

Wałbrzych 25.01.2010 r.

INFORMACJA O WPŁYNIĘCIU PROTESTU

Dotyczy: przetarg nieograniczony na dostawy : systemu do wykonywania VAB, aparatu do szybkiego przetaczania płynów, stanowisko do reanimacji noworodka, łóżek dla dzieci przedszkolnych – Zp/7/PN-7/10

Specjalistyczny Szpital im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawiadamia o wpłynięciu w dniu 29.12.2009r. protestu w przedmiotowym postępowaniu.

Wzywamy Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia Protestu.

Zamawiający zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przedłuża termin składania ofert, tj. **10.02.2010r. godz. 09:00.**

Treść protestu w załączeniu.

DYREKTOR SZPITALA
Mariola Dudziak

Warszawa, dnia 22 stycznia 2009 r.

Zamawiający:

Specjalistyczny Szpital im. Alfreda Sokołowskiego
ul. Sokołowskiego 4
58-309 Wałbrzych

Protestujący:

Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o.
ul. Łżecka 24
02-135 Warszawa

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, przy ul. Łżeckiej 24 (zwana dalej „Protestującym” lub Johnson & Johnson) wnosi

Protest

na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Specyfikacja, „SIWZ”) w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę systemu do wykonywania VAB, aparatu do szybkiego przetaczania płynów, stanowiska do reanimacji noworodka, łóżek dla dzieci przedszkolnych, numer sprawy Zp/7/PN-7/10, w części oznaczonej jako pakiet nr 1.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ ukazały się w dniu 21 stycznia 2010 roku, zatem przedmiotowy Protest został złożony w terminie.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust 1, 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz.177 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą, co narusza interes prawny protestującego – będącego uczestnikiem niniejszego postępowania, poprzez:

Opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 29 Ustawy, utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,

a także uniemożliwiający ocenę ofert i udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Protestujący wnosi o dokonanie stosownych zmian w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zmiany powinny uwzględniać możliwość złożenia oferty przez Protestującego i ewentualnie innych wykonawców oferujących dostawę systemów do wykonywania VAB.

UZASADNIENIE

Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na zakup i dostawę systemu do wykonywania VAB. SIWZ została przez Zamawiającego ogłoszona na stronie internetowej w dniu 21.01.2010 roku. Protestujący ma zamiar złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejszy protest.

Sporządzona przez Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do Specyfikacji, narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w tym nałożony na Zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz uwzględnia wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także zakaz opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu takiemu towarzyszą słowa „lub równoważny”.

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia dokładnie odpowiada wyrobom oferowanym przez Hammermed pod nazwą własną SenoRX, a nawet uwypukla cechy charakterystyczne dla SenoRX.

Zamawiający wskazał, w załączniku nr 1 do SIWZ wymagane cechy urządzenia oraz wymagania dotyczące sprzętu medycznego sterylne jednorazowego użytku. Zamawiający określił parametry urządzenia i sprzętu w sposób, który jednoznacznie wskazuje na konkretny wyrób i jego pochodzenie od określonego producenta, urządzenie i sprzęt oferowane wyłącznie przez dystrybutora - firmę Hammermed. Okoliczność ta, powoduje naruszenie interesu prawnego protestującego, który oferuje urządzenia i sprzęt medyczny nieznacznie różniące się od oferowanych przez preferowanego przez Zamawiającego Wykonawcę.

Spośród wymaganych przez Zamawiającego parametrów większość różnic pomiędzy urządzeniami i sprzętem oferowanymi przez Protestującego i Hammermed jest nieistotna z punktu widzenia prawidłowości procedury medycznej biopsji grubo igłowej wspomaganiej próżnią, i tak:

System:

1. Rękojeść biopsyjna do wykonywania biopsji pod kontrolą USG i RTG, z możliwością automatycznej rotacji igły biopsyjnej w zakresie 0 – 360 stopni, względem nieruchomej rękojeści biopsyjnej. Ta sama rękojeść do wykonywania biopsji pod kontrolą USG i RTG. Rękojeść wyposażona w zintegrowane oświetlenie robocze.

J&J oferuje dwie różne rękojeści kompatybilne z tym samym aparatem do biopsji. Zaletą systemu jest to, iż każda z rękojeści jest dopasowana do warunków wykonywania biopsji w różnym zobrazowaniu (USG, RTG), tak, aby umożliwić pobranie materiału w najbardziej optymalny sposób. Skuteczność takiego systemu została potwierdzona wieloma badaniami klinicznymi. Oświetlenie robocze posiada tylko jeden system na rynku, a to SenoRX. Cecha ta (oświetlenie robocze) nie ma żadnego znaczenia dla przebiegu biopsji i uzyskanego wyniku, pozostając jednocześnie cechą charakterystyczną dla urządzeń oferowanych przez Hammermed. Za szczególnie absurdalne uznać należy wymaganie oświetlenia roboczego rękojeści do biopsji USG, gdzie obraz wyświetlany jest na ekranie monitora USG.

2. Ekran LCD wyświetlający aktualne ustawienia systemu.

J&J oferuje urządzenie wyposażone w tzw. Touchscreen, na którym zamawiający widzi aktualne ustawienia systemu, który spełnia te same funkcje. Nie ma obiektywnych przesłanek uzasadniających wymagany ekran LCD.

3. Oprogramowanie umożliwiające automatyczne pobieranie wycinków z dowolnie wybranej godziny oraz umożliwiające wybranie jednego z 4 programów automatycznego pobierania wycinków z różnych godzin.

Wyłącznie urządzenie oferowane przez Hammermed posiada 4 programy. Prawdopodobnie właśnie dlatego Zamawiający sformułował wymóg akurat 4 programów. Czy urządzenie posiadające 3 lub 5 programów jest gorsze?

Materiały zużywalne potrzebne do wykonywania biopsji:

1. Igła biopsyjna o trzech wymiarach - 7G, 10G, 12G z wymiennym koszyczkiem na biopaty, z możliwością podawania automatycznie wokół igły znieczulenia w zakresie 0-360 stopni przy nieruchomej rękojeści.

J&J oferuje igły biopsyjne w rozmiarze 8G, 11G oraz urządzenie automatycznie podające znieczulenie w miejscu biopsji.

2. W komplecie dodatkowy wymienny koszyczek - sterylny.

System J&J jest tzw. otwartym systemem biopsyjnym, gdzie w czasie biopsji wycinek jest odbierany po każdorazowym wycięciu. Taka cecha urządzenia ma wiele zalet i jest wysoko ceniona przez operatorów z punktu widzenia wartości diagnostycznej.

Umożliwia ocenę wizualną próbek po każdorazowym wycięciu i tym samym pozwala na bieżąco dostosować procedurę tak aby pobierać próbki z miejsca rzeczywistej zmiany, a nie według uprzednio zadanego programu. Zamknięty system biopsyjny uniemożliwia bieżącą weryfikację, czy, rzeczywiście pobrana została próbka. Pojawiają się doniesienia, że np. wykonano 8 pobrań materiału, a po zakończeniu procedury było tylko 6 wycinków, co oznacza, że dwa ciecia nie wiązały się z pobraniem materiału. Na tym etapie procedury nie mamy możliwości stwierdzenia gdzie nie został pobrany materiał. Otwarty zbiornik umożliwia jednoznaczne określenie który wycinek pobrano z jakiej części zmiany i układania materiału w sposób „godzinowy” do dalszej oceny histopatologicznej.

3. Igła z wewnętrznym silikonowym pokryciem.

J&J oferuje igły biopsyjne, które nie mają silikonowej osłonki natomiast są wyposażone w dwa kanały podciśnieniowe co ma duży wpływ na kształt pobieranej tkanki. W igłach J&J nóż tnący przemieszcza się ruchem rotacyjnym. Jest to rozwiązanie sprawdzone i stosowane na rynku od 10 lat.

Na rynku urządzeń i sprzętu medycznego dopuszczono do obrotu także inne urządzenia i sprzęt jednorazowy znajdujące zastosowanie w tych samych okolicznościach co urządzenie i sprzęt opisane przez Zamawiającego w SIWZ, tj. SenoRX, a więc obiektywnie odpowiadające potrzebom Zamawiającego. Ich zaoferowanie jednak nie jest możliwe, ponieważ Zamawiający wbrew dyspozycji art. 29 ust 3 nie dopuścił oferowania produktów równoważnych.

Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia utrudnia konkurencję oraz powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszystkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę (por. E Norek Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 2005, str 68, wyrok ZA UZP/ZO/0-3610/05). Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie złamany jeżeli Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt działając jednocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu.

Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie cech obiektywnie nieistotnych, takich jak np. oświetlenie robocze. Trudno byłoby się zgodzić, że okoliczność polegająca na oferowaniu urządzenia z oświetleniem roboczym może mieć

jakiegokolwiek znaczenie użytkowe lub ma wpływ na skuteczność procesu diagnostycznego albo jego koszty, a więc wymaganie takie nie może być uznane za obiektywnie uzasadnione.

Okoliczność polegająca na uniemożliwieniu Protestującemu zaoferowania zaawansowanego technologicznie urządzenia ale nie posiadającego np. oświetlenia roboczego czy inną niż wymagana przez Zamawiającego ilość programów, narusza nie tylko zasady zamówień publicznych ale także podstawową zasadę finansów publicznych, a to celowego, gospodarnego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi.

Protestujący oferuje równoważny wskazanemu w SIWZ system do biopsji gruboigłowej. Równoważność obydwu urządzeń nie podlegała i nie podlega dyskusji. Oferowane przez Protestującego urządzenie o nazwie własnej Mammotome jest powszechnie i z powodzeniem stosowane na całym świecie. Skuteczność i bezpieczeństwo jego stosowania potwierdzają setki, jeśli nie tysiące, badań klinicznych i publikacji. Okoliczność ta jest Zamawiającemu doskonale znana i nie wymaga dalszego dowodzenia.

Podobne Protestującemu stanowisko wielokrotnie zostało wyrażone w wyrokach Zespołów Arbitrów, np.:

1. W wyroku, sygn. UZP/ZO/02116/04 arbitrzy wskazali: „Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, powinien unikać wszelkich sformułowań czy parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę. Preferowanie produktów jednego producenta jest przykładem nierównego traktowania wykonawców”.
2. W wyroku, o sygn. UZP/ZO/0-2118/04 arbitrzy wskazali, że „do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji”.
3. W wyroku z dnia 18.12.2003 r., sygn. UZP/ZO/0-2098/03 Zespół Arbitrów orzekł, że „nie można (...) mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich oferentów lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”.

4. W wyroku, sygn. UZP/ZO/2303/06, Zespół Arbitrów orzekł, że Organizator przetargu nie może określić parametrów kupowanego sprzętu w taki sposób, że spełnia je tylko jeden producent.

Podobne stanowisko wielokrotnie było wyrażane w doktrynie zamówień publicznych, wystarczy zacytować Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004; str. 112 pkt 4) zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję „zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.” Analogiczne wnioski znaleźć można w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowanej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl: „Art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).” (opinia w sprawie opisu przedmiotu zamówienia).

Reasumując, umowa o zamówienie publiczne zawarta w wyniku niniejszego postępowania i w oparciu o sporządzoną przez Zamawiającego Specyfikację

Istotnych Warunków Zamówienia obarczona będzie wadą nieważności na podstawie art. 146 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący oczekuje, że nie zostanie pozbawiony możliwości zaoferowania wyrobów Johnson & Johnson w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe protest należy uznać za uzasadniony.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo.
2. Kopia odpisu z KRS.