania insuliny w zbiorniczku nie ma żadnego znaczenia.

Zakres przepływu 0 - 35 jedn., na godzinę lub 0 - 0.25 jedn. na godzinę jest całkowicie niezrozumiały. Czemu ma służyć progowa wartość 35 jedn./ h skoro w skali dobowej pacjent musiał by przyjąć 840 jednostek a więc ponad 4 - krotną dawkę śmiertelną

Jeśli chodzi o wymóg ciągłego monitorowania glikemii to w pakietach 1 i 2 stanowiących załącznik do SIWZ wprowadzono wymóg wyposażenia pompy w funkcję dodatkową - ciągłego monitorowania glikemii. Określone wyżej wymogi są, w ocenie Odwołującego, absolutnie zadziwiające. Po pierwsze jak wynika z informacji producenta Medtronic Diabetes opublikowanych na stronie internetowej to nowa technologia monitoringu glikemii w czasie rzeczywistym może być stosowana jedynie u osób w wieku od 7 lat.

Producent zaleca również konsultacje z lekarzem przed podjęciem decyzji o użyciu tego rodzaju metody w zakresie ewentualnych korzyści i możliwości ryzyka. Najważniejsze jest jednak to, że jak podaje sam producent uzyskane tą metodą informacje mają jedynie charakter uzupełniający i nie mogą zastąpić pomiarów stężenia glukozy we krwi uzyskanych za pomocą standardowych glukometrów do użytku domowego.

Jak wynika z opracowań specjalistów: *System oparty na tej technologii może dokonywać pomiarów niezależnie, bądź być zintegrowane z pompą insulinową (w tym przypadku informacja o poziomie). Osoby chorujące na cukrzycę zmuszone są do kilku pomiarów glikemii na dobę za pomocą glukometrów. Od lat pacjenci czekają na możliwość nieinwazyjnego pomiaru glikemii, a naukowcy od lat prowadzą badania jak temu problemowi sprostać. Mimo znacznego postępu technologii nadal nie istnieje wiarygodna, prosta i tania technika bezkrwawego oznaczania glukozy. Obecne dostępne systemy do ciągłego podskórnego monitorowania glikemii chociaż są zaawansowane technologicznie i znacznie*

ułatwiają życie i samokontrolę w cukrzycy nie rozwiązały całkowicie problemów związanych z potrzebą oznaczania glukozy we krwi.

Obecnie na rynku polskim powszechne są urządzenia do ciągłego monitorowania glikemii dokonujące pomiaru w płynie zewnątrzkomórkowym oparte na czasowym umieszczeniu specjalnego czujnika w tkance podskórnej. Sygnał o stężeniu glukozy wysłany jest do odbiornika co 10 s, a na jego ekranie wyświetlony jest uśredniony wynik co 5 min. Glukozy jest przesyłana drogą radiową i można ją odczytać na ekranie pompy - w tej chwili jedynie pompa Paradiem722 firmy Medtronic).

Oczywiście takie rozwiązanie znacznie ułatwia codzienne życie z cukrzycą. Dzięki ciągłym pomiarom możemy sprawdzić wpływ poszczególnych posiłków na stężenie glukozy, zwiększyć bezpieczeństwo w trakcie wysiłku fizycznego. Pomaga osobom aktywnym w szkole czy zawodowo uniknąć przykrych niespodzianek w postaci spadku glukozy na konferencji czy egzaminie. Możemy wtedy dyskretnie sprawdzić swój cukier na odbiorniku oraz zaobserwować, czy ma tendencję spadkową, czy wzrostową. Takie obserwacje dają możliwość odpowiedniego zareagowania na niski albo wysoki cukier wcześniej. Umożliwia odczytanie wykresów obrazujących stężenie glukozy w ciągu dnia. Pomaga to znacznie w ustalaniu przepływu podstawowego w pompie lub określenie dobowego zapotrzebowania na insulinę. Zalety takiego pomiaru można by wyliczać dalej, niestety nie jest on doskonały i w pewnych okolicznościach może być przyczyną błędów interpretacyjnych.

Trzeba pamiętać, że pomiary dokonywane przez sensory są oznaczane w płynie międzykomórkowych. Są one o 30-40 ms/dl inne niż w krwi. Wynika to z opóźnienia związanego z przepływem glukozy z krwi do płynu międzykomórkowego. Przykład odbiornik wyświetla glukozę 80 mg/dl. w rzeczywistości może być już we krwi znacznie niżej np: 50 mg/dl i powodować objawy hipoglikemii. Problem pojawia się wtedy gdy doświadczamy nieświadomionej hipoglikemii i kierujemy się wyłącznie informacją przekazaną z sensora. Nie pożegnamy się również z glukometrami i krwawym pomiarem glikemii - marzenie każdego cukrzyka. Systemy do ciągłego monitorowania glukozy wymagają 2x na dobę kalibracji do krwi włósczkowej. (kto będzie to faktycznie robił jeśli i tak istnieje konieczność korzystania z glukometru przypis mój) Oznacza to potrzebę wykonania pomiaru na elukometrze i skalibrowaniu sprzętu. Producenci nie zalecają również podejmowania decyzji terapeutycznych na podstawie glikemii na odbiorniku. Wynika to z różnic w stężeniu glukozy we krwi i płynie międzykomórkowym w tkance podskórnej. Może to spowodować, że podasz niewłaściwą dawkę insuliny. Jest to szczególnie ważne u osób stosujących precyzyjne zasady intensywnej insulinoterapii.

Na koniec jeszcze chyba najważniejsza rzecz, która czyni ten sprzęt tak nieosiągalny dla osoby z cukrzycą, to cena zakupu samego urządzenia oraz wymiennych elektrod, dzięki którym możliwy jest ciągły pomiar glikemii.

Powyższe Odwołujący zacytował za artykułem napisanym przez Anitę R. • 23 Maj 2008

Tak więc, w ocenie Odwołującego, uznać należy, że w tej części SIWZ zawiera wydumane w zasadzie wymogi, które nie znajdują merytorycznego uzasadnienia. Podobnie zupełnie niezrozumiałe i zbędne są określone wymogi określone jako: prezentacja stosowanych wartości przeliczników z ustalonymi przedziałami czasowymi w kalkulatorze bonusów, możliwość ustawienia zakresu glikemii. Nie mają one znaczenia dla leczenia i diagnozowania pacjentów.

W uzasadnieniu zostało ponadto wskazane, że pompy oferowane przez odwołującego mają najlepsze zabezpieczenia, są nowoczesne oraz dopuszczone do obrotu przez Urząd Rejestracji Wyrobów Medycznych. Nie ma żadnych przesłanek aby stosować tak restrykcyjny opis przedmiotu zamówienia który w swej istocie jest sprzeczny z treścią art. 7 ust. 1 cyt. ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że tak opracowany SIWZ z góry wyklucza z rynku dostawców i producentów, rzetelnych o ogromnej wiedzy inżynierskiej dysponujących najnowocześniejszym sprzętem. Dowolne manipulowanie parametrami technicznymi jest niedopuszczalne gdyż w tym konkretnym przypadku pozbawia szans wszystkich oferentów za wyjątkiem jednej firmy. Tym samym stwierdzić należy, że SIWZ sporządzony został niezgodnie z treścią art. 7 ust 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp gdyż przedmiot zamówienia opisany został w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie oferentów.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 80/07, uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002r, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006r. sygn. akt II Ca 693/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003r., wyrok Izby z dnia 16 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 553/08, wyrok Izby z dnia 7 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 254/08, wyrok ZA z 13 czerwca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1667/06, wyrok Zespołu Arbitrów z 9 listopada 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2736/06, postanowienie Zespołu Arbitrów z 28 maja 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-604/07, wyrok Izby z 11 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 33/07, wyrok Izby z 20 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 204/08.

W ocenie Odwołującego ostatnie dwa zacytowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej są chyba najbardziej adekwatne do stanu faktycznego opisanego w niniejszym odwołaniu.



Do postępowania odwoławczego w dniu **03.03.2011** r. przystąpił Medtronic Poland Spółka z o.o. wskazując, że przystępuje po stronie zamawiającego oraz wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes z rozstrzygnięciem na korzyść zamawiającego, gdyż jest dostawcą pomp insulinowych i może oraz zamierza wziąć udział w postępowaniu składając ofertę zgodną z treścią SIWZ. Nie bez znaczenia dla przystępującego jest fakt, że oddalenie odwołania może skutkować odstąpieniem przez Odwołującego od złożenia oferty, a w konsekwencji może wyrzucić pozytywny skutek w postaci wyboru oferty przystępującego. Według przystępującego, odwołujący nie wykazał, aby opis przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie mógł utrudniać uczciwą konkurencję. Podniósł, że na rynku producentów i dystrybutorów pomp insulinowych istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (oprócz Medtronic Poland - np. Roche Diagnostics), zaś sam opis nie wskazuje na konkretnego wykonawcę. Nie sugeruje tego nawet sam Odwołujący. Stwierdził, że zasada uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. W szczególności zaś nie można zarzucać naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 2 p.z.p. podnosząc, że oferowany przez odwołującego produkt nie spełnia wymagań SIWZ. Zarzut taki należy ocenić jako nieskuteczny. Podkreślił, że Izba, rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego, a nie zasadność technologiczną żądanych i opisywanych przez zamawiającego rozwiązań, czy też ich gospodarność. Stąd też, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza dojdzie do przekonania, że wymagania zamawiającego nie naruszają zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może odnosić się w pozostałym zakresie do merytorycznej zasadności żądania spełnienia przez towar takich wymagań. Wymagania te muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał tego, ażeby parametry techniczne pomp insulinowych były wymaganiami nadto restrykcyjnymi, nieadekwatnymi do potrzeb zamawiającego i tym samym, by bezpodstawnie mogły utrudnić konkurencję między wykonawcami w niniejszym postępowaniu. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z 3 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-153/05). Zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego towarów nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy wymaganych parametrów technicznych. Nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez odwołującego parametry techniczne pomp insulinowych mają kluczowe znaczenie dla zamawiającego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest dostawcą pomp insulinowych i jak wskazał w treści odwołania jest zdecydowany przystąpić do postępowania, zaś opis przedmiotu zamówienia jest ukierunkowany jedynie na eliminację konkurencji w celu pozostawienia na rynku jednego oferenta.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w toku rozprawy (korespondencji związanej z 4 postępowaniami, których przedmiotem zamówienia były pompy insulinowe, ankiet użytkowników pomp insulinowych Dana R, informacji Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego w Kielcach), dowodów przywołanych przez Przystępującego (wytycznych na rok 2011 Sekcji Pediatrycznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego dla pomp insulinowych dla dzieci; certyfikatów i deklaracji zgodności wraz

z tłumaczeniami dla systemu ciągłego monitorowania stężenia glukozy we krwi), jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba nie dopuściła jako dowodu z dokumentu następujących tłumaczeń: tłumaczenia z języka angielskiego artykułu „Ciągłe monitorowanie glikemii u młodzieży z cukrzycą typu 1 (...)” złożonego przez Przystępującego, jak również złożonych przez Odwołującego: tłumaczenia poświadczonego z języka angielskiego „Informacji producenta Meditronic Diabetes opublikowanego na stronie internetowej” oraz tłumaczenia przysięgłego z języka angielskiego „Zawiadomienia dotyczącego zdrowia publicznego wydanego przez Agencję ds. Żywności i Leków (...)”. Powyższe tłumaczenia nie stanowią dowodów z dokumentów *sensu stricto* lecz zawierają one oddanie w języku polskim treści i znaczenia dokumentów, które nie zostały przez strony powołane jako dowody. Tłumaczenie nie stanowi dowodu, gdyż o faktach, które mają zostać wykazane za pomocą środka dowodowego (dokumentu) świadczy dokument, które był przedmiotem tłumaczenia. Brak oryginału przetłumaczonego dokumentu odbiera tłumaczeniu walor dowodu i tym samym Izba nie zaliczyła powyższych tłumaczeń w poczet materiału dowodowego.

Izba uznała, iż następujące dokumenty przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego, tj. „Ciągły pomiar glikemii – zalety i wady” ([www.pompyinsulinowe.pl](http://www.pompyinsulinowe.pl)); opinie użytkowników ([www.pompciarze.pl](http://www.pompciarze.pl)); „Continuos Glucose Monitoring czyli ... ciągły monitoring glikemii” (Health Yahoo Com, Christine McKinney 06.10.2006) oraz wydruk opisany jako „Czujnik glikemii” ([pompyinsulinowe.pl](http://pompyinsulinowe.pl)) stanowią jego stanowisko w sprawie. Nie sposób uznać, iż niewiadomego pochodzenia wydruki, bez wskazania okoliczności ich powstania, niejednokrotnie ich autorstwa i aktualności mogą stanowić dowody. Dokumenty te, po pierwsze nie potwierdzają żadnych faktów, lecz jedynie stanowią prywatne opinie osób jej sporządzających. Po drugie nie dowodzą one okoliczności mających znaczenie dla sprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dla wszystkich 3 pakietów Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w części ogólnej SIWZ – rozdział III (opis przedmiotu zamówienia) dopuścił składanie ofert częściowych w 3 pakietach, które obejmują:

- pakiet nr 1 – pompa insulinowa dla dzieci poniżej 6 roku życia (12 sztuk);
- pakiet nr 2 – pompa insulinowa z monitorowaniem glikemii (70 sztuk);
- pakiet nr 3 – pompa insulinowa (30 sztuk).

Ponadto wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pomp insulinowych w szacunkowej ilości określonej w załączniku nr 4 do SIWZ oraz o parametrach technicznych określonych w załączniku nr 5 do SIWZ.

Po drugie Izba ustaliła, iż zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ Zamawiający wymagał dostawy pomp insulinowych w 3 pakietach o następujących parametrach wymaganych (stanowiących warunki graniczne):

1. Pompa insulinowa dla dzieci w wieku do lat 6-ciu (12 sztuk):

L.p. 3.1. Zakres przepływu: co najmniej 0,0-25,0 jedn./godz.;

L.p. 3.4. Ilość profili dawki bazowej: co najmniej 5, w tym profil standardowy;

L.p. 3.5.1. Programowanie zmiany w czasie: minimum 15 min. – 24 godz.

L.p. 3.5.3. Zakres ustawienia czasowej zmiany dawki bazowej: minimum 0-250%;

L.p. 3.5.5. Możliwość zmiany bazy co 15 min., co 30 min. I co 1 godz.;

L.p. 4.4. Czasowy zakres programowania bolusa przedłużonego: co najmniej 15 min.-12 godz.;

L.p. 5. Pomiar glikemii;

L.p. 9.5. Alarm hipoglikemii i hiperglikemii;

L.p. 10.1. Nieograniczona ilość wypełnień drenu w ciągu dnia.

L.p. 14.1.2. Prezentacja stosowanych wartości przeliczników z ustalonymi podziałami czasowymi w kalkulatorze bonusów;

L.p. 14.1.4. Historia wypełnień drenów;

L.p. 15.1. Możliwość ustawienia pożądanego zakresu glikemii i przelicznika insulina/węglowodany w kilku przedziałach czasowych;

L.p. 18. Zasilanie: baterie AAA i/lub AA;

2. Pompa insulinowa z monitorowaniem glikemii (70 sztuk):

L.p. 3.1. Zakres przepływu: co najmniej 0,0-35,0 jedn./godz.;

L.p. 10.1. Nieograniczona ilość wypełnień drenu w ciągu dnia;

L.p. 14.1.4. Historia wypełnień drenów;

L.p. 18. Zasilanie pompy: baterie AAA lub AA.

3. pompa insulinowa (30 sztuk):

L.p. 3.1. Zakres przepływu: co najmniej 0,0-35,0 jedn./godz.;

L.p. 8. Nieograniczona ilość wypełnień drenu w ciągu dnia;

L.p. 16. Zasilanie pompy: baterie AAA lub AA.

Izba wzięła pod uwagę, przywołane przez Przystępującego jako dowód, wytyczne Sekcji Pediatricznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego na rok 2011 w odniesieniu do pomp insulinowych dla dzieci. W dokumencie tym wskazano wymagania konieczne w postaci: czasowej zmiany bazy/dawki podstawowej u dzieci poniżej 6 roku życia możliwe procentowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, przynajmniej co 30 minut, u dzieci powyżej 6 roku życia możliwe procentowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, przynajmniej co 1 godzinę, pamięć pompy: historia bolusów, alarmów, dawki, dobowej, czasowej zmiany bazy, wypełnień drenów – minimum 90 dni za pomocą programu komputerowego przez czytnik, minimum ostatnie 20 bolusów (dawki i rodzaj), średnie dawki dobowe z ostatnich 14 dni, historia wypełnień drenów, automatyczne wypełnienie drenu, nieograniczoną ilość wypełnień drenów w ciągu doby, baterie zasilanie pompy – ogólnodostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu ruch, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). W załączniku nr 1 wskazano wymagania dotyczące programu komputerowego do odczytywania pamięci pompy w tym: aktualne bazy (wszystkie możliwe z jednego odczytania pompy, na wykresach lub w tabelach dokładna dawka – z dokładnością podawania bazy przez pompę), stosowane wartości przeliczników z ustalonymi przedziałami czasu w kalkulatorach bolusów, historia bolusów (dokładnie podany rodzaj bolusa, dawka i godzina ich podania), historia wypełnień drenu, wykresy dzienne, na których muszą być przedstawione: stosowana w tym dniu baza podstawowa, czasowa zmiana bazy -wskazane oznaczenie innym kolorem, zaznaczenie momentu zatrzymania i włączenia pompy, zaznaczenie momentu wypełnień drenu, wszystkie podane bolusy z rozróżnieniem rodzaju i oznaczeniem czasu podania bolusa przedłużonego – wskazane zaznaczenie bolusów innymi kolorami, historia alarmów, udostępnienie programu pacjentom na życzenie bezpłatnie. Ponadto Polskie Towarzystwo Diabetologiczne zarekomendowało opcje dodatkowe tj. automatyczna informacja o stanie ilości insuliny w pompie, alarmy przypominające bolusy lub pomiary glikemii w czasie ustalonym przez użytkownika, czasowa zmiana bazy w przedziałach czasowych co 30 minut u dzieci powyżej 6 roku życia, a w pakiecie dla osób z nawracającymi niedocukrzeniami z funkcją dodatkową obowiązkowo – ciągły pomiar glikemii, 1 transponder na każde 5/10 pomp oraz 2 sensory do każdej pompy.

Po pierwsze Izba uznała w zakresie podniesionego zarzutu, tj. wskazanego przez Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie

opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję, iż samo wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego nie stanowi podstawy do uznania, iż opis przedmiotu zamówienia narusza ww. przepisy ustawy Pzp. Wszakże wskazanie przez Zamawiającego konkretnego rozwiązania technicznego jest domeną i uprawnieniem tego ostatniego, tym samym stanowi ono istotę opisu przedmiotu zamówienia. Dopiero pośrednie lub bezpośrednie wskazanie określonego produktu lub producenta może powodować naruszenie uczciwej konkurencji.

Skład Izby wskazuje, że treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania, iż to sposób opisanie przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. To na stronie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia do określonej sytuacji (pośredniego lub bezpośredniego wskazania określonego urządzenia), która to sytuacja w konsekwencji może sprzyjać naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Istotna w tym aspekcie jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych. Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych (tj. w określonej sytuacji rynkowej) dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku, tj. w przypadku wykazania takiego monopolu stosownie do treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie jest konieczne wykazanie i udowodnienie przez podmiot podnoszący taki zarzut implikacji takiej sytuacji, a więc jej przewidywanych następstw w postaci możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. W tym zakresie wystarczające jest już samo uprawdopodobnienie, iż następstwem takiego opisu przedmiotu zamówienia może być np. stosowanie nieuczciwych praktyk monopolistycznych, czynów nieuczciwej konkurencji, w szczególności kreujących określone monopole lub ograniczających dostęp do rynku innych wykonawców lub preferowanych przez nich produktów. Jednakże, jak wyżej zostało wskazane, naruszenie uczciwej konkurencji lub tylko podejrzenie takiego naruszenia musi być następstwem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i ten ostatni fakt wymaga udowodnienia. Tym samym, zdaniem Izby, powyższe nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło faktycznie i bezsprzecznie do takiego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,

poprzez który Zamawiający wskazał pośrednio lub bezpośrednio na jeden określony typ urządzenia (w tym wypadku wskazane przez Odwołującego na etapie rozprawy urządzenia Medtronic eliminując w sposób nieuzasadniony urządzenia Aero-Medika).

Należy w tym miejscu wskazać na treść art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który normuje obowiązek dowodzenia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne. Tym faktem w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest uznanie, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Aby wykazać naruszenie powyższego przepisu wykonawca musi wykazać, że znaczna część wykonawców lub wszyscy (znani odwołującemu) poza jednym wykonawcą nie mogą złożyć oferty w postępowaniu, z uwagi na określone wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, albo że dany wymóg nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, ani tym bardziej nie wykazał w dopuszczalny w ustawie Pzp sposób, iż opis przedmiotu zamówienia narusza normy prawne zawarte w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ.

Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że na skutek opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów (art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Mając na uwadze sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów, a więc określone w SIWZ parametry graniczne na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż każdy z nich z osobna lub pewna ich jak również wszystkie one razem wskazują w sposób pośredni lub bezpośredni na określone rozwiązanie techniczne lub wręcz na określone urządzenie. Dopiero wykazanie powyższych okoliczności mogłoby doprowadzić do uznania, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia naruszył wskazane w odwołaniu przepisy. W powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zaś wszelkie zarzuty zawarte w odwołaniu oparł jedynie na swoich twierdzeniach lub twierdzeniach wybranych przedstawicieli środowiska medycznego. Jednakże twierdzenia te, cytowane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, należy uznać za twierdzenia własne Odwołującego, gdyż nie spełniają one warunków mogących zostać uznane za dowód w sprawie. Nie dowodzą one bowiem podnoszonych faktów, lecz jedynie stanowią opinie i ocenę istniejącego stanu faktycznego. Tego rodzaju stanowiska są jedynie własnymi opiniami osób je wypowiadających i nie sposób uznać, iż ranga tych osób i okoliczności ich zaprezentowania zmieniają ich charakter. Odwołujący nie wykazał, iż to Zamawiający poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia uprzywilejował któregokolwiek

wykonawcę, urządzenie bądź określoną technologię jak również nie wykazał w jaki sposób doszło do takiego uprzywilejowania. Wszakże w toku rozprawy Przystępujący wskazał, iż oferowane przez niego urządzenia nie spełniają wymagań we wszystkich 3 pakietach i nie będzie on mógł oferty dla całego przedmiotu zamówienia. Wskazał ponadto, iż na rynku istnieje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, trzech producentów tego typu urządzeń i tym trzecim jest Roche Diagnostics. Odwołujący nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom Przystępującego i nie odniósł się do podniesionych przez tego ostatniego twierdzeń.

Powyższe okoliczności mają zasadnicze znaczenie dla uznania naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił specyfikacji urządzeń oferowanych przez konkurencję, jak również nie przedstawił specyfikacji urządzeń oferowanych przez siebie. Izba nie może w tym wypadku poprzestać jedynie na twierdzeniach Odwołującego, że oferowane przez niego urządzenia nie spełniają określonych parametrów, zaś spełnia je jedynie urządzenie produkcji Meditronic. Dane techniczne urządzeń oferowanych przez poszczególnych producentów nie stanowią powszechnie znanych faktów. Wobec powyższego uznać należy, iż Odwołujący nie wykazał faktu, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia ma na celu jedynie eliminację urządzeń oferowanych przez Odwołującego i uprzywilejowanie urządzeń produkcji Meditronic, tym samym nie uprawdopodobnił, iż tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia sprzyja naruszeniu uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Odwołujący zaniechał ciężącego na nim obowiązku wykazania lub chociaż uprawdopodobnienia, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza normę prawną wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby wskazane przez Odwołującego i kwestionowane parametry techniczne poszczególnych urządzeń nie są parametrami charakterystycznymi dla określonej marki czy typu urządzeń. Są to typowe parametry użytkowe i funkcjonalne. Nie są przedmiotem patentów, wzorów przemysłowych lub innych chronionych prawem rozwiązań technicznych, projektowych lub wzorniczych. Odwołujący nie wykazał również, że parametry te stanowiły wsparcie dla stosowanego wyłącznie przez jednego producenta rozwiązania lub stanowiły charakterystyczne parametry jednego urządzenia.

Zdaniem Izby należy przyjąć, iż decydują one jedynie o technicznej sprawności i funkcjonalności zamawianych urządzeń i nie sposób uznać, iż pojedynczo lub wspólnie mogą one wpłynąć na ograniczenie konkurencji poprzez bezpośrednie lub pośrednie wskazanie na określone typy urządzeń. W art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazano, że: „Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki ani źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub



wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa "lub równoważny". Jak wynika z wyżej przytoczonego przepisu Dyrektywy niedozwolone odniesienia specyfikacji technicznych muszą więc wskazywać na określony produkt, które to wskazanie i odniesienie poprzez właśnie takie sformułowanie parametrów granicznych mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych produktów lub wykonawców. Z powyższego wynika, iż z niedozwolonym opisem przedmiotu zamówienia mamy do czynienia jedynie wtedy, gdy wskazanie określonego produktu lub specyficznej technologii jest niewątpliwe, jednoznaczne i możliwe do wykazania za pomocą dopuszczalnych środków dowodowych. Jednocześnie należy dodać, iż takie wskazanie w określonej sytuacji nie jest spowodowane uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, które jest on w stanie wykazać w odniesieniu do zamawianego przedmiotu zamówienia.

Zakres zarzutów technicznych sformułowanych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odnosi się w przeważającej części do parametrów użytkowych i funkcjonalnych urządzenia. Biorąc pod uwagę poszczególne parametry urządzeń należy wskazać, iż odnoszą się one do jego ustawień i parametrów dawkowania insuliny, programowania dawkowania i zdolności technicznej zmian dawkowania, dotyczą pomiaru glikemii, trybów alarmowych urządzenia oraz sposobu zasilania i prezentacji wartości poszczególnych danych.

1. W zakresie zarzutu dotyczącego baterii (zarzut wspólny dla pakietu nr 1, 2 oraz 3) należy wskazać, iż biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego zachodzi trudność w ustaleniu, czy Odwołujący żąda uznania, że oferowane przez niego urządzenie zasilane przez baterie 1/2AA spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, czy też kwestionuje prawo Zamawiającego do żądania aby urządzenie, tj. pompa insulinowa, była zasilana z baterii ogólnodostępnych (typu AAA lub AA). Należy wnioskować, iż Odwołujący kwestionuje prawo żądania przez Zamawiającego aby urządzenie było zasilane z baterii ogólnodostępnych. W ocenie Izby nie sposób odmówić powyższemu żądaniu zasadności i racjonalności. Wszakże to ciągłość działania urządzenia zasilanego energią elektryczną decyduje o bezpieczeństwie i komforcie pacjenta. Urządzenie to jest urządzeniem stricte przenośnym i Zamawiający nie wymaga dla niego alternatywnych źródeł zasilania. Biorąc pod uwagę, iż zamawiane urządzenia będą przeznaczone dla dzieci ułatwienie w zakupie baterii i ich montażu jest atutem takiego urządzenia i nie sposób tego wymogu uznać za nadmierny i nieuzasadniony. Przedłożony przez Odwołującego dowód w postaci opinii szpitala w Kielcach z której wynika, iż użytkownicy nie mają problemów z bateriami oferowanymi przez Odwołującego nie dowodzi podniesionej przez Odwołującego tezy, że opis przedmiotu

zamówienia został sporządzony z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Dokument ten nie stanowi dowodu na okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne urządzenie, tym samym eliminując z udziału w postępowaniu produkty Odwołującego. Należy wskazać, iż w tym aspekcie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 598/09) wskazując, co należy rozumieć pod pojęciem ogólnodostępności baterii, jak również potwierdzając, iż baterie typu ½AA nie są bateriami ogólnodostępnymi. Powyższy wyrok został przywołany przez Przystępującego. Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości dokonane w jego treści ustalenia. Wskazać należy, iż baterie typu ½AA nie są powszechnie wykorzystywane w sprzęcie elektronicznym. Mają one walor specjalistycznego źródła zasilania i ich dostępność jest ograniczone tylko do wybranych punktów (niektóre apteki). Przywołany przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie został wydany w innej sprawie i nie wiąże Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Powyższe stanowisko nie jest jednolite, gdyż w odmiennie orzekł Sąd Okręgowy w Szczecinie (syng. akt VIII Ga 136/09) w innym postępowaniu skargowym. To w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący ma obowiązek wskazać dowody na potwierdzenie faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Przeprowadzone w ramach wskazanego przez Odwołującego postępowania skargowego postępowanie dowodowe nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania w niniejszym postępowaniu określonych okoliczności, w szczególności w kontekście powołanych zarzutów. Wszakże to Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż maksymalny czas oczekiwania na dostawę baterii typu ½AA wynosi 72 godziny. Powyższe stoi w sprzeczności z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, którym nie sposób odmówić zasadności.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego żądania, aby urządzenie umożliwiło nieograniczoną ilość wypełnień drenów w ciągu doby (zarzut wspólny dla pakietów 1, 2 oraz 3) Odwołujący poza kwestionowanie zasadności postawienia takiego wymogu nie wskazał na jego nieadekwatność dla funkcjonalności urządzenia. W powyższy zakresie Odwołujący nie wskazał, iż oferowane przez niego urządzenie nie spełnia ww. wymogu, jak również nie odniósł powyższych żądań do urządzeń innych producentów. Izba w tym zakresie wskazuje, iż biorąc pod uwagę wskazane przez Przystępującego możliwe do zaistnienia zdarzenia (np. nieumyślne wyrwanie wkłucia, obluźowanie wkłucia, rozszczelnienie zestawu, niedrożność kaniuli zestawu infuzyjnego, zainfekowanie zestawu infuzyjnego przed jego założeniem, zablokowanie pracy pompy, w przypadku pojawienia się istotnych przerw - powietrze w drenie lub w zbiorniku na insulinę) powodujące konieczność ponownego napełnienia całego układu czynią takie żądanie zasadnym. Odwołujący nie odniósł się do powyższych twierdzeń i nie zaprzeczył powyższej argumentacji.

3. W zakresie parametrów związanych z badaniem glikemii (pomiar glikemii, alarmu glikemii i hiperglikemii, możliwości ustawienia zakresu glikemii – pakiet nr 1) w toku rozprawy Odwołujący przedłożył dokumenty, które Izba uznała jako potwierdzające jedynie jego stanowisko. W ocenie Odwołującego wskazują one, że pomiar glikemii nie jest wymogiem niezbędnym, gdyż nie powoduje możliwości rezygnacji z pomiaru poziomu cukru we krwi przy użyciu glukometru. Ponadto metoda badania poziomu glikemii związana jest z koniecznością zakupu drogich sensorów i jest zalecana u pacjentów w wieku powyżej 7 lat. W ocenie Izby okoliczności, które Odwołujący próbuje wykazać nie odnoszą się do dowodzonej tezy, iż ten element opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na urządzenie produkcji Medtronic. Odwołujący próbuje jedynie wykazać nieskuteczność tej metody diagnostycznej i jej wątpliwą użyteczność. Ocena powyższego nie jest przedmiotem kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie odwoławcze nie ma na celu wyjawienie najskuteczniejszych metod diagnostycznych i ich merytoryczną ocenę. Jeżeli w ocenie Odwołującego powyższe żądania wskazują na konkretne urządzenie to powyższy fakt winien zostać udowodniony – czego Odwołujący nie uczynił. Dopiero w przypadku udowodnienia powyższego istnieje podstawa do kwestionowania zasadności takiego wymogu. Jednakże Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom i ten fakt winien być przez Zamawiającego wykazany w momencie wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

4. W zakresie parametru dotyczącego historii wypełnień drenu (zarzut sformułowany dla pakietu nr 1 i 2) Odwołujący nie uzasadnił swojego zarzutu. W odniesieniu do powyższego zarzutu Przystępujący wskazał w przystąpieniu, że uzyskanie tego rodzaju funkcjonalności jest z punktu widzenia technicznego bardzo proste. Wskazał również, iż stanowi ono bazę danych dla programowania pompy i umożliwia kontrolę jej pracy w zakresie ilości dawkowanej insuliny, czasu dawkowania, tego jak często pacjent wypełnia dren, zmienia zestaw infuzyjny i tym samym umożliwia kontrolę, czy powyższe czynności nie są wykonywane niezgodnie z zaleceniami terapeutycznymi. Powyższa kontrola jest szczególnie istotna z tego powodu, iż zamawiane pompy są przeznaczone dla dzieci. W ocenie Izby Odwołujący nie zakwestionował klinicznej przydatności powyższej funkcjonalności i nie udowodnił, iż jej wprowadzenia miało jedynie na celu eliminację jego urządzeń z postępowania. Nie wskazał również, czy oferowane przez niego urządzenia nie spełniają powyższego wymogu.

5. W odniesieniu do wymogu możliwości zmiany zakresu dawkowania insuliny w przedziałach co najmniej 0,0-25,0 jedn./godz. w przypadku pomp insulinowych dla dzieci poniżej 6 roku życia (pakiet 1) oraz 0,0-35,0 jedn./godz. w przypadku pozostałych pomp insulinowych (w pakiecie 2 i 3) Odwołujący wskazał, iż maksymalne dawki powyższych

przedziałów obejmują dawkę śmiertelną dla człowieka. Należy wskazać, iż powyższy wymóg określa jedynie potencjalny zakres regulacyjny pompy i nie musi zostać całkowicie wykorzystany. Ponadto skuteczność dawkowania insuliny zależna jest również od chwilowego przepływu urządzenia aby umożliwić natychmiastowe podanie wymaganej dawki w maksymalnie krótkim czasie. Pompa jest urządzeniem, które dawkuje insulinę kilka razy na dobę w zależności od wahań cukru w ciągu doby i chwilowego stężenia cukru we krwi. W przypadku gwałtownego wzrostu jego poziomu we krwi konieczne jest natychmiastowe podanie odpowiedniej dla danego pacjenta ilości insuliny. W przypadku dzieci wahania te są większe i o większej częstotliwości w ciągu doby niż w przypadku osób dorosłych. Taki wymóg czyni urządzenie bardziej funkcjonalnym i nie zostało przez Odwołującego wykazane, iż jego postawienie jest nakierowane wyłącznie na eliminację urządzenia oferowanego przez niego i nieuzasadnione klinicznie.

6. W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odniesieniu do pakietu nr 1 (ilości profili dawki bazowej co najmniej 5; programowanie zmiany w czasie 15 min - 24 h; zmiany ustawienia czasowej dawki bazowej min.0 - 250%; możliwość zmiany bazy co 15 min., co 30 min., co 1 h; czasowy zakres programowania bolusa przedłużonego co najmniej 15 min. + 12 godzin oraz prezentacji stosowanych wartości przeliczników z ustalonymi przedziałami czasowymi w kalkulatorze bolusów) Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swoich zarzutów.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający wskazał, że SIWZ była przygotowana na podstawie doświadczeń zdobytych przez odpowiednie instytucje naukowe. Doświadczenia te wskazują, iż insulina musi być podawana pacjentom w sposób ciągły, gdyż jej działanie obejmuje czas do 3 godzin zatem zaprzestanie jej podawania może doprowadzić u pacjenta do rozwoju kwasicy metabolicznej zagrażającej jego życiu i zdrowiu. Wskazał ponadto, że pompa jest urządzeniem, której funkcje muszą zapewniać ciągłość jej pracy, jak również umożliwiać monitorowanie poziomu cukru oraz innych parametrów. Pomiar poziomu glikemii jest zalecany dla pacjentów z chwiejnym przebiegiem cukrzycy, z ciężkimi hiperglikemiami oraz ich bezobjawowymi postaciami.

W odniesieniu do pozostałych parametrów kwestionowanych w treści odwołania Odwołujący podniósł, iż są one bez znaczenia dla bezpieczeństwa pacjenta i zmierzają jedynie do eliminacji produktów Aero MEDIKA. Jak zostało to wskazane w części ogólnej uzasadnienia Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów, tj. nie przedstawił specyfikacji technicznych oferowanych urządzeń – zarówno oferowanych przez siebie, jak również oferowanych przez innych producentów.

Powyższe zostało zakwestionowane w toku rozprawy przez Zamawiającego, jak również przez Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również zostało zakwestionowane w toku rozprawy. Przystępujący wskazał m.in., że Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego, a nie zasadność technologiczną żądanych i opisywanych przez zamawiającego rozwiązań, czy też ich gospodarności.

Odwołujący przedłożył w toku rozprawy dokumentację 4 postępowań przetargowych gdzie, jak wskazał, uzyskał dla siebie korzystne rozstrzygnięcia kwestionując m.in. wymogi dotyczące baterii zasilających. Powyższe dokumenty, w ocenie Izby, nie stanowią dowodu na potwierdzenie tezy, iż opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez Zamawiającego jedynie w celu wyeliminowania urządzeń oferowanych przez Odwołującego i uprzywilejowaniu urządzeń produkcji Medtronic. Tym samym należy wskazać, iż okoliczność, która ma być udowodniona powyższymi dowodami (uzyskanie korzystnych rozstrzygnięć w innych postępowaniach) nie ma znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia, gdyż Odwołujący żąda w odwołaniu stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto przedłożone przez Odwołującego ankiety wypełnione przez pacjentów z których wynika, że nie występują problemy techniczne w użytkowaniu urządzeń oferowanych przez tego ostatniego nie stanowią dowodów na potwierdzenie tezy wskazanej w treści odwołania, lecz jedynie potwierdzają bezawaryjność funkcjonowania urządzeń oferowanych przez Odwołującego, których to faktów żadna ze stron nie kwestionuje. Powyższe, co wynika z systemowej analizy przepisów dotyczących postępowania dowodowego, powoduje również pominięcie tego dowodu, gdyż w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie bada okoliczności, czy oferowane przez Odwołującego urządzenia sprawdziły się w dotychczasowej praktyce, jak również żadna ze stron nie kwestionuje walorów użytkowych pomp insulinowych oferowanych przez Odwołującego.

Należy również wskazać na przedstawione przez Odwołującego materiały w postaci wydruków ze stron internetowych. Odwołujący nie wskazał na źródło tychże dokumentów, ich autorstwo oraz okoliczności ich powstania. Nie zostało sprecyzowane, czy są to artykuły branżowe, czy też prywatne opinie użytkowników pomp insulinowych. Podniesione w nich twierdzenia mogą jedynie stanowić prywatne opinie osób je wypowiadających i tym samym stanowić element stanowiska Odwołującego. Taki sposób prezentowania źródeł dowodowych powoduje, iż dowodom takim należy odmówić wiarygodności, gdyż Odwołujący zaniechał dołożenia należytej staranności w ich pozyskaniu oraz w wykazaniu okoliczności ich powstania.

Odwołujący wskazał w toku rozprawy, iż SIWZ układane są z uwzględnieniem produktów oferowanych przez konkurencję i powyższe potwierdzają przedstawiciele szpitali oraz towarzystw diabetologicznych. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do badania i oceny występujących na rynku tendencji, jak również do badania zarzutów dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych. Dokonywana przez Izbę ocena zarzutów ogranicza się do postępowania, w ramach którego doszło do skorzystania ze środka ochrony prawnej, przy uwzględnieniu zarzutów, argumentacji oraz żądań zawartych w odwołaniu. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 172 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą (...) właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy wskazać, iż Odwołujący w swojej argumentacji skupia się na wykazaniu istniejących na rynku tego typu urządzeń (pomp insulinowych) tendencji w opisie przedmiotu zamówienia, jak również na wykazaniu, iż tendencje te są wynikiem realizacji wytycznych Sekcji Pediatricznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego. Zamawiający, jak również Odwołujący nie zaprzeczyli, iż opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu został oparty o powyższy dokument. W ocenie Izby nie potwierdza to jednakże faktu, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o takie wytyczne wskazuje na naruszenie uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący powinien wykazać, że te jednostkowe parametry wskazują tylko i wyłącznie na konkretne urządzenia Meditronic lub zmierzają jedynie do wyeliminowania urządzeń Aero-MEDIKA z rynku, czego Odwołujący nie uczynił.

Zamawiający odpierając zarzuty Odwołującego przyznał, że postawienie takich wymagań dla pomp insulinowych było podyktowane jego potrzebami, przy uwzględnieniu wytycznych Sekcji Pediatricznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego oraz własnego doświadczenia. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zaś opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie urządzeń różnych producentów.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów

w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Jednakże nie zwalania to podmiotu podnoszącego ww. zarzut od wykazania, iż to opis przedmiotu zamówienia w sposób pośredni lub bezpośredni prowadzi w sposób bezsprzeczny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości do uznania, iż działania Zamawiającego w zakresie formułowania postanowień SIWZ sprzyjają nieuczciwym praktykom godzącym w tę zasadę.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub jednego produktu. Niewątpliwie najdalej posuniętą formą eliminacji innych wykonawców jest eliminacja wszystkich potencjalnych wykonawców, poza jednym lub wszystkich produktów poza jednym. Zdaniem Izby Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, iż do takiej sytuacji doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający jego realizację przez każdego zainteresowanego wykonawcę. Powyższe pozwala również na stwierdzenie, iż nawet wysokie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są dopuszczalne o ile są one uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Sama okoliczność, że sformułowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej że okolicznością bezsporną jest fakt, że istotny wpływ na uwzględnienie odwołania dotyczącego treści SIWZ ma również sformułowane przez odwołującego żądanie.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż żąda nakazania Zamawiającemu sporządzenia nowej SIWZ w sposób odpowiadający treści przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności uznanie, że zaskarżone poszczególne zapisy SIWZ są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców lub co najmniej uznanie, iż taki sposób określenia przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, co w istocie prowadzi do eliminacji z rynku potencjalnych oferentów pozostawiając na nim tylko jednego.

Na marginesie należy ponadto wskazać, iż w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ obejmujących opis przedmiotu zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań

co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy uznać za blankietowe. Odwołujący bowiem zażądał doprowadzenia treści SIWZ do zgodności z przepisami ustawy Pzp. Rozpatrując sformułowane przez Odwołującego żądanie łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi trudno jest uznać, iż istnieje możliwość jednoznacznego uczynienia zadość temu żądaniu. Wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania. Odwołujący nie wskazał jaka treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powoduje jego zdaniem, iż nie doszłoby do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Biorąc pod uwagę, iż swoje zarzuty formułuje on w odniesieniu do postawionych wymogów granicznych urządzenia trudno jest uznać, czy uczynienie zadość żądaniu Odwołującego polega na usunięciu takich wymogów, czy jedynie poprzez ich modyfikację, tj. zmianę wartości parametrów granicznych lub dopuszczenie rozwiązań równoważnych.

Jeżeli Odwołujący nie precyzuje, czy w zakresie baterii za ogólnodostępne należy uznać baterie typu ½AA, czy też należy odstąpić od wymogu ogólnodostępności baterii do zasilania urządzenia to brak jest w tym zakresie sprecyzowania postulatu jakie zapisy SIWZ należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp. Blankietowość tego żądania nie może powodować, aby Krajowa Izba Odwoławcza dokonała określenia ogólnych ram dla opisu przedmiotu zamówienia – zastępując w tym miejscu Zamawiającego. W zakresie pozostałych parametrów granicznych i parametrów funkcjonalnych Odwołujący nie sprecyzował, czy żąda zmiany parametrów granicznych na inne (o innym zakresie), czy też na ich wyeliminowania z opisu. Identyczna sytuacja dotyczy żądanych funkcjonalności. W tym wypadku żądanie wszakże mogłoby powodować ich całkowitą eliminację z opisu przedmiotu zamówienia, lub jedynie uznanie ich za nieobowiązkowe opcje dodatkowo punktowane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym brak stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie



faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

