

WYROK
z dnia 6 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Ewa Marcjoniak**

Jolanta Markowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez firmę **Bayer Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 158** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Radomski Szpital Specjalistyczny im. dr Tytusa Chałubińskiego, Radom, ul. Tochtermana 1** protestu z dnia 9 maja 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Bayer Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 158
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 **Bayer Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 158,**

2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bayer Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 158.**

2

Uzasadnienie

W postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Radomski Szpital Specjalistyczny na zakup i dostawę środków kontrastowych ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 maja 2008 r. za numerem 2008/S 85-115389 wykonawca Bayer Sp. z o.o. wniósł w dniu 9 maja 2008 r. (pismem z dnia 7 maja 2008 r.) protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający równy dostęp wykonawców do ubiegania się o zamówienie oraz utrudniający uczciwą konkurencję.

Protestujący podniósł, iż w Zadaniu Nr 1 *Jodowy niejonowy, niskoosmotyczny środek kontrastowy do podania donaczyniowego* pod ogólnymi nazwami wymaganych środków przez odpowiednie zestawienie w jeden nierozdzielny pakiet preparatów o zakresie stężeń 350 – 370 mg/ml wraz z produkowanymi tylko przez jednego producenta preparatami o stężeniu 400 mg/ml faktycznie stworzono zadanie, w którym możliwe jest zaoferowanie preparatów wyłącznie jednego wykonawcy. W ww. opis uniemożliwia Protestującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i prowadzi, zdaniem Protestującego, do zawyżania cen środków kontrastowych ze względu na wykluczenie z udziału w postępowaniu firm konkurencyjnych.

Protestujący wniósł o:

- wydzielenie z Zadania nr 1 pozycji od 5 do 8 wskazanych w Rozdziale III SIWZ Załącznik nr 4 Formularz cenowy dla Zadania nr 1 i ustanowienie oddzielnego podzakresu 1A jako

samodzielnej części zamówienia,

- wprowadzenie zapisu „Jodowe niejonowe środki kontrastowe do podawania donaczyniowego o stężeniach 370-400 mg/ml” w ww. wydzielonej z pozycji od 5 do 8 Formularza cenowego części i tym samym umożliwienie zaoferowania preparatu z grupy wysokostężonych o zawartości jodu 370 mg/ml i jednakowym zastosowaniu jak preparat o stężeniu 400 mg/ml.

Zdaniem Protestującego, zaproponowana modyfikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia umożliwi przystąpienie do postępowania wszystkim obecnym na polskim rynku farmaceutycznym producentom środków kontrastowych.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

3

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 20 maja 2008 r. przez jego oddalenie w całości. W ocenie Zamawiającego, zestawienie preparatów o stężeniu 350 - 370 mg/ml i 400 mg/ml w jedną część ma głębokie uzasadnienie farmakologiczne i ekonomiczne. Ww. kontrasty mają być stosowane do podania śródnaczyniowego za pomocą wstrzykiwaczy angiograficznych. Stosowanie tego samego preparatu o różnych tylko stężeniach umożliwia uniknięcie wymiany strzykawki angiograficznej po każdej zmianie stężenia środka cieniującego, które zależy od tuszy pacjenta, rodzaju kalibru i rodzaju badania u tego samego pacjenta. Stosowanie różnych preparatów wymuszałoby każdorazową wymianę strzykawki i w konsekwencji znaczne podniesienie kosztów badania.

Zamawiający stwierdził, iż przy dopuszczeniu zakresów stężenia środków cieniujących 350 - 370 mg/ml i 370 - 400 mg/ml w obu przypadkach mógłby zostać zaoferowany ten sam środek cieniujący o stężeniu 370 mg/ml, co pozbawiłoby Zamawiającego preparatów o różnym stężeniu jodu/ml. Twierdzenie Protestującego o jednakowym zastosowaniu preparatów o stężeniu 370 mg/ml i 400 mg/ml Zamawiający uznał za oczywiście nieprawdziwe.

Zdaniem Zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasad uczciwej konkurencji, bowiem wielu wykonawców jest w stanie spełnić wymagania postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tym bardziej, że Zamawiający dopuścił realizację zamówienia przez podwykonawców.

W dniu 26 maja 2008 r. wykonawca Bayer Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na firmę Bracco – ALTANA Pharma obecnie NYCOMED Pharma jako jedyne go producenta preparatów o stężeniu 400 mg/ml. Zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego o braku konieczności wymiany strzykawki przy obecnym opisie przedmiotu zamówienia pośrednio wskazuje na preparat jednego producenta. Odwołujący wskazuje także, że jednorazowy wkład do strzykawki automatycznej, zgodnie z nazwą, przeznaczeniem i zaleceniami producenta, powinien być odpowiednio często wymieniany, aby nie spowodować ryzyka zakażeń. Podkreśla, że preparaty Ultravist 370 i Iomeron 400 mają identyczne zastosowanie przy podaniu śródnaczyniowym i w procedurach angiograficznych. Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 147 ust. 1 oraz postanowień ustawy kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (D. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Ww. naruszenia, zdaniem Odwołującego, w konsekwencji skutkują nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, art. 147 ust. 1, ustawy kodeks cywilny oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie były

4

podniesione w proteście, a zatem zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. zmianę opisu przedmiotu zamówienia z Zakresie nr 1 w sposób umożliwiający złożenie ofert przez wykonawców oferujących wyroby medyczne innych niż jeden preferowany producent.

Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustaleniom Izby podlegał zarzut dotyczący produkowania środka kontrastowego do podania donaczyniowego o stężeniu 400 mg/ml wyłącznie przez firmę Bracco – ALTANA Pharma obecnie NYCOMED Pharma. Odwołujący nie przeprowadził dowodu na potwierdzenie powyższego. Zamawiający zaś na rozprawie nie był w stanie jednoznacznie wskazać, ile jest jego zdaniem producentów środka będącego przedmiotem sporu podkreślił jednak, iż nawet w przypadku, gdy istnieje jeden producent przedmiotowego środka kontrastowego, na rynku działa wielu wykonawców - hurtowni farmaceutycznych, które mają w swojej ofercie preparaty o stężeniach spełniających wymagania postawione w Zakresie nr 1 zamówienia. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 ustawy kodeks cywilny, że funkcjonuje na rynku jeden producent preparatu o stężeniu 400 mg/ml Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na preparaty produkowane wyłącznie przez jednego producenta.

Jednocześnie odnosząc się do żądania Odwołującego wprowadzenia wymagania dostarczenia preparatu o stężeniu 370 – 400 mg/ml zamiast 400 mg/ml zauważyć należy, że prawem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi, a fakt, iż dostarczenie środka kontrastowego o określonym stężeniu stanowi trudność dla Odwołującego lub wręcz jest

5

niemożliwe nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym przedstawione przez Odwołującego opinie na temat preparatu Ultravist 370 Izba uznała za nieistotne dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp prawem Zamawiającego jest również zgodne z ustawą Pzp dzielenie Zamówienia na części. Na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż możliwe jest zaoferowanie w ramach Zakresu nr 1 środków produkowanych przez różnych producentów. Biorąc pod uwagę powyższe, nawet w przypadku, gdy Odwołujący nie posiada w swojej ofercie środka kontrastowego o stężeniu 400 mg/ml (nie jest producentem tego środka), ma możliwość zakupu tego preparatu u jego producentów lub dystrybutorów.

Za ambiwalentny dla rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba uznała dowód w postaci decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego dotyczących wstrzymania w obrocie lub wycofania z obrotu produktu Ultravist 370, bowiem jakość tego preparatu nie była przedmiotem postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 orzekła jak w pkt. 1 wyroku.

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

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....