

Sygn. akt: KIO/KD 76/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 stycznia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych dnia 1 grudnia 2016 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława
Biegańskiego w Gudziądzu
ul. L. Rydygiera 15/17
86 - 300 Grudziądz**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 listopada 2016 roku w przedmiocie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia na **dostawy płynów dezynfekująco - myjących Sterisol Liquid Soap, Sterisol AHD 2000 oraz Sterisol Preop do posiadanych przez Zamawiającego dozowników Sterisol**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu - w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zawarł w dniu 26 października 2015 roku umowę z firmą Medilab Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na sukcesywne dostawy płynów Sterisol Liquid Soap, Sterisol AHD 2000 oraz Sterisol Preop do dozowników Sterisol, które posiada Zamawiający, w okresie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy z możliwością przedłużenia do czasu całkowitej realizacji zakontraktowanych ilości.

Jednocześnie w § 2 ww. umowy wykonawca został dodatkowo zobowiązany do dostarczenia na czas trwania umowy do bezpłatnego użytkowania dozowników z ramieniem metalowym do środków Sterisol 0,7 l w ilości 330 sztuk.

Zamawiający, uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wyjaśnił, że zarówno przedmiotowe płyny dezynfekująco - myjące jak i posiadane przez Zamawiającego dozowniki, stanowią komponenty Systemu Sterisol, opatentowanego przez szwedzkiego producenta, firmę Sterisol AB. Płyny te, dostarczane w jednorazowych workach, stosowane są w warunkach szpitalnych, w tym m.in. na blokach operacyjnych, oddziałach intensywnej terapii i salach zabiegowych, gdzie wymagana jest najwyższa skuteczność biobójcza, którą producent Systemu Sterisol gwarantuje wyłącznie w przypadku używania oryginalnych produktów wchodzących w skład tego samego systemu, co dozowniki. Zamawiający załączył oświadczenie producenta z dnia 12 czerwca 2014 r., w którym znajduje się informacja, że *jedynie użycie oryginalnych opakowań Systemu Sterisol w dozownikach Sterisol gwarantuje dokładne dozowanie, wyjątkowe właściwości myjące oraz skuteczność biobójczą preparatów do dezynfekcji rąk. Stosowanie tylko oryginalnych produktów Systemu Sterisol zapewnia najwyższą jakość wykonywanych procedur higienicznych. W ww. oświadczeniu wskazano również, że firma Sterisol nie ponosi odpowiedzialności i nie potwierdza jakości procedur higienicznych wykonywanych przy użyciu produktów i dozowników innych niż produkty i dozowniki Systemu Sterisol, a także, że nigdy nie deklarowała zgodności i kompatybilności produktów Systemu Sterisol z innymi produktami pochodzącymi od innych producentów, dotyczy to zarówno worków jak i dozowników.* Jak wywodzi Zamawiający, z powyższego jednoznacznie wynika, że przedmiotowe płyny dezynfekująco - myjące Systemu Sterisol nie mogą być w dozownikach Sterisol zastępowane innymi, równoważnymi.

Według Zamawiającego jedynym wykonawcą, który mógł zrealizować przedmiotowe zamówienie, była firma Medilab Sp. z o.o. w Białymstoku, która złożyła oświadczenie, że jest wyłącznym importerem i bezpośrednim dystrybutorem na terenie Polski produktów firmy Sterisol AB - oświadczenie z dnia 2 stycznia 2015 r.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, dozowniki łokciowe wraz z wkładami, zabezpieczające przed wtórną kontaminacją, stanowiące zamknięty System Sterisol, zostały zamontowane po raz pierwszy w budynkach Zamawiającego w 2009 roku. Dozowniki Zamawiający nabył w tym samym roku w wyniku postępowania przeprowadzonego trybie przetargu nieograniczonego. Zakupiony przez Zamawiającego system cechował się bardzo dużą skutecznością biobójczą i gwarantował odpowiednie bezpieczeństwo epidemiologiczne, szczególnie w miejscach wymagających specjalnej ochrony bakteriobójczej (jak np. bloki operacyjne) i w związku z tym Zamawiający zdecydował się w takie dozowniki wyposażać kolejne budynki szpitalne, oddawane do użytku w kolejnych latach. Dozowniki te stanowiły tzw. pierwsze wyposażenie sukcesywnie oddawanych do użytku kolejnych budynków szpitalnych i z uwagi na podprogową wartość szacunkową wyposażenia sanitarnego były zakupywane w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W załączeniu do pisma Zamawiający przekazał kopie umów, na mocy których znalazł się w posiadaniu dozowników Systemu Sterisol.

Zamawiający udzielił informacji, że posiada około 1500 sztuk dozowników zamkniętego Systemu Sterisol, a także około 550 sztuk innych, przede wszystkim zwykłych dozowników dolewowych, niestanowiących systemu zamkniętego, zamontowanych wszędzie tam, gdzie nie są wymagane tak restrykcyjne właściwości biobójcze, jak w warunkach oddziałów szpitalnych.

Zamawiający oświadczył, że każdego roku ogłasza i przeprowadza przetargi nieograniczone na dostawy różnych płynów dezynfekująco – myjących, w tym także do dezynfekcji rąk, z zakresu których od 2012 r. wyłączył do postępowania w trybie z wolnej ręki płyny do zamkniętego Systemu Sterisol z uwagi na jednoznaczne oświadczenie Wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe dostawy płynów dezynfekująco - myjących zamkniętego Systemu Sterisol dotyczyły wyłącznie dozowników znajdujących się już w posiadaniu Zamawiającego. Postanowienie umowne o dostarczeniu do bezpłatnego użytkowania na czas trwania umowy 330 dozowników Systemu Sterisol miało na celu zapewnienie bezpiecznego stosowania posiadanych przez Zamawiającego dozowników w sytuacji ich uszkodzenia lub jakiegokolwiek niesprawności, co często ma miejsce z przyczyn leżących przede wszystkim po stronie bezpośrednich użytkowników, którymi są też pacjenci lub osoby odwiedzające, nie zawsze posiadające wiedzę na temat właściwego posługiwania się dozownikami.

Jak zapewnił Zamawiający, zagwarantowanie pełnej sprawności wszystkich dozowników jako ważnego elementu bariery epidemiologicznej w szpitalu leży w interesie zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcy, choćby z uwagi na ewentualną odpowiedzialność odszkodowawczą. Dlatego też, według Zamawiającego, nie było przeciwwskazań do umieszczenia w wyjściowych warunkach umowy, a później w samej umowie, postanowienia o nieodpłatnym użyczeniu 330 dozowników na ewentualną wymianę urządzeń wykazujących najmniejszą choćby niesprawność. Postanowienie to, zapewnia Zamawiający, w żaden sposób nie wpłynęło na zwiększenie cen przedmiotowych płynów dezynfekująco-myjących, które pozostały na identycznym poziomie.

W wyniku przeprowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przedmiotem niniejszego zamówienia są produkty powszechnie dostępne. Rynek płynów dezynfekująco – myjących do dozowników był w dacie wszczęcia postępowania rynkiem konkurencyjnym gdyż funkcjonowały na nim również inne podmioty niż Medilab Sp. z o.o., które realizują tego typu zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu wymagania Zamawiającego dotyczące wysokiej jakości systemów firmy Sterisol, mogą stanowić kryterium wyboru danej oferty w postępowaniu przetargowym, nie stanowią jednak podstaw dla zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki.

O konkurencyjności rynku dostaw płynów dezynfekująco - myjących świadczą przykłady przeprowadzonych postępowań przetargowych na dostawy środków do dezynfekcji np. Wojewódzki Szpital Zespolony im. prof. dr. W. Orłowskiego w Częstochowie – dostawa środków do dezynfekcji wraz z dzierżawą dozowników (ogłoszenie 5410 – 2010); Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Włocławku – dostawa środków do dezynfekcji sprzętu, powierzchni oraz do higieny, pielęgnacji i dezynfekcji skóry (ogłoszenie 80156 – 2015); Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie – dostawa akcesoriów medycznych i środków do utrzymania czystości (pakiet 8 mydła różnego rodzaju do automatycznego dozowania wraz z dzierżawą dozowników - ogłoszenie 146176 – 2015); Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu - dostawa środków czystości (pakiet 1 mydło w płynie, pakiet 3 dozowniki przeznaczone do dozowania preparatów do odkażania i mycia rąk – ogłoszenie 226350 - 2015). Jeśli zatem na rynku są obecni inni wykonawcy oferujący płyny dezynfekująco - myjące do dozowników, to Zamawiający nie może uzasadniać kolejnego nabycia płynów przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze.

Zamawiający nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców danego zamówienia poprzez powiązanie go z innymi produktami (w niniejszej sprawie z dozownikami Sterisol), gdyż takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców opisaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu, realizacja zamówień przez zamawiających powinna prowadzić do możliwości swobodnego wyboru spośród dostępnych na rynku produktów lub usług. Nie może być akceptowana sytuacja, w której Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia wyłącza konkurencję w zakresie obszaru, co do którego można dokonać wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym. W przeciwnym razie mielibyśmy bowiem do czynienia z sytuacją, w której stosowanie określonych dozowników determinowałoby na wiele lat zakup płynów tylko jednego producenta.

Tym samym, aby zrealizować potrzeby w zakresie zakupu płynów dezynfekująco – myjących, Zamawiający powinien najpierw prawidłowo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 i art. 30 ustawy Pzp, a następnie dokonać wyboru trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwiającego dokonanie zakupu tak opisanego przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Prezes Urzędu wskazał, że z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż w trybie przetargowym Zamawiający zakupił 320 sztuk dozowników firmy Sterisol, natomiast bez stosowania ustawy 1124 sztuki dozowników tej firmy. W związku z powyższym należy wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze od przyczyn wynikających z działań zamawiającego, w tym konkretnym przypadku z uprzednio zawartych umów na dostawę dozowników firmy Sterisol. Przyjęcie założenia, że ze względu na wcześniejsze umowy jej wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia prowadzi do sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne, w szczególności w sytuacji, gdy 1124 dozowniki zostały zakupione bez stosowania przepisów ustawy Pzp (zamówienie poniżej progu stosowania ustawy Pzp). Zamawiający nie może zatem sam kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Jak zostało to wyżej wskazane, „przyczyny techniczne” muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z decyzji zamawiającego. Na potwierdzenie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przywołał wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. II GSK 7/06 Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z oświadczenia producenta Sterisol (k.46 wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2016r.) nie wynika, że użycie innych opakowań, nie-oryginalnych, nie zapewni skutecznego działania biobójczego płynu. Ponadto oświadczenie firmy Sterisol należy uznać za informację subiektywną, pochodzącą od podmiotu zainteresowanego sprzedażą produktu. Zamawiający przyznał, iż nie przeprowadzał analizy rynku w zakresie potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Zamawiający otrzymał w rzeczywistości ofertę handlową. W ten sposób opierał się na oświadczeniach firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich produktów, uzyskując jedynie subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań.

Nie można też uznać, jako uzasadnienia dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp okoliczności, iż wyłonienie nowego wykonawcy spowodowałoby konieczność użycia/zakupu innych dozowników od tych, które Zamawiający już posiada. O tym, iż posiadanie określonych dozowników nie wpływa znacząco na wartość zamówienia na zakup płynów, świadczą wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2016 r., dotyczące powodów zawarcia w umowie z wolnej ręki na zakup płynów dezynfekująco - myjących Sterisol postanowień o dostarczeniu przez wykonawcę do bezpłatnego używania 330 dozowników Sterisol. Jak wyjaśnił Zamawiający zapis ten w żaden sposób nie wpłynął na zwiększenie cen przedmiotowych płynów dezynfekująco - myjących, które pozostały na identycznym poziomie. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że wartość dozowników Sterisol, zakupionych w latach 2009 - 2014 wyniosła około 75.000 zł brutto, była więc znacznie niższa niż sama wartość zamówienia udzielonego w kontrolowanym postępowaniu (410.472,90 zł brutto).

W dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł umotywowane zastrzeżenia. Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu, w którym zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, rozpatrywanie czy zachodzi przesłanka występowania przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, uprawnione jest jedynie do relacji pomiędzy posiadanymi przez Zamawiającego dozownikami a zamawianymi do nich wkładami (opakowaniami) zawierającymi płynny dezynfekująco - myjące. W niniejszym przypadku oba komponenty producenta Sterisol tj. dozowniki jak i wkłady z płynami stanowią zamknięty system tzn. taki, w którym występować mogą wyłącznie komponenty tego samego producenta. Przedmiotowe dozowniki zawierają objemkę umożliwiającą zamocowanie tylko takich wkładów z płynami, które są wyposażone w specjalną zastawkę o określonym kształcie, gwarantując szczelność i w ten sposób zabezpieczającą przed zasysaniem powietrza wraz z zanieczyszczeniami biologicznymi z zewnątrz, czyli przed wtórną kontaminacją.

Z tych właśnie przyczyn technicznych w dozownikach systemu Sterisol możliwe jest stosowanie wyłącznie wkładów z płynami tego samego systemu Sterisol, inne są niekompatybilne technicznie. Wskazane przesłanki techniczne mają charakter obiektywny. Chodzi tu nie tylko o samo zadeklarowanie ale o zagwarantowanie wysoce reżimowej bibójczności bakterii, wirusów i grzybów w określonym krótkim czasie reakcji (30sek. dla dezynfekcji higienicznej i 90 sek. dla dezynfekcji chirurgicznej) i nierozzerwalnie związanej z tym odpowiedzialności producenta za zdrowie pacjentów i personelu szpitalnego. Z tych względów każdy z istniejących na rynku systemów dezynfekujących, jeżeli ma zabezpieczać przed wtórną kontaminacją, musi być z definicji systemem zamkniętym, gdzie dozownik określonego producenta determinuje stosowanie wyłącznie płynów tego samego producenta w określonych opakowaniach, których mocowanie gwarantuje szczelność całego systemu. Takim właśnie systemem zamkniętym jest system Sterisol i dlatego niesłuszna, nieprawdziwa oraz stanowiąca nadużycie uprawnień kontrolujących jest teza zamieszczona na stronie 8 Informacji o wyniku kontroli o treści „Powyższe nie wyklucza jednak, że użycie innych opakowań, nieoryginalnych, nie zapewni skutecznego działania biobójczego płynu”. Z całości treści oświadczenia producenta Sterisol wynika, że skuteczność biobójcza preparatu gwarantowana jest jedynie przez łącznie stosowanie zarówno dozowników jak i opakowań z płynami tego samego systemu Sterisol. Reasumując, Zamawiający wskazał, że posiadał dozowniki określonego systemu, w których z uwagi na konieczność zagwarantowania wysokiej bibójczności preparatu i zabezpieczenia przed wtórną kontaminacją można stosować z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie wkłady z płynami tego samego systemu. W sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca Medilab sp. z o.o. złożył oświadczenie, że jest wyłącznym importerem i bezpośrednim dystrybutorem na terenie Polski produktów Sterisol AB, za którego treści bierze odpowiedzialność, a Zamawiający przyjmuje je w dobrej wierze i nie ma podstaw do kwestionowania jego prawdziwości, zasadne było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten jako jedyny mógł wykonać zamówienie.

Zamawiający nie zgodził się także ze stwierdzeniem, że zakupując w zamówieniach podprogowych do kolejnych nowo otwieranych obiektów szpitalnych dozowniki systemu Sterisol sam kreował monopol, by następnie, powołując się na kontynuację, udzielić w kolejnej umowie zamówienia temu samemu wykonawcy z pominięciem wymogów ustawy. Przypomniał, że posiadał już wcześniej dozowniki wraz z wkładami zamkniętego systemu Sterisol, zabezpieczającego przed wtórną kontaminacją, które nabył w wyniku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Z tych względów w oddawanych sukcesywnie do użytku w kolejnych latach nowych budynkach szpitalnych także montował dozowniki tego samego systemu, które z uwagi na podprogową wartość szacunkową były zakupywane w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Powodem nie było „kreowanie monopolu” a potrzeba zabezpieczenia interesu Zamawiającego na wypadek, gdyby system zabezpieczający przed wtórną kontaminacją okazał się nieszczelny, doszłoby do zakażenia szpitalnego i konieczne byłoby dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej od producenta systemu. W takiej sytuacji odpowiedzialność odszkodowawcza byłaby praktycznie niemożliwa do wyegzekwowania, gdyby w szpitalu funkcjonowały jednocześnie systemy różnych producentów.

Zamawiający podniósł, że z podanych w Informacji o wyniku kontroli (str. 6) przykładów postępowań przetargowych nie wynika, że dotyczyły one dozowników i płynów systemów dezynfekujących zabezpieczających przed wtórną kontaminacją, a takie zawsze stanowią system zamknięty. Sposób nabycia dozowników, czy w formie zakupu na własność czy w formie dzierżawy jest autonomiczną decyzją Zamawiającego. Stanowisko takie potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.05.2013r. KIO/KD 34/13.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zgłoszonych zastrzeżeń, pismem z dnia 16 grudnia 2016 r., poinformował, że w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp. W uzasadnieniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnił, że nie kwestionuje potrzeby zapewnienia jak najwyższej jakości płynów dezynfekująco- myjących stosowanych u Zamawiającego, jednak osiągnięcie tego celu było możliwe poprzez zorganizowanie postępowania przetargowego, w sposób zapewniający konkurencję. Przepisy ustawy Pzp umożliwiają bowiem Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby otrzymać produkt najwyższej jakości, który będzie zgodny z wymogami i oczekiwaniami Zamawiającego. Bez wątplenia przedmiotem zamówienia są produkty powszechnie dostępne. Tym samym argument, podniesiony przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach, iż jedynie płyny oferowane przez zaproszonego do negocjacji wykonawcę, są kompatybilne z posiadanymi przez Zamawiającego dozownikami, w badanych stanie faktycznym, nie może stanowić podstawy dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Po pierwsze, na rynku istnieją inne, równoważne pod względem funkcjonalnym, rozwiązania mające za przedmiot płyny dezynfekująco- myjące, również takie, które działają w systemie zamkniętym. Nie można zatem uznać, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze przedmiotowe zamówienie może świadczyć tylko jeden wykonawca. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że poprzez opis

przedmiotu zamówienia nie można wyłączać konkurencji w zakresie obszaru, który jest konkurencyjny. W konsekwencji, posiadanie określonego rodzaju dozowników nie może na długie lata determinować zakupu urządzeń i płynów tylko jednego producenta. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy wartość samego zamówienia z wolnej ręki na dostawę płynów Sterisol pięciokrotnie przewyższa wartość dozowników zakupionych przez Zamawiającego w latach 2009-2014. Odnośnie argumentów dotyczących potrzeby zabezpieczenia interesu Zamawiającego przez kupowanie w zamówieniach podprogowych dozowników Sterisol, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdził, że bez względu na motywy jakimi kierował się Zamawiający, bezpośrednim skutkiem jego działań było kreowanie monopolu. Wskazana przez Zamawiającego okoliczność „zabezpieczenie interesu: nie dotyczy przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, tym samym nie stanowi uzasadnienia wyboru tego trybu. Argumentacja ta nie znajduje także uzasadnienia w świetle orzecznictwa sądowego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Ponadto, w zastrzeżeniach Zamawiający nie odniósł się do kwestii bezpłatnego dostarczenia przez wykonawcę w umowie zawartej w trybie z wolnej ręki 330 sztuk dozowników firmy Sterisol. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że jeśli dozowniki mogą stanowić, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, bezpłatną część zamówienia do zakupu płynów dezynfekująco- myjących to tym bardziej wymóg taki mógł być sprecyzowany w postępowaniu przetargowym. Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli, iż z treści oświadczenia z dnia 12 czerwca 2014 r. złożonego przez producenta dozowników nie wynikają żadne przeszkody techniczne, które determinowałyby konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki wyłącznie jednemu wykonawcy. Stwierdził także, że przykłady postępowań przywołane w Informacji o wyniku kontroli dowodzą, że rynek którego dotyczyło przedmiotowe zamówienie jest rynkiem konkurencyjnym, zatem możliwe było takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, aby zapewnić konkurencję a przez to rozszerzyć krąg potencjalnych wykonawców. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność podniesiona przez Zamawiającego, jakoby z podanych przykładów postępowań przetargowych nie wynikało, że dotyczyły one dozowników i płynów systemów dezynfekujących zabezpieczających przed wtórną kontaminacją. Przykłady powołane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dowodzą jedynie, że rynek środków dezynfekcyjnych jest rynkiem konkurencyjnym, a Zamawiający niezasadnie zwęził krąg wykonawców w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia.

Reasumując, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, że w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po analizie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją Zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego - Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli jak i argumentację prawną, zawartą w Informacji o jej wyniku oraz w odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 grudnia 2016 r. na zastrzeżenia Zamawiającego.

Przypomnieć należy, że zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jakim jest niewątpliwie tryb zamówienia z wolnej ręki, stanowi wyjątek od zasady stosowania trybów przetargowych. W konsekwencji przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a zamawiający, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić (tak m.in.: orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. III CN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. II SA 2064/01).

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu uzależnione jest od kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek: 1. możliwości realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę oraz 2. obiektywnych, technicznych przyczyn uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, istnieniem jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw (orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl.* Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249).

W kontekście powyższego, nie jest wystarczającym wskazaniem, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej i zagwarantować najwyższy poziom. Musi być on wykonawcą, który jako jedyny z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego.

W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie ulega żadnej wątpliwości, że na rynku istnieje duża liczba podmiotów, mogących zrealizować zamówienie polegające na dostawie płynów dezynfekująco - myjących o wysokiej skuteczności biobójczej i gwarantujących najwyższą jakość procedur higienicznych. Już samo ustalenie tej okoliczności powoduje, że powołanie się przez Zamawiającego na przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp jest bezpodstawne.

Jako argument przemawiający za koniecznością zakupu płynów dezynfekująco- myjących firmy Sterisol, Zamawiający wskazywał w toku kontroli okoliczność posiadania dozowników tego producenta, które to komponenty stanowią system zamknięty. Jednak, w ocenie Izby, wskazywana przyczyna techniczna nie ma charakteru obiektywnego, gdyż jest ona wynikiem sytuacji, do której wykreowania doprowadził sam Zamawiający, dokonując uprzednio zakupu dozowników Sterisol. Pod pojęciem „przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze” należy natomiast rozumieć sytuację niezależną od Zamawiającego, na którą nie ma on wpływu. Taka okoliczność w tym postępowaniu nie zachodzi, Zamawiający sam dokonując zakupu dozowników czy to w przetargu nieograniczonym czy w zamówieniach podprogowych - dla kolejno otwieranych budynków szpitala - doprowadził do stworzenia sztucznego monopolu i ograniczenia konkurencji w obszarze rynku, który jest rynkiem konkurencyjnym.

W świetle powyższego, niezasadną jest argumentacja Zamawiającego zawarta w treści zgłoszonych zastrzeżeń, że „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze” należy rozpatrywać jedynie w relacji pomiędzy posiadanymi dozownikami a zamawianymi wkładami a obiektywny charakter sprowadza się do zagwarantowania wysoce reżimowej biobójczości preparatu dezynfekującego i nierozdzielnie z tym związanej odpowiedzialności producenta za zdrowie pacjentów i personelu medycznego.

Reasumując, w postępowaniu, objętym kontrolą Zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp wynika z monopolu wykonawcy, który spowodowany jest wyłącznie obiektywnymi przyczynami technicznymi czy też specyfiką zamówienia.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....