

WYROK

z dnia 10 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z **25 lutego 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Aero-Medika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II z siedzibą w Katowicach, ul. Medyków 16**

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 101** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) Kosztami postępowania obciąża Aero-Medika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40 i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Aero-Medika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40** tytułem wpisu od odwołania
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 321 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia jeden złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Aero-Medika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II z siedzibą w Katowicach, ul. Medyków 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pomp insulinowych dla dzieci zostało wszczęte przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II z siedzibą w Katowicach, ul. Medyków 16 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej w dniu 16 lutego 2011r. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2011/S 33 -054637.

W dniu 25 lutego 2011r. Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40 (odwołujący) wniósł odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) we wszystkich czterech częściach zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-dalej ustawy) i art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niezapewniający równego traktowania konkurentów, a nadto w sposób nadmiernie i bezzasadnie restrykcyjny, co powoduje eliminację konkurencji poprzez wskazanie rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez jednego dostawcę. Odwołujący wskazał, że we wszystkich pakietach kwestionuje wymogi dla przedmiotu zamówienia dotyczące konieczności zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu Ruch, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) czyli baterii typu AA i AAA oraz funkcji dodatkowych takich jak nieograniczona ilość drenów w ciągu doby, automatyczne rozpoznawanie przez pompę insuliny w zbiorniczku, minimalnego okresu czasowej zmiany bazy mniejszego niż 30 minut, wymogów dotyczących programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy – stosowanych przeliczników w kalkulatorach bolusów i historii wypełnień drenu oraz sczytywania parametrów transmittera, a w pakiecie 2 dodatkowo wymogu dotyczącego sensorów do ciągłego monitorowania glikemii i 3 transmitterów, w pakiecie 3 wymogu dotyczącego możliwości wkuć innych producentów, w pakiecie 4 dodatkowo wymogu dotyczącego sensorów do ciągłego monitorowania glikemii i 7 transmitterów. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu sporządzenia nowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób odpowiadający treści przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy poprzez uznanie, że kwestionowane postanowienia siwz są niezgodne z ustawą i niezapewnianą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców lub co najmniej uznanie, że taki sposób określenia przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję i ograniczenie jej tylko do jednego dostawcy oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania. Odwołujący

wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest dostawcą pomp insulinowych i jest zdecydowany przystąpić do przetargu. W uzasadnieniu podniósł, że wymóg zasilania bateriami ogólnodostępnymi typu AA i AAA jest niezrozumiały. Odwołujący oferuje pompy zasilane bateriami ½ AA, alkalicznymi, wysokiej jakości dostarczonymi wraz z pompą insulinową z sposób zapewniający ciągłość dostawy. Odwołujący podał, że dostarcza także ładowarki do baterii i jest w stanie dostarczyć baterię pacjentowi w ciągu maksymalnie 72h, a najczęściej 24h. Wskazał, że zastosowanie baterii ½ AA zmniejsza rozmiary i wagę pompy co ma znaczenie dla dziecka jako użytkownika urządzenia. Podniósł, że baterie ogólnie dostępne mogą być niskiej jakości lub słabej mocy i stanowić zagrożenie dla dziecka. Na poparcie swego stanowiska powołał wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 16 czerwca 2010r. w sprawie sygn. akt V Ga 61/10, którego odpis załączył do odwołania. Wskazał, że wymogi dotyczące ilości wypełnień drenów w ciągu doby oraz rozpoznawanie insuliny w zbiorniczku dla diagnostyki i leczenia pacjenta nie ma żadnego znaczenia, na co wskazał opracowanie lek. Andrzeja Gwareckiego. Podniósł, że różne insuliny mają różną szybkość wchłaniania od 10 minut do 2 godzin, a szczyt działania osiągają od 1-2 do 5-8 godziny, a czas ich działania może wynosić od 4-5 godzin do 22- 24 godzin i z tego względu niezrozumiały jest wymóg funkcji dodatkowej minimalnego okresu zmiany czasowej mniej niż 30 minut. Wskazał, że tę funkcję dodatkową zapewnia tylko jeden dostawca. Natomiast wymóg stosowania wkuc innych producentów w pakiecie 3 ma wyeliminować odwołującego, którego nowoczesna pompa Dana R posiada gwint lewoskrętny odmienny od pozostałych pomp, który ma służyć zabezpieczeniu dzieci przed odkręceniem wkucia. Wymogi w pakiecie 2 i 4 dotyczące monitorowania glikemii i sensorów ciągłego monitorowania oraz wymogów dotyczących programu komputerowego są niezasadne, gdyż ciągły monitoring glikemii może być stosowany jedynie w pompie producenta Medtronic Diabetes i to w pompie przeznaczonej dla dzieci powyżej 7 roku życia. Ciągły monitoring glikemii nie zastępuje standardowego badania glukometrem i ma jedynie charakter uzupełniający, a ponadto wymaga dwa razy na dobę kalibracji, która wiąże się z wykonaniem pomiaru glukometrem i skalibrowanie sprzętu. Oznacza to, że ta technologia nie eliminuje potrzeby wkucia w celu zbadania poziomu cukru we krwi, ponadto odwołujący powołując się na artykuł Anity Rogowicz – Frontczak z 23 maja 2008r. wskazał, że pomiar dokonywany przez sensory oznacza się w płynie międzykomórkowym, co może powodować błędy interpretacyjne, gdyż glukoza z opóźnieniem przepływa z krwi do płynu międzykomórkowego. W tym stanie rzeczy odwołujący uważa wymogi postawione przez zamawiającego za nieuzasadnione i mające na celu jedynie uniemożliwienie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie oferentów z wyjątkiem jednego dostawcy. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 80/07, uchwałę SN z dnia 18 września 2002r, wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006r. sygn. akt II Ca 693/05, wyrok ZA 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 ZA z 9 listopada 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2736/06, postanowienie ZA 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. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2011r. udzielone przez prezesa zarządu odwołującego, upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem, na numer faksu podany w ogłoszeniu o zamówieniu, w dniu 24 lutego 2011r.

W dniu 25 lutego 2011r. (pismem z dnia 24 lutego 2011r.) zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w dniu 28 lutego 2011r. przystąpił Medtronic Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 101 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 wywrzeć 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, którym w ocenie odwołującego, jak zdaje się sugerować treść odwołania, jest Medtronic Poland. 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 KIO 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. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów dotyczących parametrów technicznych pomp insulinowych, przystępujący podniósł, w zakresie wymogu zasilania, że zamawiający nie ogranicza tego kryterium przez dodanie, iż zasilanie powinno odbywać się bateriami AA lub AAA. Wymaganie dotyczy ogólnodostępności baterii, co ma niezwykle istotne znaczenie dla zdrowia i życia pacjentów korzystających z pomp insulinowych. Powołał się na wyrok z dnia 22 maja 2009 r., sygn. KIO/UZP 598/09 i wskazał, że baterie Vz AA zasilające oferowaną przez odwołującego pompę insulinową nie są dostępne w zwykłych punktach dystrybucji, gdzie zazwyczaj dokonuje się zakupu baterii, tj. w powszechnie dostępnych placówkach handlowych, np. na większych stacjach paliw, w kioskach ruchu, w popularnych sieciach supermarketów i sklepów ze sprzętem AGD i RTV. Bateria 14 AA nie jest też dostępna w każdej aptece. Z uwagi na przedmiot postępowania – pompy insulinowe dla dzieci, ogólnodostępność powinna odznaczać się łatwością w nabyciu, brakiem utrudnień w dostępie do punktów sprzedaży.

Zakup baterii ogólnodostępnych jest łatwy i szybki, odbywa się bez jakichkolwiek przeszkód (np. konieczności poszukiwania jednego z wybranych punktów dystrybucji, ewentualnego oczekiwania na wysyłkę). Podkreślił, że nawet krótka przerwa w dostarczeniu insuliny prowadzi do dramatycznego pogorszenia stanu zdrowia w wyniku rozwoju kwasicy ketonowej. Rodzice dzieci z cukrzycą leczonych przy pomocy pomp insulinowych, muszą mieć możliwość zakupu niezbędnej do działania pompy baterii bez trudności w punktach sprzedaży, bez względu na miejsce zamieszkania (miasto, wieś). Zakup baterii w specjalistycznych sklepach lub też w sklepach internetowych związany jest z koniecznością dojazdu, czy też w przypadku zakupów przez Internet - wymaga posiadania odpowiedniej wiedzy, dostępu do Internetu, a także wiąże się z często kilkutygodniowym czasem oczekiwania. Okoliczność, zgodnie z którą „w skrajnych przypadkach bateria może być dostarczona do pacjenta w czasie do 72 godzin” (str. 5 odwołania Aero-Medika), przemawia, według przystępującego, przeciwko twierdzeniu o większym bezpieczeństwie zasilania pomp oferowanych przez odwołującego. Możliwość

szybkiej wymiany wyczerpanej lub wadliwej baterii może mieć istotne znaczenie dla życia i zdrowia pacjentów korzystających z pomp. Niezależnie od powyższego, zarzut dotyczący wagi i rozmiaru baterii również nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, gdyż baterie AAA ważą około 11,5 grama, zaś Vⁱ AA około 11 gramów, co nie czyni w istocie żadnej różnicy. Również rozmiar tych typów baterii należy uznać za porównywalny: AAA - długość ok. 44,5 mm, średnica ok. 10,5 mm, zaś V^{*} AA - wysokość: 25 mm, średnica: 14,5 mm. Różnica polega na kształcie, który w żaden sposób nie oddziałuje na komfort czy bezpieczeństwo pacjenta. Powoływanie się przez odwołującego na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie (V Ga 61/10), stwierdzający, że niedopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym sprzętu zasilanego lepszym źródłem energii jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równości wykonawców, nie może stanowić wystarczającego w niniejszej sprawie dowodu na zarzut stawiany zamawiającemu. Przystępujący odniósł się także do powołanego przez odwołującego wyroku Sąd Okręgowy w Olsztynie, uznając go za niezasadny. Wskazał także, iż treść SIWZ w zakresie parametrów technicznych pomp insulinowych spełnia kryteria określone przez Polskie Towarzystwo Diabetologiczne. Kwestia doboru zasilania pomp określonym rodzajem baterii, to decyzja zamawiającego uargumentowana względami praktycznymi i przede wszystkim bezpieczeństwem pacjentów i w tym zakresie powołał wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. VIII Ga 136/09. Odnośnie zarzutu dotyczącego nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby, automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku, wskazał, że nie został on przez odwołującego uzasadniony. Podniósł, że podczas standardowej eksploatacji sprzętu dochodzi do sytuacji, które będą wymagały zmiany zestawu infuzyjnego, która w swojej procedurze wymaga wypełnienia drenu i wyrównania ciśnienia w strzykawce. Dlatego nieograniczona ilość wypełnień drenu w ciągu doby ma ogromne znaczenie dla bezpieczeństwa pacjenta, kiedy w różnych okolicznościach musi dokonać zmiany zestawu infuzyjnego (np. nieumyślne wyrwanie wkłucia, obłuzowanie 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). Precyzyjne, automatyczne obliczanie przez pompę ilości insuliny w zbiorniku znacznie zwiększa bezpieczeństwo pacjenta, związane z informacją o konieczności uzupełnienia insuliny z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby nie doszło do sytuacji, kiedy pacjent nie ma możliwości uzupełnienia zapasu insuliny, a pompa komunikuje jej brak. Funkcja automatycznego rozpoznawania ilości insuliny w zbiorniku eliminuje ryzyko związane z pominięciem ręcznego wprowadzenia tej informacji do pompy przez pacjenta. Co do zarzutu odnoszącego się do wymogu minimalnego okresu czasowej zmiany bazy <30 min.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego powyższego kryterium zostało przez odwołującego ograniczone do przytoczenia opracowania lek. Andrzeja Gwareckiego, jednakże jego analiza nie przynosi, według odwołującego, odpowiedzi na pytanie o przyczyny postawienia tego zarzutu. Wskazał, że możliwość precyzyjnego sterowania czasem programowania wlewu podstawowego w opcji czasowej zmiany bazy w przypadku dzieci ma z klinicznego punktu widzenia ogromne znaczenie. Im większa wrażliwość pacjenta na insulinę, tym interwał przyrostu dawki określony w czasie ma większe znaczenie. Ponadto odwołał się do stanowiska Sekcji Pediatrycznej PTD (powoływana wyżej Specyfikacja pomp insulinowych dla dzieci. Wytyczne Sekcji Pediatrycznej PTD na rok 2011 - pkt 30), zgodnie z którym parametr „minimalny okres czasowej zmiany bazy mniejszy lub równy 30 min.” jest wymagany lub dodatkowo punktowany. Odnośnie zarzutu w zakresie wymogu możliwości używania wkłuc innych producentów w pompach biorących udział w ofercie, to jest to wymóg dodatkowo punktowany, ale jego niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty. Podniósł, że pompy stosowane przez przystępującego nie posiadają możliwości używania wkłuc innych producentów, zatem odwołujący bezzasadnie podnosi, że wymóg ten został sformułowany przeciwko niemu. W zakresie zarzutu dotyczącego funkcji systemu ciągłego monitorowania glikemii (CGM), przystępujący podniósł, że powołane opracowanie pochodzi z maja 2008 r., tj. niemalże trzy lata przed ogłoszeniem dokonany przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Postęp techniczny, który ma miejsce również w medycynie, w szczególności w zakresie wyrobów medycznych powoduje, że opisane w cytowanym przez odwołującego opracowaniu wady monitoringu glikemii nie występują już obecnie. Sprzęt prawidłowo kalibrowany (2-3 razy na dobę) wskazuje wyniki wiarygodne, na bazie których pacjent może wyciągać wnioski terapeutyczne mające wpływ na poprawę jego zdrowia. Kalibracja jest zaś czynnością prostą i niewymagającą specjalnych umiejętności. Dzięki zastosowaniu systemu ciągłego monitorowania glikemii pacjent może mierzyć poziom cukru dwa trzy razy na dobę, nie zaś kilkanaście razy. W krajach Unii Europejskiej CGM zarejestrowany jest bez ograniczeń wiekowych, posiada również znak CE. W Polsce system monitorowania glikemii funkcjonuje od 2000 r. i od tego właśnie roku zarejestrowany był do użytku przez pacjentów z cukrzycą bez ograniczeń wiekowych. Zastosowanie systemu ciągłego monitorowania glikemii zwiększa bezpieczeństwo pacjentów z cukrzycą insulinozależną, w szczególności dzieci oraz osób pozbawionych objawów zwiastujących hipoglikemię. Idea CGM nie polega jednak na wyeliminowaniu zastosowania glukometru, lecz ma na celu uświadomienie pacjentowi oraz jego opiekunom trendów zmian glikemii i dzięki temu szybszej reakcji w przypadku zagrożenia hipo- lub hiperglikemią. Ponadto zamawiający postawił ten wymóg w pakietach dla dzieci z niedocukrzeniami nocnymi lub niesygnalizującymi objawów niedocukrzenia. Ma to szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa tych dzieci. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych i ofert na wybrane pakiety. Co do programu komputerowego, to zarzut nie został

przez odwołującego w ogóle uzasadniony. Przystępujący stwierdził, że programy komputerowe zawierające szczegółowe parametry ustawień pracy pompy pozwalają na wnikliwą analizę przebiegu leczenia dzięki zastosowaniu szeregu raportów. Oprogramowanie może pozwalać na archiwizację wszystkich danych z pamięci pompy z okresu 3 miesięcy, na przechowywanie wszystkich raportów niezależnie od upływu czasu, co umożliwia obserwację zmian dotyczących zapotrzebowania na insulinę związanych z rozwojem dziecka oraz w sytuacjach nietypowych takich jak: dodatkowe choroby, wysiłek fizyczny, podróże ze zmianą stref czasowych. Dzięki historii wypełnień drenu możliwe jest sprawdzenie z jaką częstotliwością pacjent wypełnia dren, zmienia zestaw infuzyjny i czy nie wykorzystuje tej opcji niezgodnie z zaleceniami terapeutycznymi. Bez możliwości wglądu do historii wypełnień drenu pacjent (dziecko) mógłby podawać bolusy poprzez funkcje wypełnień drenu, nie wliczane do dawki dobowej, zaś lekarz nie byłby w stanie tego sprawdzić. Zakwestionowane przez odwołującego kryteria służą zatem poprawie jakości życia pacjenta chorego na cukrzycę, co nie może pozostać bez wpływu na ocenę zasadności ich zawarcia w treści SIWZ. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 lutego 2011r. podpisanego przez prokurenta samoistnego, którego prokura została ujawniona w KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 28 lutego 2011r.

W dniu 4 marca 2011r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, zgodnie z rachunkiem, który złożył na rozprawie. W uzasadnieniu zamawiający powołał stanowisko dotyczące charakteru i przebiegu leczenia cukrzycy typu I u dzieci oraz wymogów diagnozowania, leczenia i monitorowania stanu pacjenta oraz skutków związanych z brakiem reżimu leczenia opracowane na potrzeby zamawiającego przez prof. dr hab. n. med. Przemysławę Jarosz – Chobot. Zamawiający powołał się na opracowanie siwz w oparciu o wytyczne Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego i podniósł, że wymogi siwz są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami i nie mogą być dostosowane poprzez obniżenie do potrzeb wszystkich wykonawców. Wskazał, że nie może zaniżyć wymogów technicznych i jakości dostarczanego sprzętu poza obowiązujące standardy. Odnosząc się do zarzutu odwołującego w odniesieniu do wymogu zasilania pompy z baterii ogólnodostępnych. Podkreślił, że w siwz nie opisał rodzaju baterii, ale jej szeroką dostępność. Wskazał na wymogi kliniczne zezwalające na odłączenie pompy jedynie na krótki okres do 2 godzin, gdyż preparaty insulinowe stosowane w pompach mają krótki okres działania, a brak insuliny w organizmie jest zagrożeniem dla zdrowia i życia chorego. Wskazał na aktywność ruchową dzieci, potrzebę ich adaptacji do grupy rówieśników, podniósł, że nie zapewnia tego bateria,

której dostępność może wahać się do 72 godz. w okresach świątecznych, a wskazał na nieprzewidywalność dostawy w sytuacjach szczególnych jak strajk, powódzie, z tego względu zamawiający uważa, że nie daje to poczucia komfortu terapii. Ładowarka jest ściśle dostosowana do rodzaju baterii i trudna do zdobycia w przypadku uszkodzenia, czy utraty już posiadanej, a nadto nieporęczna dla dziecka. Wskazał, że pompy 3 producentów (Cosmo, Medtronic i Roche) są przez niego używane i pracują na bateriach ogólnodostępnych, a na rynku obecnie są dwie firmy, które spełniają ten warunek tj. Medtronic i Roche. Co do zarzutu dotyczącego wymogu funkcji automatycznego rozpoznawania przez pompę insuliny w zbiorniczku, to wymóg ten jest uzasadniony, według zamawiającego bezpieczeństwem i efektywnością leczenia cukrzycy u dziecka. Wymóg służy zapewnieniu ciągłości pracy pompy. Wskazano na to, że mali pacjenci zapominają o sprawdzeniu insuliny w zbiorniczku, a potrzebują jej duże ilości, a nadto insulina musi być przechowywana w lodówce. W zakresie zarzutu wielokrotnego wypełnienia dreny, to jest to wymóg według zamawiającego konieczny dla bezpieczeństwa zachowania ciągłości pracy pompy. U dzieci często spotyka się zatkanie drenu spowodowane krystalizacją insuliny, czy zaistnieniem pęcherzyków powietrza w drenie, co wymaga wielokrotnego odpowietrzania i napełnienia drenu, może dochodzić także do pomyłek w wypełnianiu drenu i konieczności powtórzenia zabiegu, a także ma znaczenia w okresie nauki używania pompy. Wskazał, że oba wyżej opisane wymogi spełniają używane przez zamawiającego pompy producentów Cosmo. Medtronic i Roche, a na rynku są co najmniej dwie pompy spełniające wymogi tj. pompy Roche i Medtronic. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymogu funkcji minimalnego okresu czasowej zmiany bazy ≤ 30 minut, to zamawiający wymaga tej funkcji w pakiecie 1 i 2, z uwagi na najwyższą wrażliwość na insulinę u małych dzieci i liczbę podawanych jednostek insuliny, natomiast w pakiecie 3 i 4 jest to funkcja dodatkowo punktowana, z uwagi na możliwość występowania mniejszego zapotrzebowania na insulinę i wysokiej wrażliwości na insulinę. Co do powołanej przez odwołującego opinii lek. Med. Andrzeja Gawreckiego, to nie jest on diabetologiem, ale internistą i nie specjalizuje się w leczeniu cukrzycy u dzieci. Wskazał, że wyżej opisany wymóg spełniają używane przez zamawiającego pompy producentów Cosmo. Medtronic i Roche, a na rynku są co najmniej dwie pompy spełniające wymogi tj. pompy Roche i Medtronic. W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu możliwości używania wkuć innych producentów pomp insulinowych, to zamawiający wskazał, że postawił wymóg z uwagi na koszty jednostkowe wkuć, a dopuszczenie innych producentów w tym wkuć generycznych zmniejsza koszty wkuć. Co do zarzutu dotyczącego wymogu ciągłego podskórnego monitoringu poziomu glikemii w czasie rzeczywisty, to zamawiający wskazał, iż postawił ten wymóg dla pomp mających zastosowanie u dzieci z niedocukrzeniami nocnymi i/lub nie sygnalizującymi objawów niedocukrzenia, które jest powikłaniem cukrzycowym i może nie być przez dziecko sygnalizowane. Monitoring

zmniejsza ilość wkuć dziennych, a zarówno pomiar glukometrem jaki i CGM jest obarczony błędem, ale znajomość tych błędów i odpowiednie wyszkolenie pacjenta pozwalają ostrzegać pacjenta przed niedocukrzeniem czy hiperglikemią. System ten w Unii Europejskiej może być stosowany bez ograniczeń wiekowych, w niektórych państwach UE jest refundowany i istnieją potwierdzone badania wykazujące zalety korzystania z CGM. Zamawiający wskazał na trzech zarejestrowanych w UE producentów systemu tj. Guardian Real time, DexComSTS, Freestyle Navigator. Podał także, że pacjenci wyposażeni w CGM dokonują badań glukometrem 2-3 razy na dobę, a niewyposażeni w ten system 10 i więcej razy, co ma znaczenie dla komfortu życia. Nadto wymóg taki rekomenduje Polskie Towarzystwo Diabetologiczne na rok 2011. Aktualnie pacjenci zamawiającego są wyposażeni w ten system zarówno na stałe, jak i w celach diagnostyki niedocukrzenia. Podniósł, że przywołany przez odwołującego artykuł pochodzi od lekarza nie specjalizującego się ani w leczeniu dzieci, ani cukrzycy. Nadto sam powołany przez odwołującego lek. Med. Andrzej Gawrecki korzysta z tego systemu we własnym leczeniu. Dodatkowo podkreślił, że wymóg zaoferowania systemu CGM jest możliwy do zaoferowania przez dowolnego producenta, gdyż jest to system, który integruje się z pompą insulinową i jest oferowany przez co najmniej 3 producentów Medtronic, Abbott i Dexcom. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymogu programu komputerowego, to diagnostyka i komunikacja z lekarzem drogą komputerową jest coraz powszechniejsza w medycynie, np. w kardiologii. Na podstawie informacji przechowywanych przez program komputerowy można przeprowadzić wnikliwą analizę przebiegu leczenia, oprogramowanie ma możliwość generowania raportów z okresu 3 miesięcy wskazując na zmiany zapotrzebowania na insulinę, sytuacje nietypowe, dotyczą dawkowania insuliny podstawowej i posiłkowej, ilości posiłków, historii wypełnień drenu. Zamawiający korzysta obecnie z pomp trzech producentów posiadających tę funkcjonalność, a co najmniej dwóch aktualnie jest w stanie zaoferować wymagane oprogramowanie. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie udowodnił stawianych zarzutów, a przywołane przez odwołującego orzecznictwo Izby nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i jest ogólne. Zamawiający powołał wyroki Zespołów Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005r. sygn. akt UZP/ZO 0-135/05 i z 3 lutego 2005r. sygn. akt UZ/ZO/0-153/05, oraz wytyczne Prezesa UZP dotyczące przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, a także wyrok izby z 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 80/07 i wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie sygn. akt VIII Ga 136/09, wskazując, że ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego obiektywnym potrzebom, nawet stosując wysokie wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także iż nie jest naruszeniem konkurencji sytuacja, w której jeden podmiot nie może wziąć udziału w postępowaniu,. Ale poza nim funkcjonują inne podmioty, które mogą złożyć oferty, przy czym

pod uwagę należy brać nie tylko rynek lokalny, ale co najmniej rynek europejski. Jako dowody powołał oświadczenie Andrzeja Gawreckiego, zestawienie parametrów pomp Medtronic, Roche i odwołującego, wykaz przedstawicielstw firmy Dexcom, a także artykuły branżowe.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wytycznych Sekcji Pediatrycznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego na rok 2011, oświadczenia Andrzeja Gawreckiego, artykułu „Zastosowanie ciągłego monitorowania glikemii u chorych na cukrzycę – przegląd dostępnych systemów”, artykułu „Cukrzyca typu 1 u dzieci, młodzieży i dorosłych”, artykułu „Zalecenia kliniczne dotyczące postępowania u chorych na cukrzycę 2011”, artykułu „Bezobjawowe niedocukrzenia i hiperglikemie rozpoznawane na podstawie systemu ciągłego monitorowania glikemii u dzieci z dobrze wyrównaną cukrzycą typu 1”, pisma Agnieszki i Marka Słyk z dnia 10 czerwca 2010r., materiałów poglądowych dotyczących systemu ciągłego monitorowania glikemii

Izba uznała porównanie cen z otwarciem ofert w postępowaniu Szpitala im. Rydygiera w Toruniu przedłożone przez odwołującego za jego stanowisko w sprawie.

Izba uznała zestawienie parametrów technicznych pomp przedłożone przez zamawiającego, opinię prawną z dnia 3 marca 2011r., oraz pismo Roche Diagnostics z dnia 2 marca 2011r. przedłożone przez zamawiającego za jego stanowisko w sprawie.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego tłumaczeń poświadczonych z języka angielskiego następujących dokumentów : informacji producenta Medtronic Diabetes opublikowanego na stronie internetowej (złożonego przez odwołującego), oraz artykułów „Ciągłe monitorowanie glikemii u młodzieży z cukrzycą typu 1”, „Zastosowanie ciągłego monitorowania glikemii u małych dzieci z cukrzycą typu 1 : konsekwencje dla badań behawioralnych”, „Leczenie za pomocą pompy z czujnikiem od momentu diagnozy dziecięcej cukrzycy typu 1” i fragmentu pracy „Monitorowanie glikemii: samodzielne monitorowanie u pacjentów poniżej 18 roku życia” – złożone przez przystępującego z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu w oryginalnej wersji językowej. Tłumaczenie nawet sporządzone przez tłumacza przysięgłego jest zawsze pochodną dokumentu oryginalnego i jest jedynie ułatwieniem dla stron, tak aby mogły zapoznać się z treścią dokumentu. Nie zmienia to jednak faktu, że dowodem jest dokument w oryginalnej wersji językowej, a nie jego tłumaczenia. Wobec braku zatem dowodu Izba pominęła przedłożone pisma.

Izba ustaliła, że

Zgodnie z pkt. A.I.1 siwz - opis przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia są dostawy pomp insulinowych dla dzieci w ilości wyszczególnionej w specyfikacjach asortymentowo-cenowych stanowiących załącznik od nr 2.1 do 2.4 oraz o parametrach technicznych opisanych w załączniku nr 3.1 do 3.4 do siwz. Zamawiający przedmiot zamówienia podzielił na 4 Pakiety: Pakiet nr 1 - Pompy insulinowe dla dzieci poniżej 6 roku życia (1), Pakiet nr 2 - Pompy insulinowe dla dzieci poniżej 6 roku życia (2), Pakiet nr 3 - Pompy insulinowe dla dzieci powyżej 6 roku życia (1), Pakiet nr 4 - Pompy insulinowe dla dzieci powyżej 6 roku życia (2).

Zgodnie z pkt A.1.11. siwz wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć pompy insulinowe zgodne z wymaganymi parametrami technicznymi, kompletne, gotowe do pracy zgodnie ze swoim przeznaczeniem, zamawiający wymagał także, aby wykonawca wraz z ofertą dostarczył po jednej sztuce oferowanych pomp wraz z wyposażeniem celem porównania zaoferowanych parametrów technicznych (pkt. A.I.13 siwz).

Do oferty należało załączyć wypełnione, podpisane i opieczątowane (pieczętką firmową i imienną) przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentowania Wykonawcy specyfikacje asortymentowo-cenowe (załączniki nr 2.1 do 2.4) (pkt. VIII.2 siwz), wypełnione, podpisane i opieczątowane (pieczętką firmową i imienną) przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentowania Wykonawcy parametry techniczne (załącznik nr 3.1 do 3.4) (pkt. VIII.3 siwz), dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji asortymentowo-cenowej- załącznik nr 2.1 do 2.4 tj.:

- a) dokumenty wymagane przepisami ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. – Dz. U. nr 107, poz. 679,
- b) katalog lub firmowe materiały informacyjne zawierające opis i parametry techniczne oferowanych pomp,
- c) próbki zwrotne - po jednej sztuce oferowanych pomp wraz z wyposażeniem (pkt. VIII.5 siwz).

Zamawiający w pkt XIII. siwz wskazał, że kryterium oceny ofert poza ceną będą także parametry techniczne o wadze 40%. Kryterium Parametry Techniczne – miały podlegać ocenie w skali od 0 do 100 na podstawie charakterystyki parametrów technicznych oferowanych pomp i zgodnie z opisem sposobu punktacji załącznik nr 3.1 do 3.4 (brak któregośkolwiek parametru wymaganego skutkować miał odrzuceniem oferty) oraz przedłożonych pomp.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.1 pompa insulinowa dla dzieci poniżej 6 roku życia lub z zapotrzebowaniem na insulinę < 20 j – pompy z regulacją dawki bazy < 0,1 j. /godzinę w ilości 31 zamawiający postawił następujące wymagania techniczne, kwestionowane przez odwołującego :

W wierszu 4 tabeli wymagał zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) - bez punktacji, w wierszu 20 - nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby- bez punktacji, w wierszu 28 - automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku dodatkowy – wymóg punktowany TAK – 20 pkt., NIE – 0 pkt, w wierszu 30 minimalny okres czasowej zmiany bazy ≤ 30 min – bez punktacji. W załączniku nr 1 do załącznika nr 3.1. wskazał wymogi dotyczące programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy, w tym stosowane przeliczniki w kalkulatorach bolusów, historia wypełnień drenu, sczytywanie parametrów z transmitera.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.2 pompa insulinowa dla dzieci poniżej 6 roku życia lub z zapotrzebowaniem na insulinę < 20 j. - dla dzieci z niedocukrzeniami nocnymi i/lub niesygnalizującymi objawów niedocukrzenia, – pompy z regulacją dawki bazy $< 0,1$ j./godzinę w ilości 31 zamawiający postawił następujące wymagania, kwestionowane przez odwołującego :

W wierszu 4 wymagał zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) - bez punktacji, w wierszu 20 - nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby- bez punktacji, w wierszu 28 - automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku dodatkowy – parametr punktowany TAK – 20 pkt., NIE – 0 pkt, w wierszu 30 - minimalny okres czasowej zmiany bazy ≤ 30 min - bez punktacji, w wierszu 31 - ciągłego monitorowania glikemii - bez punktacji, w wierszu 38 -3 transponderów - bez punktacji. W załączniku nr 1 do załącznika nr 3.2 do siwz postawił wymogi dotyczące programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy, w tym: stosowane przeliczniki w kalkulatorach bolusów, historia wypełnień drenu, sczytywanie parametrów z transmitera.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.3 pompa insulinowa dla dzieci powyżej 6 roku życia, – pompy z regulacją dawki bazy $0,1$ j./godzinę w ilości 64 zamawiający postawił następujące wymagania, kwestionowane przez odwołującego :

W wierszu 4 tabeli wymagał zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) - bez punktacji, w wierszu 20 - nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby- bez punktacji, w wierszu 28 - automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku dodatkowy – wymóg punktowany TAK – 20 pkt., NIE – 0 pkt, w wierszu 30 minimalny okres czasowej zmiany bazy ≤ 30 min – bez punktacji, w wierszu 36 możliwości używania wkłuc innych producentów w pompach biorących udział w ofercie – parametr punktowany TAK – 10 pkt., NIE – 0 pkt. W załączniku nr 1 do załącznika nr 3.1.

wskazał wymogi dotyczące programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy, w tym stosowane przeliczniki w kalkulatorach bolusów, historia wypełnień drenu, sczytywanie parametrów z transmitera.

Zgodnie z załącznikiem nr 3.4 pompa insulinowa dla dzieci powyżej 6 roku życia dla dzieci z niedocukrzeniami nocnymi i/lub niesygnalizującymi objawów niedocukrzenia – pompy z regulacją dawki bazy 0,1 j. /godzinę w ilości zamawiający postawił następujące wymagania, kwestionowane przez odwołującego :

W wierszu 4 wymagał zasilania pompy z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki) - bez punktacji, w wierszu 20 - nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby- bez punktacji, w wierszu 28 - automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku dodatkowy – parametr punktowany TAK – 20 pkt., NIE – 0 pkt, w wierszu 30 - minimalny okres czasowej zmiany bazy ≤ 30 min - bez punktacji, w wierszu 31 - ciągłego monitorowania glikemii - bez punktacji, w wierszu 38 - 7 transmiterów - bez punktacji. W załączniku nr 1 do załącznika nr 3.2 do siwz postawił wymogi dotyczące programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy, w tym: stosowane przeliczniki w kalkulatorach bolusów, historia wypełnień drenu, sczytywanie parametrów z transmitera.

W specyfikacji pomp insulinowych dla dzieci wytycznych Sekcji Pediatrycznej Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego na rok 2011 wskazano wymogi konieczne m. In. Czasową zmianę 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, firma dostarcza gratis program i urządzenia konieczne do sczytywania danych przez komputer ośrodkowi diabetologicznemu prowadzącemu terapię (linki) – wymogi dotyczące programu komputerowego w załączniku 1, bezpośrednio z pompy – aktualne dawki w bazie, minimum ostatnie 20 bolusów (dawki i rodzaj), średnie dawki dobowe z ostatnich 14 dni, historia wypełnień drenów, automatyczne wypełnienie drenu – tak – nieograniczona 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 wymogi dotyczące programu komputerowego do sczytywania pamięci pompy w tym : aktualne bazy (wszystkie możliwe z jednego sczytania 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 PTD 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. Wskazano także zalecenia kryteriów oceny ofert tj. 60% cena i 40% funkcje dodatkowe.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia jako dostawca pomp insulinowych, będących przedmiotem zamówienia, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i może ponieść szkodę w przypadku niemożliwości złożenia oferty w postępowaniu. W ocenie Izby przesłanka materialno prawna odwołania z art. 79 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia we wszystkich 4 pakietach w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione względami obiektywnymi preferowanie jednego producenta tj. Medtronic Diabetes.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zaniechał ciężącego na nim obowiązku uprawdopodobnienia twierdzonego faktu, iż przedmiot zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję. Art. 29 ust. 2 ustawy stanowi bowiem wyraźnie, że naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych ma miejsce wtedy, gdy zamawiający złamie zakaz opisu przedmiotu

zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatem odwołujący powinien uprawdopodobnić okoliczność, że do takiego utrudnienia doszło. Jednakże w przedmiotowej sprawie odwołujący poprzestał na swoich twierdzenia oraz twierdzeniach dwóch reprezentantów środowiska medycznego, które uznał za własne włączając je w treść odwołania. Nie poparł tych twierdzeń jednak żadnymi dowodami, gdyż za taki dowód nie może być uznane tłumaczenie informacji ze strony internetowej. Pomijając już dopuszczalność dowodu z tłumaczenia bez przedłożenia dokumentu, z którego tego tłumaczenia dokonano, to dowód z informacji ze strony internetowej bez wskazania daty pozyskania informacji ze strony internetowej, szczegółowego oznaczenia ścieżki dostępu do miejsca na stronie internetowej, na której się taki dokument znajduje, jest w ogóle nieprzydatny, w celu udowodnienia, że Medtronic nie rekomenduje swojego urządzenia CGM dla dzieci poniżej 7 roku życia. Izba wielokrotnie już wypowiedziała się także co do wiarygodności dokumentu w postaci wydruku ze strony internetowej wskazując, na znikomą wartość dowodową z uwagi na brak prawnych uregulowań co do obowiązku zamieszczania informacji prawdziwych na stronach prywatnych, czy obowiązku zamieszczania informacji stanowiących pełną informację o oferowanych towarach czy świadczonych usługach i ich technicznych czy technologicznych aspektach. Za dowód nie może być także uznana informacja sporządzona przez odwołującego na temat cen zaoferowanych w postępowaniu o zamówienie publiczne dla Szpitala im. Rydygiera w Toruniu, jest to wyłącznie notatka sporządzona przez odwołującego, dla jego własnych potrzeb i nie potwierdzona przez podmiot, który zorganizował powołane postępowanie o zamówienie publiczne. Odwołujący chcąc uprawdopodobnić twierdzenie o sporządzeniu siwz w sposób sprzeczny z treścią art. 29 ust. 2 ustawy powinien był co najmniej przedstawić własną dokumentację techniczną, co do kwestionowanych postanowień siwz i wykazać, że nie jest w stanie tych wymogów spełnić. Niestety odwołujący w tym zakresie poprzestał na jedynie twierdzeniach. Izba pragnie podkreślić, że odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego, że w postępowaniu mogą brać udział co najmniej dwaj producenci pomp insulinowych tj. Medtronic Diabetes i Roche Diagnostics. Nie poparł także żadnym dowodem swojego twierdzenia, że firma Roche Diagnostics nie uzyskała żadnego zamówienia publicznego na pompy insulinowe na podstawie siwz zawierających analogiczne warunki, jak w przedmiotowym postępowaniu, a jej udział ma służyć jedynie zapewnieniu wrażenia fikcyjnej konkurencyjności, czyli jak wyraził się odwołujący „na rybkę”. Izba wskazuje, że zakres jej kognicji jest ograniczony zarzutami odwołania, a także orzeka w konkretnym stanie faktycznym i na różnych etapach postępowania, zatem nie dysponuje takimi informacjami z urzędu. Ponadto wedle wiedzy Izby dotychczasowe odwołania w postępowaniach na pompy insulinowe koncentrowały się na zarzucie ograniczenia konkurencji przez wymóg zastosowania baterii ogólnodostępnych, a nie na wszystkich kwestionowanych w

przedmiotowym postępowaniu wymaganiach zamawiającego. Izba wskazuje na treść art. 190 ust. 1 ustawy, który stanowi o obowiązku dowodzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne. Przepis ten także stanowi o zasadzie bezpośredniości dowodów. Art. 190 ust. 3 ustawy wskazuje na niezamknięty katalog dowodów, które ma strona możliwość powołać przed Izba. Odnosząc się treści art. 29 ust. 2 ustawy, aby wykazać naruszenie tego przepisu wykonawca musi wykazać, albo, 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.

Odnosząc się zatem do poszczególnych wymogów siwz zakwestionowanych przez odwołującego w ramach zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut postawienia wymogu zasilania za pomocą baterii ogólniedostępnych.

Zarzut ten został podniesiony przez odwołującego, jako wymóg nie uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Izba nie podziela tego stanowiska odwołującego. Wbrew twierdzeniom odwołującego na rozprawie Izba nie jest związana ani orzeczeniem Izby wydanym w innej sprawie i pomiędzy innymi stronami, nawet jeśli odwołujący i przystępujący są to te same podmioty, co w niniejszym postępowaniu, to zamawiający nie jest tożsamy, ani także orzeczeniem sądu okręgowego wydanym na skutek skargi wniesionej w innym postępowaniu niż będące przedmiotem niniejszego rozpoznania. Powaga rzeczy osądzonej zachodzi jedynie wobec stron tego postępowania i wiąże strony i sąd, który je wydał. Nadto związanie wyrokiem wynikające z art. 365 par 1 kpc odnosi się jedynie do sentencji wyroku, a nie do uzasadnienia, z którego to odwołujący ma zamiar wywieść dla siebie korzystne skutki prawne. Izba zwraca uwagę odwołującego także na fakt, iż przy analogicznym jak w przypadku Sądu Okręgowego w Olsztynie stanie faktycznym, Sąd Okręgowy w Szczecinie zajął odmienne stanowisko. Z tego względu sam fakt wydania orzeczenia korzystnego dla odwołującego nie może przesądzać o zasadności jego roszczenia w przedmiotowej sprawie. Odwołujący nie pokusił się o wykazanie, iż pomimo tego, że zastosowany przez niego sposób zasilania oparty o baterie ½ AA, mimo nie spełniania warunku ogólnodostępności w rozumieniu siwz, gwarantuje ciągłość działania pompy w przypadku wyczerpania się baterii i niemożności jej naładowania. Odwołujący sam w odwołaniu wskazał, że maksymalny czas dostawy baterii, to do 72 h, ale jedynie twierdził, że pacjenci wolą nabywać u niego baterie, że kurier dociera w ciągu 24h, że można kupić baterie w niektórych aptekach i że system alarmowy zasilania pompy oferowanej przez odwołującego rzeczywiście działa w ten sposób, że powiadamia pacjenta na 2 – 3 dni przed wyczerpaniem się baterii. Tym samym odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że obawy

zamawiającego przed zaopatrzeniem pacjentów w pompy z takim źródłem zasilania są gołosłowne, nieuzasadnione, czy nie wynikają z obiektywnych przesłanek. Na odwołującym ciążył w tym zakresie obowiązek uprawdopodobnienia podnoszonych okoliczności, czego odwołujący zaniechał, a zamawiający zaprzeczył okolicznościom twierdzonym przez odwołującego. Z tego względu Izba nie znalazła podstaw dla uwzględnienia odwołania w tym zarzucie.

Zarzut dotyczący wymogu nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby

Zarzut ten nie został przez odwołującego uprawdopodobniony. Odwołujący wskazywał w odwołaniu na to, że jest to wymóg nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Wskazał, że dla leczenia i diagnostyki pacjenta wymóg jest zbędny i przytoczył stanowisko lekarza Andrzeja Gawreckiego. Izba uznała stanowisko lekarza za stanowisko własne odwołującego, gdyż nie zostało ono powołane jako dowód w sprawie, nie jest pełnym artykułem autorstwa wskazanej w odwołaniu osoby, a nadto zamawiający przedstawił przeciwko twierdzeniom w nim zawartym stanowisko lekarza Andrzeja Gawreckiego, który stwierdza, iż nie jest specjalistą diabetologiem, mającym również specjalizację z zakresu pediatrii. Tezy zawarte w powołanym stanowisku odnoszą się do osób dorosłych, a nadto zostały wykorzystane bez wiedzy i zgody autora. Podważa to wiarygodność zaprezentowanego stanowiska. Nadto odwołujący nawet nie wykazał, że sam tej opcji nie oferuje, ani że jedynym wedle jego wiedzy oferującym takie rozwiązanie jest przystępujący. Nie zaprzeczył także okoliczności podniesionej przez zamawiającego, że taka funkcjonalność posiada również pompa oferowana przez Roche Diagnostics. Izba nie znalazła podstaw dla odmowy wiary twierdzeniom zamawiającego, że funkcjonalność ta zapewnia bezpieczeństwo pacjentowi, który może ponownie wypełnić dren w przypadku popełnienia błędu, a także daje możliwość przeprowadzenia szkolenia pacjenta z obsługi pompy. Z tych względów Izba nie uwzględniła zarzutu.

Zarzut dotyczący wymogu automatycznego rozpoznawania przez pompę ilości insuliny znajdującej się w zbiorniczku

Izba również nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu, z tych samych okoliczności, które wskazała w punkcie poprzedzającym. Nadto zarzut ten jest nieuzasadniony także z tego powodu, że niespełnienie tego parametru nie uniemożliwia złożenia ważnej oferty, a jedynie jest dodatkowo punktowany, co w przypadku współistnienia dwóch kryteriów ceny i parametrów technicznych nie pozwala Izbie na uznanie, że niezaoferowanie tej funkcjonalności przy jednoczesnym podkreślanu przez odwołującego znacznie niższej ceny oferowanych przez niego pomp, mogłoby przesądzać o wyeliminowaniu odwołującego z postępowania.

Zarzut dotyczący wymogu minimalnego okresu czasowej zmiany bazy ≤ 30 min

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim stanowisko odwołującego przedstawione w formie cytatu z artykułu lek. med. Andrzeja Gawreckiego nie neguje zasadności postawienia wymogu wyposażenia pompy w funkcjonalność czasowej zmiany bazy jako takiego, wręcz autor stwierdza, że nie korzystanie z tej funkcjonalności jest błędem. W jego opracowaniu pojawia się także wskazanie okoliczności, które uzasadniają czasową zmianę bazy. Przy czym Izba zauważa, że okoliczności te jedynie w części można odnieść do dzieci i na pewno opracowanie nie zostało przygotowane w tym celu, skoro mowa w nim o spożywaniu alkoholu, imprezach, pracy biurowej czy okresie egzaminacyjnym, która, albo dotyczą wyłącznie dorosłych, albo częściej odnoszą się do tej grupy pacjentów. Ponadto zamawiający jako wymóg konieczny określił tę funkcjonalność w pakietach 1 i 2, natomiast w pakiecie 3 i 4 jest to jedynie funkcja dodatkowo punktowana. Izba zatem nie znalazła podstaw do przyjęcia, że w pakietach 3 i 4 zamawiający uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty. Izba stwierdza, że poza przytoczeniem czasów działania insuliny, odwołujący nie wskazał, że chodzi tu o insuliny używane w pompach insulinowych, stąd nie sposób wyprowadzić wniosku, że podane czasy dotyczą właśnie insuliny stosowanych w pompach, a nie wszystkich insuliny funkcjonujących w leczeniu pacjentów, w tym insuliny długodziałających. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że parametr ten ma istotne znaczenie u dzieci poniżej 6 roku życia z uwagi na najwyższą wrażliwość na insulinę małych dzieci i ilość podawanych im jednostek. To stanowisko potwierdza także oświadczenie lek. med. Andrzeja Gawreckiego, załączone do odpowiedzi na odwołanie, który stwierdza, że w przypadku dorosłych taki okres zmiany bazy nie ma znaczenia, ale wskazuje na swoje doświadczenie życiowe, że w przypadku dzieci ma to znaczenie. Biorąc pod uwagę, że to na odwołującym ciążył obowiązek uprawdopodobnienia, że parametr ten jest żądany wyłącznie w celu wyeliminowania jego produktu, Izba stwierdza, że z przedłożonego przez odwołującego materiału dowodowego uprawdopodobnienie takiej tezy nie wynika i z tego względu zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący wymogu zapewnienia możliwości używania wkłuc innych producentów w pompach biorących udział w ofercie

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut odnosi się do pakietu nr 3. Odwołujący wskazał na to, że przyjęte przez niego rozwiązanie techniczne – lewoskrętny gwint uniemożliwia spełnienie tego wymogu. Jednakże nie wykazał, że takie żądanie zamawiającego nie jest obiektywnie uzasadnione. Nadto nie odniósł się do twierdzenia zamawiającego i przystępującego, że również przystępujący nie oferuje tej funkcjonalności. Ponadto Izba nie znalazła podstaw do uznania, że postawienie tego wymogu utrudnia konkurencję skoro jest to parametr dodatkowy, za który oferty otrzymują dodatkowe punkty, co przy podnoszonej niskiej

cenie pomp odwołującego, nie daje podstaw do przyjęcia, że na skutek niezaoferowania tej funkcjonalności nie mógłby uzyskać zamówienia. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego podyktowany potrzebą zapewnienia większej dostępności pomp, co można osiągnąć np. poprzez redukcję kosztów ich eksploatacji i w miejsce wkuć oryginalnych drogich, kupować zamienniki tańsze innych producentów. W ocenie Izby jest to obiektywna potrzeba zamawiającego, zgodna z celem postępowania. Izba nie założyła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut dotyczący wymogu ciągłego monitorowania glikemii i zaoferowania w pakiecie 2 trzech transponderów, a w pakiecie 4 siedmiu oraz zarzut dotyczący wymogu zaoferowania programu komputerowego do odczytywania pamięci pompy, w tym stosowane przeliczniki w kalkulatorach bolusów, historia wypełnień drenu, odczytywanie parametrów z transpondera.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w celu uzasadnienia swego stanowiska powołał w treści odwołania artykuł Anity Rogowicz-Frontczak, który wskazuje na błędy jakimi obarczony jest pomiar dokonywany z zastosowaniem tego systemu, jak i na to, że ceny sensorów są drogie, co czyni sprzęt nieosiągalnym dla pacjenta, a także na okoliczność, że CGM nie zastępuje pomiaru glukometrem. Jednakże sam odwołujący za pośrednictwem cytowanego artykułu przyznaje, że technologia może być zintegrowana z pompą np. Medtronic Paradigm 722, jak i może dokonywać pomiarów niezależnie, a także, iż dzięki ciągłym pomiarom można sprawdzić wpływ poszczególnych posiłków na stężenie glukozy, zwiększyć bezpieczeństwo podczas wysiłku fizycznego, daje możliwość zareagowania na niski lub wysoki cukier wcześniej. Zatem są to okoliczności, które zamawiający powoływał jako uzasadniające żądanie. Z opracowań przedłożonych przez zamawiającego wynika, że jest co najmniej 3 producentów tego systemu czy to w formie zintegrowanej czy osobnego urządzenia, a zatem istnieje możliwość zakupu i zaoferowania tego systemu wraz z pompą przez odwołującego. Izba stwierdza także, iż w opracowaniach przedłożonych przez zamawiającego badania efektywności diagnostycznej i terapeutycznej CGM wykonywano u dzieci w wieku od 2,5 do – 18 lat, co wskazuje, że metoda ta jest stosowana u dzieci poniżej 7 roku życia. Izba za wiarygodny uznała dowód przedłożony przez zamawiającego z listu Agnieszki i Marka Słyk do WOŚP, w którym rodzice dziecka cukrzycowego wyposażonego w pompę insulinową wskazują na przydatność systemu CGM. Wymóg ten nie został postawiony we wszystkich pakietach, a jedynie w pakietach 2 i 4, gdzie zamawiający ma zamiar zakupić pompy dla dzieci z niedocukrzeniami. Zatem w pakietach 1 i 3 odwołujący bez przeszkód ze strony tego wymogu może zaoferować swoją pompę. W zakresie natomiast pakietów 2 i 4 twierdzenia odwołującego nie zostały w ocenie Izby uprawdopodobnione, natomiast zamawiający wykazał zobiektywizowane przyczyny zastosowania systemu. Odwołujący zarzut dotyczący wymogów z zakresu programu

komputerowego powiązał z zarzutem dostarczenia systemu CGM i uzasadnił bezzasadnością tego wymogu, wobec powyższego Izba stwierdza, że niepotwierdzenie się zarzutów dotyczących wymogu dostarczenia CGM, powoduje, iż również zarzut dotyczący wymogu dostarczenia oprogramowania komputerowego nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego i kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 721,50zł. nie uwzględniając wniosku o doliczenie kosztów podróży powrotnej z siedziby Izby do dworca PKP oraz z dworca PKP do Gliwic z uwagi na to, iż Izba uwzględniła koszty na podstawie przedłożonych rachunków, a co za tym idzie, koszty rzeczywiście poniesione, a nie przyszłe (§ 5 ust. 3 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....