

Sygn. akt: KIO/UZP 1463/08

Wyrok
z dnia 30 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach*~~ 30 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 128** protestu ~~protestów*~~ z dnia 21 listopada 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1 . oddala odwołanie,**
 - 2. kosztami postępowania obciąża Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24**
- i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064. zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24** na rzecz **Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 128**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników, testów i materiałów zużywalnych do mikrobiologii oraz odczynników i filtrów antyleukocytarnych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zostało wszczęte przez Zamawiającego – Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 128 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2008r. za numerem 2008/S 218-290707.

W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej www.wim.mil.pl specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 20 listopada 2008r. na treść tej siwz wniósł protest wykonawca – Argenta sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Przelot 24 – zwany dalej Odwołującym, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a polegający na jednoczesnym i łącznym umieszczeniu w Załączniku nr 3 do siwz – Arkuszu asortymentowo-cenowym w pakietach nr I, II, III, IV podłoży, krążków, zestawów lateksowych, testów i innych odczynników wraz z testami biochemicznymi, testami paskowymi do lekowrażliwości oraz niezbędnymi odczynnikami, które mogą być zastosowane wyłącznie przy użyciu aparatu

ATB (poz. 12-14, 20-23, 30-33 w pakiecie I, poz. 16-24, 38 w pakiecie II, poz. 5 –9 w pakiecie III, poz. 3,4 w pakiecie IV) produkowanym tylko i wyłącznie przez bioMerieux sp. z o.o.

Taka konstrukcja w/w pakietów wraz z ustanowieniem wymogu określonego w Załączniku nr 4 do SIWZ - Opisie kryteriów i sposobu oceny ofert, by wykonawca dostarczył dla wskazanych tam produktów także próbki, oraz oświadczenia o zgodności z posiadanym przez Zamawiającego wyposażeniem do aparatu ATB sprawiła, według Odwołującego, że ofertę na w/w pakiety może złożyć tylko jeden oferent firma bioMerieux sp. z o. o. Połączenie w jednym pakiecie testów i odczynników stosowanych w aparacie ATB wraz z podłożami, krążkami, zestawami lateksowymi, testami i innymi odczynnikami, które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu, a więc mogą stanowić odrębny przedmiot zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji. Nadto Zamawiający umieścił w Pakiecie nr I w poz. 6 oraz w Pakiecie nr II w poz. 12 podłoża dostępne w asortymencie jednego li tylko wykonawcy tj. spółki bioMerieux, co wskazywało dodatkowo na konstrukcję ww. pakietów w znaczny sposób utrudniającą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż łączne umieszczenie ww. produktów w jednym pakiecie nie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a nadto stanowi ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie oferentów-wykonawców. Tylko jeden podmiot na rynku dostaw ww. produktów stanowiących przedmiot zamówienia, według Odwołującego, jest w stanie dostarczyć jednocześnie testy i odczynniki do aparatu ATB wraz z pozostałymi podłożami, krążkami, zestawami lateksowymi, testami i innymi odczynnikami dostępnymi w ofercie innych firm- tj. spółka bioMerieux będąca jedynym producentem jednocześnie aparatu ATB oraz niezbędnych do niego odczynników, których użycia wymaga posiadany przez Zamawiającego aparat ATB. Powyższe powoduje, że jedynie spółka bioMerieux jest w stanie spełnić warunki określone w SIWZ.

Powyższą siwz Odwołujący zaskarżył w części, w jakiej:

1. Zamawiający wymagał by Wykonawca dokonał dostawy zarówno testów i odczynników, które mogą być zastosowane wyłącznie przy jednoczesnym użyciu aparatu ATB, produkowanym przez jedyną firmę na rynku produktów objętych przedmiotem zamówienia tj. bioMerieux sp. z o.o. (poz. 12-14, 20-22, 30-33 w Pakiecie nr I, poz. 16-24, 38 w Pakiecie nr II, poz. 5-9 w Pakiecie nr III, poz. 3,4 w Pakiecie nr IV) wraz z testami, podłożami oraz krążkami, które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu, i są produkowane i dostarczane przez większą grupę podmiotów;
2. Zamawiający wymagał by Wykonawca dokonał dostawy zarówno podłoży dostępnych tylko w ofercie bioMerieux tj. podłoży umieszczonych poz. 6 w Pakiecie nr I i poz. 12 w Pakiecie nr II, z podłożami, które posiadają w swojej ofercie także inni dostawcy;

- przy czym Odwołujący podniósł, że zamieszczenie wszystkich tych produktów w jednym pakiecie nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia - wymienione, bowiem w Pakiecie nr I, II, III, i IV podłoża, testy, zestawy lateksowe oraz krążki nie mają zastosowania w aparacie ATB i nie muszą być łączone wraz z testami i odczynnikami, które mają zastosowanie tylko i wyłącznie w aparacie ATB.

3. Zamawiający wymagał w Załączniku Nr 4 do SIWZ stanowiącym Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, aby Wykonawca dołączył do oferty oświadczenie o zgodności określonych tamże produktów z wyposażeniem aparatu ATB System (odpowiednio pkt. 24 dla Pakietu nr I, pkt. 47 dla Pakietu nr II, pkt. 60 dla Pakietu nr III, pkt. 72 dla Pakietu nr IV), - przy czym Odwołujący podniósł, że oświadczenie o zgodności dostarczyć może tylko i wyłącznie producent aparatu ATB będący jednocześnie dostawcą produktów będących przedmiotem niniejszego zamówienia, a pracujących tylko w środowisku tego aparatu tj. produktów wymienionych, w pkt. 1 powyżej - firma bioMerieux, co uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia w tym zakresie pozostałym wykonawcom.

4. Zamawiający wymagał w Załączniku Nr 4 do SIWZ stanowiącym Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, aby Wykonawca dołączył do oferty próbki testów i odczynników, które mogą zostać zastosowane tylko przy wykorzystaniu aparatu ATB, i które z przyczyn wskazanych w pkt. 3 mogą być li tylko dostarczone przez jedynego producenta tegoż aparatu, będącego jednocześnie jedynym producentem i dostawcą odpowiadających mu testów i odczynników, a co za tym idzie także próbek, przy czym, według Odwołującego, umieszczenie wszystkich produktów wymienionych w pkt. 1 i 2 powyżej wraz z wymogiem dostarczenia do nich odpowiednich próbek łącznie z produktami, które nie wymagają do swego zastosowania aparatu ATB, nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia przez co prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Podanym zapisom treści specyfikacji zarzucam:

Odwołujący wniósł o zmianę treści siwz poprzez usunięcie z niej postanowień niezgodnych z przepisami prawa tj. zmianę przedmiotu zamówienia w taki sposób, by odzwierciedlał wymagania Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie producentów i dostawców podłoży, testów, krążków, a w szczególności poprzez wyodrębnienie do oddzielnego Pakietu testów i odczynników, które mogą znaleźć jedynie zastosowanie przy użyciu aparatu ATB tj. odpowiednio poz. 12-14, 20-22, 30-33 w Pakiecie nr I, poz. 1624,38 w Pakiecie nr II, poz. 5-9 w Pakiecie nr III, poz. 3,4 w Pakiecie nr IV) wraz z wymogiem dostarczenia do nich próbek oraz oświadczeń o zgodności z posiadanym przez Zamawiającego wyposażeniem do aparatu ATB z uwagi na fakt, iż ww. produkty stanowią system zamknięty i nie są w żaden sposób powiązane z pozostałymi produktami, które nie wymagają do swego użycia aparatu ATB, zastosowanie jednych nie jest uwarunkowane, według Odwołującego, użyciem pozostałych, nadto dostawy produktów,

ich próbek oraz oświadczenia o zgodności z wyposażeniem do aparatu ATB dokonać może tylko i wyłącznie spółka bioMerieux, która jako jedyna na rynku dostaw produktów będących przedmiotem niniejszego zamówienia jest jednocześnie producentem aparatu ATB, oraz testów i odczynników pracujących na tym aparacie. Nadto wniósł o wyodrębnienie z Pakietu nr I podłoża określonego w poz. 6 oraz z Pakietu nr II podłoża określonego w poz. 12, z uwagi na fakt, iż produkty te posiada w swojej ofercie tylko i wyłącznie spółka bioMerieux, co w sytuacji ustanowienia wymogu dostarczenia ww. produktów wraz z produktami powszechnie dostępnymi u innych wykonawców w znacznym stopniu narusza zasady uczciwej konkurencji. Wskazał, że ma interes prawny, gdyż jest podmiotem dokonującym dostaw przedmiotów wskazanych w treści specyfikacji, zamierza złożyć ofertę w opisanym wyżej postępowaniu i pobrała specyfikację.

W uzasadnieniu protestu podniósł, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony jego wymogami i potrzebami określił przedmiot zamówienia i doprowadził do ograniczenia konkurencji oraz spowodował, iż tylko spółka bioMerieux jest w stanie spełnić warunki przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał, iż Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taki obowiązek nakładają również przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 07.50.331 z późn. zm.), zgodnie z którą zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności m.in. na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem i tu wskazał na treść tych przepisów podnosząc, że czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Nadto powołał także przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 j.t. z późn. zm.) według, których czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Obowiązkowi równego traktowania przez zamawiających wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada uprawnienie potencjalnych wykonawców do traktowania ich w toku postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. W tym celu zamawiający obowiązany jest przy dołożeniu należytej staranności eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy (tak m.in. E. Norek, Komentarz do Prawa zamówień publicznych,

LexisNexis, Warszawa 2005, s. 37). Zamawiający w jednym Pakiecie nr I, II, III i IV umieścić odczynniki i testy, które wymagają dla swego zastosowania aparatu ATB wraz z wymogiem załączenia stosownych próbek tych produktów oraz oświadczenia o zgodności tychże produktów z posiadanym przez Zamawiającego wyposażeniem do aparatu ATB (odpowiednio poz. 12-14, 20-22, 30-33 dla Pakietu nr I w zw. z pkt 13,14 i 24 Załącznika nr 4; poz. 16-24, 38 dla Pakietu nr II w zw. z pkt 38-43, 47 Załącznika nr 4 do SIWZ; poz. 5-9 dla Pakietu nr III w zw. z pkt 53-56,60 Załącznika nr 4 do SIWZ; poz. 3 i 4 dla Pakietu nr IV w zw., z pkt 65-68, 72 Załącznika nr 4 do SIWZ), z produktami, które mogą zostać wykorzystane niezależnie od stosowania systemu ATB. Korzystanie z jednych produktów nie wymaga użycia drugich, jeśli zaś określone w Pakietach nr I, II, III, IV produkty nie wymagają dla swego zastosowania aparatu ATB, niezrozumiałym i nieuzasadnionym jest dla Odwołującego, łączne umieszczanie ich w ramach jednego pakietu i obrona przez Zamawiającego strategia podziału. Skoro tylko jeden producent na rynku produkcji i dostawy odczynników, podłoży i testów produkuje jednocześnie wszystkie wymienione w Pakietach nr I, II, III i IV produkty - tj. spółka bioMerieux, oczywistym jest, według Odwołującego, iż łączne umieszczenie w jednym zadaniu różnych grup produktów prowadzi do wykluczenia innych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko, bowiem jeden podmiot (spółka bioMerieux) będzie w stanie dostarczyć jednocześnie produkty, które wymagają dla swego zastosowania aparatu ATB oraz takie, które mogą funkcjonować niezależnie od tego aparatu oraz podłoża, które jako jedyny podmiot na rynku posiada w swojej ofercie (poz. 6 z Pakiecie nr I i poz. 12 w Pakiecie nr II). Takie określenie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym zastrzeżeniu niedopuszczalności składania ofert wariantowych w obrębie danego pakietu jest zaś niezgodne, zdaniem Odwołującego, z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 05.05.2005 roku, UZP/ZO/0-855/05, wyrok ZAUZP z dnia 19.05.2005 roku, UZP/ZO/0-996/05. Wskazał, iż to Zamawiający decyduje o tym, czy przedmiot zamówienia podzielić na części, i jaki asortyment w poszczególnych częściach powinien się znajdować (tak wyrok ZAUZP z dnia 28 czerwca 2006 roku, UZP/ZO/0-1809/06,) - obowiązany jest on jednak respektować zasady uczciwej konkurencji będącej jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych (tak wyrok ZAUZP z dnia 10 maja 2006 roku, UZP/ZO/0-1306/06, wyrok ZAUZP z dnia 7 lipca 2005 roku, UZP/ZO/0-1656/05). Zamawiający, według Odwołującego, winien przedstawić przekonujące argumenty uzasadniające tego rodzaju grupowanie testów, podłoży, krążków, które są produktami o de facto różnym przeznaczeniu i zastosowaniu. Wskazał także na zasady określone przez Zespół Arbitrów w wyroku ZAUZP z dnia 14.06.2007 roku, UZP/ZO/0-670/07) dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający konkurencji i niepreferujący konkretnego wykonawcy.

Wskazał jednocześnie, że w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest według Odwołującego, dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego jego potrzebom, zarówno, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Wskazał, że KIO w wyroku z dnia 09 kwietnia 2008 roku, KIO/UZP 270/08 uznała, że ograniczeniem konkurencji jest zawężenie kręgu wykonawców do dostawców jednego producenta, podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lipca 2007 roku, UZP/ZO/0-899/07.

Protest został podpisany przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo rodzajowe podpisane przez dwóch członków zarządu Odwołującego, zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS załączonym do protestu.

Zamawiający poinformował o wpłynięciu protestu i wezwał wykonawców do udziału w postępowaniu protestacyjnym w dniu 20 listopada 2008r.

W dniu 24 listopada 2008r. (23 listopada 2008r. – niedziela) do postępowania protestacyjnego przystąpił bioMerieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żeromskiego 17, zwany dalej Przystępującym. Wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż opis przedmiotu zamówienia wg jego oceny nie godzi w zasady ustawowe w art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym jego modyfikacja mogłaby spowodować po stronie Zgłaszającego utrudnienie dostępu do postępowania, zaś unieważnienie pozbawiłoby go możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Wniósł o oddalenie protestu, stwierdzając, że zarzuty Odwołującego są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie, gdyż zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy o dopuszczeniu składania ofert częściowych decyduje Zamawiający, a nie Wykonawca. Uczestnik postępowania nie może zatem uzurpować sobie prawa rozstrzygania nie tylko o dopuszczeniu ofert częściowych, ale również o kształcie poszczególnych pakietów, jeżeli takowe ustanowił Zamawiający. Żaden z zapisów ustawy nie stanowi o zakazie nabycia przedmiotu zamówienia u jednego Wykonawcy. Pakiety skonstruowane są tak, aby zabezpieczyć diagnostykę drobnoustrojów w określonych grupach, a nie zabezpieczyć interesy Wykonawców, dopasowując diagnostykę do ich aktualnej oferty asortymentowej, przy czym kształtując poszczególne pakiety Zamawiający ma prawo uwzględnić m.in. specyfikę prowadzonej działalności, w tym takie aspekty jak organizacja laboratorium i obowiązujące w nim procedury diagnostyczne, racjonalność procesu zaopatrzenia szpitala,

uniknięcie rozdrobnienia kręgu wykonawców i wielości umów. Fakt, iż uczestnik postępowania nie posiada całości asortymentu składającego się na przedmiot zamówienia w danym pakiecie i jest dystrybutorem jedynie niektórych pozycji! nie może stanowić o określeniu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Pakiety zawierają pozycje, które pochodzą od różnych producentów i nie ma obecnie na rynku firmy, która by posiadała je wszystkie w ofercie. Zatem jeśli jedna firma może poczynić na rzecz Zamawiającego wysiłek zgromadzenia całego przedmiotu zamówienia w pakiecie, to bezcelowe jest udowadnianie, że firma nie posiadająca kilku pozycji z pakietu, nie może takiego wysiłku ponieść. Przystąpienie zostało podpisane pełnomocnika umocowanego zgodnie z KRS załączonym do przystąpienia.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2008r. rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. Wskazał, że sformułował pakiety zawierające wiele produktów różnych firm kierując się zabezpieczeniem diagnostyki drobnoustrojów w określonych grupach a także uwzględniając organizację pracy laboratorium mikrobiologicznego. Pogrupowanie w pakiety podzielane na określone grupy gwarantuje w ocenie Zamawiającego uzyskanie wyższej gwarancji dobrej jakości i kompatybilności odczynników. jak również, racjonalności w zakresie dostaw i mniejsze rozdrobnienie dostawców. Ponadto żaden z wykonawców nie posiada w swojej ofercie wszystkich produktów i musi podjąć takie same starania, aby zgromadzić cały asortyment.

Od tego rozstrzygnięcia w dniu 9 grudnia 2008r. wniósł odwołanie Odwołujący podtrzymując zarzuty i argumentację podniesioną w proteście oraz wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji poprzez usunięcie z niej postanowień niezgodnych z przepisami prawa, a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów, związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa prawnego. Ustosunkowując się do treści rozstrzygnięcia protestu podniósł, iż zgodzić się należy, ze stwierdzeniem Zamawiającego, że nie ma na rynku firmy, która posiada w swoim asortymencie wszystkie produkty ujęte w danym pakiecie, i co za tym idzie w zasadzie każdy potencjalny oferent wykonawca zmuszony będzie poczynić starania, by uzyskać je u innych podmiotów, ale według Odwołującego, uszedł uwadze Zamawiającego, fakt, iż czym innym jest zakup produktów powszechnie dostępnych, które w swojej ofercie ma większość podmiotów działająca na rynku dostaw produktów objętych przedmiotem zamówienia, a czym innym próba pozyskania testów biochemicznych oraz testów do oznaczania lekowrażliwości, które wraz z aparatem ATB tworzą system zamknięty, i nie mogą być zastąpione przez inne produkty, a które w swojej ofercie posiada tylko jeden podmiot na rynku produktów objętych przedmiotem niniejszego postępowania tj. spółka bioMerieux. Podobnie rzecz ma się z podłożami określonymi w poz. 6 w Pakiecie nr I oraz poz. 12 w Pakiecie nr II. Oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że spółka bioMerieux, nie udostępni innym podmiotom tj. de facto jej konkurentom, produktów, które w swojej ofercie

posiada tylko ona. Nawet jeśli by przyjąć, że produkty te, by udostępniła, cena ich zakupu z pewnością byłaby wysoka, i w efekcie spowodowała konieczność podniesienia ceny oferty przez innych wykonawców. To zaś skutkowało by, tym, iż oferta bioMerieux byłaby dla Zamawiającego najkorzystniejsza. Powyższą argumentację uzasadnia także podstawowe kryterium obrane przez Zamawiającego przy wyborze ofert tj. kryterium ceny - "najniższa cena". (Pkt. IV. 2.1 ogłoszenia o zamówieniu). Dodał, iż bioMerieux prowadzi bardzo restrykcyjną politykę w zakresie sprzedaży i dostawy produktów, jakie ma w swojej ofercie, podmiotom, z którymi nie współpracuje. Wskazał także, iż znak ATB jest zarejestrowanym znakiem towarowym, którego właścicielem jest spółka bioMerieux. Znak został zarejestrowany na urządzenia i aparaty do testowania (badania) bakterii, przy czym został on zarejestrowany w kilku krajach tj. we Francji Guż w 1977 roku), Austrii, krajach Beneluksu, Portugalii, Włoszech, Hiszpanii, Rosji, Japonii, Czechach oraz w Bośni i Hercegowinie. Powyższy znak został również zgłoszony do ochrony w Urzędzie Harmonizacji Rynku Wewnętrznego w Alicante (zgłoszenie 11 sierpnia 2008 roku). Powyższe oznacza, że spółka bioMerieux jest jedynym producentem aparatu ATB jak również specjalnie do niego używanych pasków biochemicznych i testów do oznaczania lekowrażliwości.

Zupełnie nietrafiona, według Odwołującego, argumentacja Zamawiającego wskazana w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu a uzasadniająca powody, dla których Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części. Odwołujący, bowiem nie kwestionował w treści protestu faktu podzielenia zamówienia na części, wręcz przeciwnie, jest to w ocenie Odwołującego działanie zgodne z zasadami równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz z specyfiką przedmiotu zamówienia. To, co kwestionował i kwestionuje nadal odwołujący, to fakt umieszczenia w jednym pakiecie łącznie produktów, które mogą być dostarczone jedynie przez spółkę bioMerieux (dostosowane do aparatu ATB, będącego w ofercie tej spółki tworzące z tym aparatem tzw. system zamknięty), wraz z produktami, które mogą dostarczyć inni oferenci, przy czym jednoczesne umieszczenie ww. produktów w jednym pakiecie łącznie, nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, i bynajmniej nie ma ono wpływu na uzyskanie wyższej jakości i kompatybilności odczynników, albowiem te mające zastosowanie w aparacie ATB, nie są w żaden sposób powiązane z tymi, które dla swego użycia takiego aparatu nie wymagają, lub działają także przy zastosowaniu innych urządzeń.

Na udowodnienie swoich twierdzeń Odwołujący załączył:

1. wydruk z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza ROMARIN),
2. wydruk z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku ATB,

3. wydruk z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku API,
4. wydruk z bazy danych Urzędu Harmonizacji Rynku Wewnętrznego w Alicante,
5. kopię katalogu firmy bioMerieux,
6. kopię aktualnej oferty bioMerieux wydanie nr 20 i 21,
7. instrukcję testów ATB Streptococcus
8. instrukcję testów ATB Enterbacteriaceae.

Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w rozdziale II siwz zawarł następujące postanowienia :

- wykaz asortymentu stanowiącego przedmiot zamówienia wraz ze szczegółowym pisem zawiera arkusz asortymentowo-cenowy – załącznik nr 3 do siwz,
- przedmiot dostawy zamieszczony w ofercie powinien być zgodny z przedmiotem zamówienia, posiadać wymagane prawem dokumenty dopuszczające jego stosowanie w służbie zdrowia na terenie RP oraz spełniać inne wymagania określone w opisie kryteriów i sposobu oceny ofert- załącznik nr 4 do siwz,
- zamówienie zostało przez Zamawiającego podzielone na 12 pakietów,
- Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na poszczególne pakiety,
- Zamawiający nie dopuścił dzielenia pakietów, a przedstawienie oferty nie obejmującego całego asortymentu znajdującego się w pakiecie skutkować będzie odrzuceniem oferty,
- wykonanie którejkolwiek z części zamówienia nie może być powierzone podwykonawcy,
- Zamawiający zastrzegł sobie możliwość skompletowania całości zamówienia spośród wszystkich ofert całkowitych i częściowych,
- Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych,
- Zamawiający zastrzegł sobie prawo zakupu mniejszych ilości niż podane w załączniku nr 3 do siwz.

Zgodnie z rozdziałem X siwz Zamawiający wymagał załączenia próbek oferowanych wyrobów dla pakietów :

I – poz. 3, 6, 7, 8, 11, 12, 17, 24, 30,

II – poz. 7, 11, 12, 13, 16, 18, 23,

III – poz. 3, 5, 7,

IV – poz. 1, 3, 4.

Zgodnie z rozdziałem XIII siwz Zamawiający określił, że wyboru oferty najkorzystniejszej dokona odrębnie dla każdej części zamówienia, według kryterium najniższej ceny, jednakże

oferty będą oceniane pod względem formalnym tj. spełniania warunków podanych siwz i merytorycznym poprzez sprawdzenie zgodności oferowanego towaru z przedmiotem zamówienia oraz wyborem oferty z uwzględnieniem parametrów podanych w załączniku nr 4 do siwz.

W załączniku nr 3 w pakiecie I w pozycjach 12, 14, 20, 21, 22, 30 i 32, w pakiecie II w pozycjach 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 38, w pakiecie III w pozycjach 5, 7, 8 i w pakiecie IV w pozycjach 3 i 4 wskazano wyraźnie, że asortyment ma być przeznaczony do ATB. W pakiecie I w pozycji nr 6 zawarto opis asortymentu – podłoże chromogenne do izolacji wankomycynoopornych enterkoków z jednoczesnym rozróżnieniem E. Faecalis od E. Faecium (płytki), a w pakiecie II w pozycji 12 - podłoże chromogenne do wykrywania mechanizmu ESBL (płytki).

W załączniku nr 4 do siwz w pkt 24, 47, 60, 72 Zamawiający zawarł wymóg dołączenia oświadczenia o zgodności z posiadaniem przez Zamawiającego wyposażeniem do aparatu ATB.

Przedłożone przez Odwołującego dowody z wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza ROMARIN), wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku ATB, wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku API, wydruku z bazy danych Urzędu Harmonizacji Rynku Wewnętrznego w Alicante nie zostały przetłumaczone na język polski.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, kopii katalogu firmy bioMerieux, kopii aktualnej oferty bioMerieux wydanie nr 20 i 21, instrukcji testów ATB Streptococcus, instrukcji testów ATB Enterbacteriaceae, oświadczenia bioMerieux sp. z o.o. z 29 grudnia 2009r., wyciągu z postępowania znak 23/ZDL/Apteka/2005 i postępowania 68/ZP/07-35/PN-Apteka/2007. Izba nie dopuściła dowodów z wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza ROMARIN), wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku ATB, wydruku z bazy danych Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (baza MADRID) dotyczący znaku API, wydruku z bazy danych Urzędu Harmonizacji Rynku Wewnętrznego w Alicante, gdyż zgodnie z § 18 ust. 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań dowody składane w języku obcym powinny być przedstawione wraz z ich tłumaczeniem na język polski dokonany przez tłumacza przysięgłego.

Izba rozważyła stanowiska stron i ich reprezentantów zawarte w pismach i zaprezentowane na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący na interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku skutecznego wykazania, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję i ogranicza dostęp do zamówienia, Odwołujący wykazałby, że doszło do uniemożliwienia mu złożenia oferty, a co za tym idzie uzyskania zamówienia publicznego. Tym samym przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy została przez Odwołującego spełniona.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy poprzez jednoczesne i łączne umieszczenie w Załączniku nr 3 do siwz – Arkuszu asortymentowo-cenowym w pakietach nr I, II, III, IV podłoży, krążków, zestawów lateksowych, testów i innych odczynników wraz z testami biochemicznymi, testami paskowymi do lekowrażliwości oraz niezbędnymi odczynnikami, które mogą być zastosowane wyłącznie przy użyciu aparatu ATB (poz. 12-14, 20-23, 30-33 w pakiecie I, poz. 16-24, 38 w pakiecie II, poz. 5 –9 w pakiecie III, poz. 3,4 w pakiecie IV) produkowanym tylko i wyłącznie przez bioMerieux sp. z o.o. oraz umieszczenie w Pakiecie nr I w poz. 6 oraz w Pakiecie nr II w poz. 12 podłoża dostępnego w asortymencie jednego wykonawcy tj. spółki bioMerieux, co wskazuje na konstrukcję ww. pakietów w znaczny sposób utrudniającą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację ma Zamawiający, że podział zamówienia na części należy do Zamawiającego i jest jego wyłącznym prawem, niemniej jednak konstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośrednio lub pośrednio wskazujący na jednego producenta jest zakazany. Zamawiający nie zaprzeczył, że zamieścił w siwz pozycje asortymentowe w ramach których oczekuje dostarczenia produktów stosowanych wyłącznie do aparatu ATB, który Zamawiający posiada. Zamawiający nie zaprzeczył również twierdzeniu Odwołującego, że w pakietach, poza pozycjami odnoszącymi się wprost do aparatu ATB, znajdują się inne pozycje, które może zaoferować każdy dostawca asortymentu medycznego. Art. 29 ust. 2 ustawy posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym. Zamawiający takie dowodowy w ocenie Izby przedstawił. Z oświadczenia przedłożonego przez Zamawiającego złożonego przez firmę bioMerieux Polska sp. z o.o. wynika, że :

1. Odwołujący nie podjął próby pozyskania asortymentu mającego zastosowanie do aparatu ATB od polskiego przedstawiciela producenta w tym postępowaniu,

2. firma bioMerieux Polska sp. z o.o. współpracuje z różnymi firmami zajmującymi się dystrybucją odczynników diagnostycznych na terenie całej Polski w zakresie zarówno sprzedaży jak i zakupu odczynników potrzebnych do uzupełniania ofert w postępowaniach przetargowych,
3. bioMerieux jest częścią międzynarodowego koncernu, co ułatwia dostęp do jej produktów, szczególnie innym światowym koncernom diagnostycznym.

Ten dowód nie został obalony kontrdowodem ze strony Odwołującego, choćby w postaci zapytań ofertowych ze strony Odwołującego do tej firmy i uzyskanej w tym zakresie odmowy. Izba nie mogła się zatem oprzeć wyłącznie na twierdzeniach Odwołującego, co do faktów.

Dodatkowo oświadczenie bioMerieux zostało poparte dowodami pośrednimi w postaci wyciągów z postępowań przetargowych prowadzonych w latach 2005 – 2007 przez Zamawiającego, z których wynika, że w zamówieniach na dostawy wyrobów medycznych w ramach poszczególnych pakietów zamawiano komponenty związane bezpośrednio z aparatem ATB np.

- a) w postępowaniu znak 23/ZDL/Apteka/2005 w pakiecie I oczekiwano zaoferowania ATB HEMOPHILUS, ATB G-, API NH, API 20E, ATB PSE, a w ramach parametrów jakościowych pakietów mikrobiologicznych dla pakietu I oczekiwano złożenia oświadczenia o zgodności z posiadany wyposażeniem aparatu (ATB System). W tym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożyła firma EMAPOL sp. z o.o. z Gdańska, która zaoferowała w ramach pakietu nr I także odczynniki do aparatu ATB, złożyła oświadczenie o zgodności z posiadany wyposażeniem do aparatu (ATB System),
- b) w postępowaniu znak 68/ZP/07-35/PN-Apteka/2007 w pakiecie II oczekiwano zaoferowania ATB STREPT (paski), Sól do ATB, Woda do ATB, a w opisie kryteriów i sposobu oceny ofert w załączniku nr 4 w poz. 9 oczekiwano złożenia oświadczenia o zgodności z posiadany przez Zamawiającego wyposażeniem do aparatu ATB System.). W tym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożyła firma EMAPOL sp. z o.o. z Gdańska, która zaoferowała w ramach pakietu nr II także odczynniki do aparatu ATB złożyła oświadczenie o zgodności z posiadany wyposażeniem do aparatu (ATB System).

Z tych dokumentów wynika, że nie tylko bioMerieux może zaoferować i uzyskać zamówienie w ramach wyrobów medycznych na odczynniki do aparatu ATB.

Powyższe dowody w ocenie Izby wskazują, że Zamawiający, konstruując pakiety asortymentowe nie działał w celu ograniczenia konkurencji. Brak jest dowodów przeciwnych wskazujących na tendencję producenta bioMerieux do monopolizacji rynku wyrobów medycznych.

Zamawiający wprowadził wprost w wyszczególnionych pozycjach Załącznika nr 3 odniósł się do znaku towarowego i przez jego pryzmat opisał przedmiot zamówienia bez dopuszczenia ofert równoważnych, nie można jednak uznać takiego działania za sprzeczne z art. 29 ust. 3 ustawy, gdyż przepis ten odnosi się do opisu zamawianych towarów, a nie do posiadanych już przez Zamawiającego urządzeń czy sprzętu wymagającego użycia komponentów kompatybilnych.

Odwołujący nie uprawdopodobnił, że nie będzie mógł złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na brak możliwości pozyskania dla Zamawiającego odczynników do aparatu ATB. Ponadto podnoszona przez Odwołującego argumentacja, że dotychczas firma bioMerieux nie zagrażała konkurencji, gdyż miała ceny uniemożliwiające jej konkurowanie na rynku, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż pożądanym zjawiskiem ekonomicznym jest konkurencja cenowa pomiędzy poszczególnymi producentami, oczywiście za wyjątkiem sytuacji prowadzenia polityki dumpingowej.

Izba mając, na uwadze powyższe nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy, poprzez jednoczesne i łączne umieszczenie w Załączniku nr 3 do siwz – Arkuszu asortymentowo-cenowym w pakietach nr I, II, III, IV podłoży, krążków, zestawów lateksowych, testów i innych odczynników wraz z testami biochemicznymi, testami paskowymi do lekowrażliwości oraz niezbędnymi odczynnikami, które mogą być zastosowane wyłącznie przy użyciu aparatu ATB (poz. 12-14, 20-23, 30-33 w pakiecie I, poz. 16-24, 38 w pakiecie II, poz. 5 –9 w pakiecie III, poz. 3,4 w pakiecie IV) produkowanym tylko i wyłącznie przez bioMerieux sp. z o.o. oraz umieszczenie w Pakiecie nr I w poz. 6 oraz w Pakiecie nr II w poz. 12 podłoża dostępnego w asortymencie jednego wykonawcy tj. spółki bioMerieux, co wskazuje na konstrukcję ww. pakietów w znaczny sposób utrudniającą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie zakwestionował żadnego z warunków dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu, a naruszenia art. 22 ust. 2 upatruje w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis art. 22 zarówno ust. 1 jak i 2 ustawy odnosi się do określenia warunków podmiotowych udziału wykonawcy, a więc jego zdolności ekonomicznej, technicznej, potencjału ludzkiego, braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W żaden jednak sposób przepis ten nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Zakaz utrudniania

konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia ustanawia bowiem analizowany powyżej przepis art. 29 ust. 2 ustawy. Tym samym poprzez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający może naruszyć art. 29 ust. 2 ustawy, a nie art. 22 ust. 2 ustawy. Tym samym Izba w działaniu Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 22 ust. 2 ustawy.

Na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886) ograniczając żądanie do określonej tym rozporządzeniem stawki maksymalnej.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **dla Warszawy-Pragi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....