

Sygn. akt: KIO 2615/19

WYROK
z dnia 13 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **AbbVie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z punktu 13.1 SIWZ kryterium *Jakość (B)*;
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;
3. Kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 873 zł 26 gr, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (273,26 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa produktów leczniczych, wyrobów medycznych dietetycznych środków specjalnego przeznaczenia medycznego, suplementów diety, smoczków i artykułów dla niemowląt do Apteki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 244-599618.

W dniu 23 grudnia 2019 r. wykonawca AbbVie Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania częściowego nr 23, zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- a) zaniechanie wskazania ilości danego modelu aparatów do znieczuleń, skoro Zamawiający w treści zastrzeżenia do OPZ zadania 23 żąda dostarczenia parowników kompatybilnych z aparatami do znieczuleń będących na wyposażeniu Zamawiającego;
- b) zaniechanie precyzyjnego określenia liczby żądanych parowników, bowiem wykonawca nie ma możliwości kalkulacji ryzyka, skoro waha się ono w granicach „55-65” parowników, czyli może skutkować różnicą w wycenie kosztu wykonania umowy od 35 000 do 140 000 PLN, w zależności od rodzaju i ilości aparatów;
- c) zaniechanie określenia podstawy prawnej „udostępnienia” parowników oraz warunków umowy regulującej zasady odpowiedzialności i koszty udostępnienia parowników (kalibracja, naprawy serwisowych i naprawy nieobjęte usługami serwisowymi, zasady odpowiedzialności za szkody, warunki dostawy i zwrotu „udostępnianych” parowników);

2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie SIWZ w ten sposób, że jest ona wewnętrznie niespójna, skoro punkt 3.9 SIWZ wskazuje, że „Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia w ramach wynagrodzenia parowników kompatybilnych z przedmiotem zamówienia i aparatami do znieczuleń będącymi na wyposażeniu szpitala w ilości 55-65 szt. (o ile zaoferuje rozwiązanie oparte na adapterach

wielokrotnego użytku)", zaś załącznik 1a OPZ dla części 23 wskazuje, że „Zamawiający wymaga aby Wykonawca na czas trwania umowy udostępnił w ramach wynagrodzenia parowniki kompatybilne z przedmiotem zamówienia i aparatami do znieczuleń będącymi na wyposażeniu szpitala w ilości 55-65 szt."

- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie dla zadania częściowego nr 23 wyłącznie w celu faworyzowania wykonawcy Baxter kryterium oceny ofert opisanego jako „jakość B" zgodnie z którym „Punkty w kryterium „jakość (B)" zostaną przyznane w oparciu o informacje posiadające potwierdzenie w karcie Charakterystyki Produktu Leczniczego odnośnie specjalnych środków ostrożności podczas przechowywania produktu leczniczego (przechowywać temperaturze poniżej 25°C – otrzyma 0 punktów, brak specjalnych zaleceń dotyczących przechowywania produktu – 5 punktów), mimo że w przypadku żadnego innego leku zamawianego w tym postępowaniu, również gazów wziewnych takie kryterium nie zostało zastosowane, zaś prawdopodobieństwo osiągnięcia w magazynie apteki temperatury powyżej 25 stopni Celsjusza jest prawie niemożliwe, tym bardziej że Zamawiający zgodnie z przepisami prawa farmaceutycznego ma obowiązek monitorowania temperatury magazynu apteki, a większość leków posiada zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego wymaganie przechowywania w temperaturze pokojowej, a zatem do 25 stopni Celsjusza.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do przedłożenia:

- dokumentu – monitoring temperatury w magazynie apteki wraz z oryginałem do okazania na rozprawie z okresu ostatnich 12 miesięcy, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przedłożonego dokumentu na okoliczność potwierdzenia, że temperatura w magazynie apteki nie przewyższa 25 stopni Celsjusza.
- zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do przedłożenia dowodu z paszportów aparatów do znieczuleń posiadanych przez Zamawiającego i zgłoszonych w NFZ za pośrednictwem System Zarządzania Obiegiem Informacji na okoliczność potwierdzenia ilości i rodzaju aparatów do znieczuleń znajdujących się na wyposażeniu szpitala, które faktycznie Zamawiający wykorzystuje do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej.

Ad 1 i 2

Odwołujący wskazał, że w ramach zadania częściowego oznaczonego nr 23 Zamawiający wymagał, aby wykonawca na czas trwania umowy udostępnił w ramach wynagrodzenia parowniki kompatybilne z przedmiotem zamówienia i aparatami do znieczuleń będącymi na wyposażeniu szpitala w ilości 55-65 szt.

Odwołujący wskazał ponadto, że treść pkt 3.9 SIWZ jest niespójna z OPZ dla zadania 23 zawartym w załączniku nr 1a do SIWZ, poprzez co wykonawca nie wie, czy ma czy też nie ma obowiązku dostarczyć ww. parowników, bowiem:

- zgodnie z pkt 3.9 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia w ramach wynagrodzenia parowników kompatybilnych z przedmiotem zamówienia i aparatami do znieczuleń będącymi na wyposażeniu szpitala w ilości 55-65 szt. (o ile zaoferuje rozwiązanie oparte na adapterach wielokrotnego użytku);
- zgodnie z OPZ dla zadania 23 załącznik 1a do SIWZ: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca na czas trwania umowy udostępnił w ramach wynagrodzenia parowniki kompatybilne z przedmiotem zamówienia i aparatami do znieczuleń będącymi na wyposażeniu szpitala w ilości 55-65 szt.

Jednocześnie Zamawiający nie określa jakiego rodzaju aparaty do znieczuleń znajdują się na wyposażeniu szpitala, tymczasem na rynku są dostępne następujące rodzaje aparatów do znieczuleń a dla każdego z nich cena parownika jest inna. W konsekwencji koszt parowników jakich żąda Zamawiający może wahać się:

- dla 55 parowników od 192 500 PLN netto do 770 000 PLN netto lub też wynosić 0 PLN;
- dla 65 parowników od 227 500 PLN netto do 910 000 PLN netto, lub też wynosić 0 PLN.

Tym samym nie posiadając wiedzy na temat rodzaju aparatów do znieczuleń jakie znajdują się na wyposażeniu szpitala Zamawiającego, Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć czy ile i jakie parowniki będzie musiał dokupić w celu wykonania umowy uzyskanej na podstawie niniejszego postępowania.

Odwołujący podniósł, że niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania do KIO. Wskazał, że Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że SIWZ, która jest wewnętrznie sprzeczna i niejasna nie odpowiada naczelnej zasadzie organizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich

dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk. Wykonawca nie ma ani obowiązku, ani możliwości przewidzenia wymagań Zamawiającego niewskazanych w treści SIWZ, to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia, w szczególności opis zamówienia nie powinien być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Zamawiający nie może pozostawić domyślności wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia, ponieważ prowadzi to do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z OPZ każda oferta zawierająca parowniki niekompatybilne z aparatami do znieczuleń znajdującymi się na wyposażeniu szpitala Zamawiającego, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający precyzując żądanie dostarczenia parowników kompatybilnych z aparatami do znieczuleń znajdującymi się w posiadaniu Zamawiającego i nie wskazując jednocześnie ani liczby ani rodzaju tych aparatów naraża Wykonawcę na ryzyko straty w wysokości nawet 910 000 PLN, w przypadku gdyby okazało się, że wszystkie aparaty do znieczuleń znajdujące się na wyposażeniu Zamawiającego to aparaty firmy Maguet, do których jeden parownik kosztuje 14 000 PLN, zaś Zamawiający żądałby nie 55 a 65 parowników.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- określenia w treści SIWZ liczby danego modelu aparatów do znieczuleń znajdujących się na wyposażeniu szpitala Zamawiającego;
- precyzyjnego określenia liczby żądanych parowników oraz ujawnienia liczby i rodzaju parowników do sevofluranu posiadanych przez Zamawiającego i będących własnością szpitala;
- określenia warunków umowy normującej zasady korzystania z parowników w tym kalibracji, napraw serwisowych i napraw nieobjętych usługami serwisowymi, zasady odpowiedzialności za szkody, warunki dostawy i zwrotu „udostępnianych” parowników;

- doprecyzowanie punktu 3.9 SIWZ i OPZ w części 23 załącznik nr Ia do SIWZ, tak aby żądania Zamawiającego były spójne, jednoznaczne i zrozumiałe.

Ad 3

Odwołujący wskazał, że Zamawiający precyzuje kryterium oceny ofert dla kryterium „jakość B” w sposób faworyzujący wykonawcę Baxter, a zatem niezgodny z Pzp, wykorzystując do tego celu warunki opisane w treści Charakterystyki Produktu Leczniczego Sevoflurane Baxter i Sevorane dotyczące temperatury, które są nieistotne w świetle przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne regulujących zasady monitorowania temperatury w magazynie apteki. W przypadku żadnego innego leku zamawianego w tym postępowaniu, również gazów wziewnych takie kryterium nie zostało zastosowane. Ponadto prawdopodobieństwo osiągnięcia w magazynie apteki temperatury powyżej 25 stopni Celsjusza jest prawie niemożliwe, tym bardziej że Zamawiający zgodnie z przepisami prawa farmaceutycznego ma obowiązek monitorowania temperatury magazynu apteki, a większość leków posiada zgodnie z Charakterystyką Produktu Leczniczego wymaganie przechowywania w temperaturze pokojowej a zatem do 25 stopni Celsjusza.

Odwołujący podniósł, że kryteria mają zagwarantować wykonawcom już na etapie przygotowywania oferty możliwość jednoznacznego przewidzenia, które aspekty oferty są najważniejsze dla zamawiającego i jak będą one oceniane. Wybór kryteriów nie może być więc dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i powinny być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Zamawiający, sporządzając opis kryteriów oceny ofert, powinien mieć również na uwadze, że powinny one mieć swoje uzasadnienie ekonomiczne oraz jakościowe, co implikuje konieczny związek kryteriów z opisem przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający formułując kryterium oceny ofert na podstawie warunków przechowywania leków w temperaturze do i powyżej 25 stopni Celsjusza, wyłącznie dla jednego spośród wszystkich 64 zadań częściowych, naruszył zasadę uczciwej konkurencji, gdyż:

- taka różnica wynika wprawdzie z treści Charakterystyki Produktu Leczniczego Baxter i Sevorane, jednakże nie znajduje uzasadnienia w realiach pracy magazynu apteki szpitalnej;
- Zamawiający ma obowiązek utrzymywać i monitorować temperaturę w magazynie apteki szpitalnej, bowiem leków które powinny być przechowywane w temperaturze do 25 stopni Celsjusza jest większość, zatem Zamawiający nie jest w stanie żadną miarą od tego obowiązku odejść;

- utrzymywanie i monitorowanie temperatury w aptece szpitalnej Zamawiającego wynika z przepisów prawa i nie jest uzależnione od woli Zamawiającego ani rodzaju leków, z tym zastrzeżeniem, że dla leków wymagających zimnego łańcucha dostaw Zamawiający ma obowiązek stworzyć warunki temperatury niższej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, jakoby temperatura w magazynie apteki szpitalnej mogła osiągać wartość wyższą niż 25 stopni Celsjusza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z kryterium oceny ofert kryterium „jakości B” i przyznanie kryterium „Jakość A” 10 punktów.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wskazał na bezprzedmiotowość zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 lit. a-c oraz 2, z uwagi na dokonanie zmian zaskarżonych postanowień. W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że *podtrzymuje zapisy kryterium oceny ofert „Jakość B” o wadze 5%. Zamawiający zastosował kryterium „Jakość B” z uwagi, iż podczas transportu leku na oddział nie jest prowadzony monitoring temperatur. Zamawiający w myśl zasady dotyczącej uczciwej konkurencji ma prawo preferować poprzez kryteria dodatkowo punktowane produkt bez specjalnych zaleceń dotyczących przechowywania produktu (w tym również podczas transportu) tym samym zabezpieczając interes prawny Zamawiającego.*

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej niemożliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 lit. a-c oraz 2, które to zarzuty Odwołujący wycofał w związku z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami SIWZ. Wobec powyższego merytorycznemu rozpoznaniu podlegał jedynie zarzut nr 3.

Odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w punkcie 13.1 SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert w następujący sposób:

13. Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert.

13.1. Oferty będą oceniane w każdej części wg następującego kryterium:

W części: 1-22, 24-64 oferty będą oceniane wg następujących kryteriów:

Kryterium	Sposób oceny ofert:	Waga
Cena	<p>Liczba punktów uzyskanych w kryterium cena będzie obliczana zgodnie z poniższym wzorem:</p> $\text{Liczba punktów} = (A(\text{min})/A(i)) * 100$ <p>gdzie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - A(min) - najniższa cena spośród wszystkich ofert ocenianych - A(i) - cena podana w ofercie ocenianej 	100%

W części: 23 oferty będą oceniane wg następujących kryteriów:

Kryterium	Sposób oceny ofert:	Waga
Cena	<p>Liczba punktów uzyskanych w kryterium cena będzie obliczana zgodnie z poniższym wzorem:</p> $\text{Liczba punktów} = (A(\text{min})/A(i)) * 90$ <p>gdzie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - A(min) - najniższa cena spośród wszystkich ofert ocenianych - A(i) - cena podana w ofercie ocenianej 	90 %
Jakość (A)	<p>Liczba punktów uzyskanych w kryterium jakość będzie obliczana zgodnie z poniższym wzorem:</p> $\text{Liczba punktów} = BA(i)$ <p>gdzie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - BA(i) - liczba punktów otrzymanych przez ocenianą ofertę za jakość (przyznana w oparciu o sposób oceny podany poniżej) 	5 %
Jakość (B)	<p>Liczba punktów uzyskanych w kryterium jakość będzie obliczana zgodnie z poniższym wzorem:</p> $\text{Liczba punktów} = BB(i)$ <p>gdzie:</p> <ul style="list-style-type: none"> - BB(i) - liczba punktów otrzymanych przez ocenianą ofertę za jakość (przyznana w oparciu o sposób oceny podany poniżej) 	5 %

Ocena w kryterium „Jakość (A)”:

Punkty w kryterium „Jakość (A)” zostaną przyznane w oparciu o cechy charakterystyki systemu napełniania parownika zastosowanego w oferowanym produkcie leczniczym (w oparciu o oświadczenie wykonawcy, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji):

Adapter wielokrotnego użytku, nakręcany na butelkę - otrzyma 0 punktów.

Adapter fabrycznie zamontowany na butelce, umożliwiający bezpośrednio napełnianie parownika bez zużycia dodatkowych nakręcanych elementów łączących butelkę z parownikiem – otrzyma 5 punktów.

Ocena w kryterium Jakość (A) zostanie dokonana w oparciu o informacje podane w złożonym załączniku nr 5 do specyfikacji zgodnie z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie cz. 23 (załącznik 1a do specyfikacji). Jeżeli wykonawca nie poda cech charakterystyki systemu napełniania parownika zastosowanego w oferowanym produkcie leczniczym to Zamawiający przyjmie, że składając ofertę wykonawca oferuje adapter wielokrotnego użytku, nakręcany na butelkę i poprawi omyłkę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ocena w kryterium „Jakość (B)”:

Punkty w kryterium „Jakość (B)” zostaną przyznane w oparciu o informacje posiadające potwierdzenie w karcie Charakterystyki Produktu Leczniczego odnośnie specjalnych środków ostrożności podczas przechowywania produktu leczniczego:

Przechowywać w temperaturze poniżej 25°C - otrzyma 0 punktów.

Brak specjalnych zaleceń dotyczących przechowywania produktu – otrzyma 5 punktów.

Ocena w kryterium Jakość (B) zostanie dokonana w oparciu o informacje podane w złożonym załączniku nr 5 do specyfikacji zgodnie z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie cz. 23 (załącznik 1a do specyfikacji). Jeżeli wykonawca nie poda informacji odnośnie specjalnych środków ostrożności podczas przechowywania oferowanego produktu leczniczego to Zamawiający przyjmie, że składając ofertę wykonawca oferuje produkt leczniczy do przechowywania w temperaturze poniżej 25°C i poprawi omyłkę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Część 23 zamówienia, co do której Zamawiający określił kryteria jakościowe, obejmuje dostawę Sevofluranum 250 ml – płynu wziewnego w bezpiecznym opakowaniu z tworzywa sztucznego lub aluminium, ze szczelnym systemem napełniania parownika.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Jak wynika z treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, przepis ten nie określa zamkniętego katalogu możliwych do zastosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, opisując je jedynie w sposób przykładowy, z zastrzeżeniem, że muszą się one odnosić do przedmiotu zamówienia. Należy jednak mieć na uwadze, że przepis ten nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda Zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury – poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.

Podkreślić przy tym należy, że niezależnie od ogólnych zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, to od zamawiającego należy oczekiwać, że ustanawiając określone kryterium jakościowe będzie on w stanie przedstawić przekonujące uzasadnienie, w którym wykaże znaczenie przyjętego kryterium dla jakości przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że kryterium promujące produkt leczniczy, co do którego nie istnieją zalecenia odnoszące się do temperatury w jakiej może być przechowywane, nie może być uznane samo w sobie za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W określonych okolicznościach bez wątplenia może ono służyć uzyskaniu zamówienia lepszego jakościowo, jako nienakładającego na podmiot, który będzie z niego korzystał, szczególnych ograniczeń co do sposobu przechowywania. Jest to więc kryterium, które potencjalnie – w zależności od okoliczności konkretnej sprawy – może być uznane za dopuszczalne i uzasadnione.

Oceniając jednak okoliczności towarzyszące przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że nie uzasadniają one zastosowania tego kryterium, w szczególności ze względu na fakt, że Zamawiający nie przedstawił przekonującego uzasadnienia jego zastosowania, co nie pozwala stwierdzić, że zastosowanie tego kryterium służy rzeczywiście potrzebom Zamawiającego, nie zaś nieuzasadnionemu promowaniu jednego z wykonawców.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę należało wziąć pod uwagę szczególne okoliczności istniejące w tym postępowaniu. Po pierwsze Izba ustaliła, że na rynku istnieje dwóch wykonawców oferujących produkt leczniczy Sevofluranum, przy czym produkt oferowany przez Odwołującego powinien być przechowywany w temperaturze poniżej 25°C, natomiast w odniesieniu do produktu oferowanego przez spółkę Baxter brak jest takich zaleceń. Po drugie, zgodnie z stanowiskiem Odwołującego, w odniesieniu do ceny tego produktu istnieje marża sztywna, co powoduje, że obaj wykonawcy konkurują między sobą w znacznej mierze tylko kryteriami jakościowymi, przy czym jedno z tych kryteriów – Jakość (A) – spełniają obaj. Powyższe okoliczności Izba uznała za ustalone, jako że Zamawiający ich nie zakwestionował.

Wskazane wyżej okoliczności powodują, że zaskarżone kryterium Jakość (B) może mieć istotne znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia i istotnie wpływa na konkurencję w postępowaniu. Nie powoduje to oczywiście samo w sobie bezprawności zaskarżonego kryterium oceny ofert, wymaga jednak dokonania analizy, czy zastosowanie tego kryterium jest obiektywnie usprawiedliwione.

Oceniając powyższą kwestię Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie przedstawił przekonującego uzasadnienia dla zastosowania tego kryterium, a ograniczył się

do lakonicznych i gołosłownych twierdzeń, sprowadzających się do tezy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo promować produkt, co do którego nie istnieją specjalne zalecenia dotyczące przechowywania produktu. Teza ta nie może być uznana za zasługującą na aprobatę, jak już bowiem wyżej wskazano, dobór kryteriów oceny ofert nie może odbywać się na zasadzie dowolności, a zamawiający nie dysponuje niczym nieograniczoną swobodą w tym zakresie, granice tej swobody wyznaczają bowiem zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, uzasadniając zastosowanie zaskarżonego kryterium oceny ofert, nie odnosił się do temperatur panujących w prowadzonych przez niego aptekach i nie kwestionował twierdzeń Odwołującego, że musi być ona niższa niż 25°C, w związku z czym Izba uznała za zbędne przeprowadzenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z monitoringu temperatury w aptekach szpitalnych. Jediną konkretną okolicznością wskazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest natomiast to, że podczas transportu leku z apteki na oddział nie jest prowadzony monitoring temperatury. W ocenie Izby nie jest to jednak wystarczające w sytuacji, gdy Zamawiający nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że może mieć to wpływ na właściwości produktu. Po pierwsze Zamawiający nie wykazał, jak długo transport taki może trwać, biorąc pod uwagę lokalizację aptek szpitalnych oraz bloków operacyjnych (Sevofluranum jest stosowany do znieczuleń). Odwołujący natomiast przedstawił mapy, z których wynika, że najdłuższa odległość między apteką a blokiem operacyjnym wynosi 250 m (w starej lokalizacji szpitala), co oznacza że transport może trwać maksymalnie kilka minut. Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, aby transport taki mógł trwać dłużej, nie wskazał też, jakie jest prawdopodobieństwo konieczności transportowania leku w temperaturze przekraczającej 25°C. Co więcej Zamawiający nie uprawdopodobnił, że nawet przy założeniu, że produkt będzie przez kilka minut transportowany w wyższej temperaturze, istnieje jakikolwiek wpływ na jego jakość. Nie wskazał też na istnienie jakichkolwiek uregulowań prawnych nakazujących zachowanie temperatury poniżej 25°C nawet w przypadku krótkotrwałego transportu takich leków. Odwołujący natomiast przedłożył oświadczenia zarządu spółki, potwierdzające, że od 2013 r. sprzedał Zamawiającemu ponad 8 000 sztuk tego produktu (a ogółem sprzedaż tego leku na rynek to prawie 400 000 sztuk) i nie otrzymał żadnych reklamacji związanych bezpośrednio lub pośrednio z warunkami przechowywania leku. Okoliczności wynikających z tych oświadczeń Zamawiający nie zakwestionował.

Za gołosłowne Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego, że wprowadzając kryterium dotyczące temperatury przechowywania zabezpiecza się przed ewentualnymi roszczeniami pacjentów dotyczącymi szkód wyrządzonych przez szpital. Zamawiający nie tylko nie wykazał, aby w związku z temperaturą przechowywania leków i koniecznością ich transportu

z apteki na oddział lub blok operacyjny, były zgłaszane kiedykolwiek roszczenia pacjentów, choćby nawet niezasadne.

Przede wszystkim jednak wyjaśnieniom Zamawiającego trudno dać wiarę, biorąc pod uwagę, że kryterium odnoszące się do temperatury przechowywania produktu zostało przez Zamawiającego ustalone wyłącznie w części 23, tj. w odniesieniu do produktu Sevofluranum, mimo że inne części zamówienia dotyczą produktów, w przypadku których również w zależności od producenta istnieją lub nie istnieją zalecenia w tym zakresie. Powyższa okoliczność została przyznana przez Zamawiającego. Należy więc stwierdzić, że stanowisko Zamawiającego jest co najmniej niekonsekwentne i powoduje, że nie może być uznane za wiarygodne uzasadnienie zastosowania przedmiotowego kryterium. Skoro bowiem Zamawiający twierdzi, że w przypadku leków, co do których istnieje zalecenie przechowywania w temperaturze do 25°C, ich krótkotrwały transport w temperaturze wyższej może wpływać na ich jakość i stanowić zagrożenie dla pacjentów, to powstaje pytanie, dlaczego Zamawiający zaniechał wprowadzenia takiego kryterium w przypadku innych leków, a zrobił to jedynie w części 23 zamówienia. Takie zachowanie powoduje daleko idące wątpliwości co do intencji Zamawiającego i sprawia, że przedstawione przez niego uzasadnienie nie może zostać uznane za przekonujące i potwierdzające zasadność zastosowania zaskarżonego kryterium.

Podsumowując należy stwierdzić, że przyznanie dodatkowych punktów produktom, co do których nie istnieje zalecenie przechowywania w temperaturze do 25°C może spowodować istotne ograniczenie konkurencji w postępowaniu, a Zamawiający nie wykazał, aby służyło to realizacji jego uzasadnionych potrzeb. W związku z tym Izba stwierdziła, że przyjmując takie kryterium oceny ofert Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: