

Sygn. akt: KIO/UZP 348/08

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Renata Oksińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 28 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Baxter Terpol Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie, Os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** protestu/protestów* z dnia 1 kwietnia 2008 r.

przy udziale XXX, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Baxter Terpol Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa 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 uiszczonego przez **Baxter Terpol Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX a rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Baxter Terpol Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa**

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

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę preparatów do żywienia pozajelitowego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 20 marca 2008 r., nr 2008/S 56-075657.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność sporządzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” polegającą na:

1. opisie sposobu dokonywania kryterium oceny ofert;
2. opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy pzp – poprzez opis sposobu oceny kryterium „rodzaj tłuszczu” z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji;

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ponieważ obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jednocześnie

podniósł, iż w zakres modyfikacji SIWZ nie wchodzi możliwość zmiany kryterium oceny ofert oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Przesądza o tym bezwzględnie obowiązująca norma zawarta w art. 38 ust. 5 ustawy Pzp. Brak tej możliwości skutkuje jedynie czynnością unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, umieszczając w jednym pakiecie preparaty do żywienia obwodowego i centralnego, a opis przedmiotu zamówienia w pozycjach 4, 5 i 6 wskazuje tylko na jednego producenta.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert Odwołujący podniósł, iż skoro przedmiotem zamówienia są worki trzykomorowe przypisywane aż 10 pkt za jeden z jego składników, tj. mieszaninę tłuszczów MCT/LCT narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż na rynku polskim jest tylko jeden producent oferujący worki trzykomorowe do żywienia pozajelitowego zawierającego mieszaninę MCT/LCT.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w części dotyczącej opisu dokonywania kryterium oceny ofert, wskazując iż przedmiotowy zarzut był już podniesiony przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 152/08 i wówczas nie został uwzględniony. Natomiast uwzględnił protest w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, poprzez zmianę w pozycjach 4, 5 i 6 wymogu dotyczącego aminokwasów. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 4 kwietnia 2008 r.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ faksem do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Zamawiającego oraz Prezesa UZP w dniu 9 kwietnia 2008 r. w placówce pocztowej operatora publicznego.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz dodatkowo rozszerzył zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp o art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wskazując iż Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku ze sporządzeniem SIWZ z naruszeniem przepisów ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu w części żądań nie uwzględnionych w rozstrzygnięciu protestu oraz ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny kryterium „rodzaj tłuszczu” z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ „Zasady oceny ofert” pkt 4 litera b określił sposób oceny w kryterium „rodzaj tłuszczu” (max 10 pkt). Ocena ta ma być dokonana na podstawie informacji zawartych w katalogu i charakterystyce przedmiotu zamówienia (...) w następujący sposób:

- mieszanina tłuszczu: LCT + MCT – 10 pkt
- tłuszcz na bazie oliwy z oliwek – 3 pkt
- Inne tłuszcze LCT, np. na bazie oleju sojowego – 0 pkt.

Zamawiający dokonując opisu kryterium „rodzaj tłuszczu” powinien był określić sposób oceny tego kryterium na tyle precyzyjnie, aby ocena nie była dokonywana uznaniowo, co Zamawiający niewątpliwie uczynił, wskazując wagę, jaką przypisuje poszczególnym rodzajom tłuszczu.

Zamawiający uzasadniając, na rozprawie, przyjęcie takiego a nie innego podziału tłuszczów (ze względu na wagę) skorzystał – jak wielokrotnie podkreślił – z ponad 10-cio letniego doświadczenia, zarówno własnego (oddziałów szpitala), jak i innych placówek medycznych (Szpitala Klinicznego w Krakowie oraz Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego w Krakowie) stosujących tłuszcze emulsyjne średniołańcuchowe i długołańcuchowe. Zastosowanie mieszaniny tłuszczu LCT + MCT uzasadniają m.in. „u pacjentów w ciężkim stanie znacząco mniejsza ilość powikłań”, „potwierdzenie w codziennej praktyce”, „nowoczesność”, „skrócony okres hospitalizacji” oraz skrócony czas leczenia.

Bezspornym jest, iż emulsja tłuszczowa może zawierać trójglicerydy średniołańcuchowe lub trójglicerydy długołańcuchowe. Bezspornym jest także, iż ww. emulsje tłuszczowe różnią się między sobą profilem kwasów tłuszczowych i substancjami uzupełniającymi.

Niewątpliwie Zamawiający większą wagę przypisuje trójglicerydom średniołańcuchowym, a więc emulsjom tłuszczowym LCT+MCT.

Bezspornym jest, co przyznały zgodnie strony na rozprawie, iż wyboru rodzaju emulsji tłuszczowej powinien dokonywać lekarz prowadzący pacjenta. Niemniej jednak lekarz prowadzący dokonując wyboru kieruje się doświadczeniem własnym, jak i klinicznym, a takim Zamawiający się wykazał. Podkreślał to także w swej opinii - przedłożonej przez stronę – prof. Marek Pertkiewicz z Polskiego Towarzystwa Żywnościowego i Dojelitowego.

Niewątpliwie dla przedmiotowego postępowania istotne znaczenie ma fakt, czy dokonując opisu kryterium oceny ofert Zamawiający nie ograniczył konkurencji.

Jak zgodnie przyznały strony na rozprawie na rynku europejskim funkcjonuje trzech producentów worków trzykomorowych do żywienia pozajelitowego, tj. Baxter Terpol, BBraun oraz Fresenius Kabi. Niewątpliwie dwie z ww. firm produkują emulsję tłuszczową LCT+MCT, przy czym jedna z nich nie zarejestrowała worków trzykomorowych zawierających przedmiotową emulsję na terenie Polski.

Natomiast dystrybutorów samej emulsji tłuszczowej LCT+MCT jest na terenie Polski kilku.

Zamawiający dokonując opisu kryteriów oceny ofert nie może ograniczać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niemniej jednak ma on prawo konstruując kryteria oceny ofert oczekiwać dostarczenia produktu, jakiego oczekuje i do którego, jest przekonany. Skoro więc przedmiotem oceny jest produkt mający istotne znaczenie nie tylko dla lekarza, ale przede wszystkim dla pacjenta nie można pozbawić Zamawiającego prawa preferowania produktu „lepszego”, gdyż przetestowanego przez wiele lat w jego placówce, co do zastosowanie którego nie mają wątpliwości ordynujący je lekarze.

W kontekście powyższego skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotowego zamówienia – zdaniem Izby – nie może być rozpatrzony, gdyż w proteście ów zarzut nie został podniesiony w tym zakresie. Protest obejmował nieuprawnione umieszczenie w jednym pakiecie preparatów do żywienia obwodowego i centralnego, w zakresie dotyczącym ilości aminokwasów. Natomiast w odwołaniu Zamawiający podniósł zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, nie precyzując go w sposób szczegółowy. Na rozprawie Odwołujący wskazał, iż zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia wiąże się z błędnym opisem kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym należy podnieść, iż zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Skoro tak powyższy zarzut jako wcześniej nie podniesiony nie może być rozpatrzony.

Skład orzekający Izby postanowił dopuścić w poczet materiału dowodowego prywatne opinie prof. Marka Pertkiewicza Prezesa Polskiego Towarzystwa Żywienia Pozajelitowego i Dojelitowego (z dnia: 06.04.2008 r. i 25.04.2008 r.) oraz prywatne opinie Oddziałów: Chirurgii Ogólnej, Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Oddziału Leczenia Oparzeń i Chirurgii Plastycznej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Krakowie, opinię Szpitala Klinicznego w Krakowie oraz Szpitala Specjalistycznego im. Stefana

Żeromskiego w Krakowie, jak również prywatne pismo firmy Fresenius Kabi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Treści zawarte w prywatnych opiniach przedłożonych przez strony nie pozostają w sprzeczności w niniejszej sprawie ze stanowiskiem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*