

Sygn. akt KIO/UZP/10/07

WYROK*
z dnia 18 grudnia 2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Wiśniewska
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 17 grudnia 2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, Nowy Tomyśl** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1, Wrocław, ul. M. Skłodowskiej-Curie 58** protestu z dnia 29 października 2007 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz xxx po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie

2. kosztami postępowania obciąża **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, Nowy Tomyśl** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0gr
(słownie: *trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy*)
z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Aesculap Chifa Sp. zo.o., ul. Tysiąclecia 14, Nowy Tomyśl**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 500 zł 00 gr. (słownie: *jeden tysiąc pięćset złotych*)
przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1, ul. M. Skłodowskiej-Curie 58, Wrocław** na rzecz **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, Nowy Tomyśl** , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł xxx gr. xxx (słownie:) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16 844 zł 0 gr. (słownie: *szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote , zero groszy*)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, Nowy Tomyśl**

Uzasadnienie

Pismem z dnia 08.11.2007r. Odwołujący (Aesculap Chifa Sp. z o.o. ul. Tysiąclecia 14 , 64-300 Nowy Tomyśl) złożył protest na ogłoszenie i specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) w postępowaniu Zamawiającego (Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 ul. Marii Curie -Skłodowskiej 58, 50-369 Wrocław) prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę szwów chirurgicznych wg pakietów 1-30 , nr sprawy NZ/RII/48-2007.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dn.25.10.2007r. Nr 2007/S 206-250325 a siwz ukazało się na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 października 2007 r.

Odwołujący złożył protest na treść siwz w pakietach 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10,12, 14, 16, 17, 18, 19, 20 uznając, że utrudnia uczciwą konkurencję i ogranicza ją do jednego wykonawcy.

Zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dn.29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2007r. Nr 223, poz. 1655), zwaną dalej ustawą : art.7 ust.1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 29 ust. 1 i2 poprzez opis przedmiotu zamówienia w pakietach 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10,12, 14, 16, 17, 18, 19, 20 w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję uniemożliwiając przystąpienie do przetargu innym wykonawcom poza preferowaną firmą , art. 29 ust. 3 poprzez brak możliwości składania ofert równoważnych w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt, konkretnego producenta, art. 91 ust. 1 poprzez wprowadzenie zapisów siwz ograniczających liczbę oferentów w zakresie wyżej wymienionych pakietów , pozbawiających Zamawiającego możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji siwz w celu doprowadzenia do zgodności z prawem poprzez wprowadzenie zapisów pozwalających na szerszy dostęp wykonawców do zamówienia. Przykładowo zaproponował dopuszczenie szerszych granic tolerancji długości igły czy nici (rodzaj i rozmiar igieł, czy rodzaj i długość nici), innej ilości szwów pakowanych w saszetkach, innego sposobu pakowania niż przewidział Zamawiający, innego opisu szwów lub igieł bez wskazywania na

konkretnego producenta, dodatkowych kolorów nici, pewne pozycje są w posiadaniu tylko jednej firmy. Ponadto Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania w przypadku uznania przez Zamawiającego, że zachodzi przesłanka z art.38 ust. 5 ustawy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający preferuje tylko jedną firmę w poszczególnych pakietach. I tak w pakietach 1, 2, 3, 4, 5, 6,10, 12,16, 17,19, preferuje firmę Tyco, a w pakietach 8, 14, 18, 20 Johnson & Johnson (zwany dalej J&J).

Ponadto Odwołujący zaznacza, że Zamawiający wymaga złożenia oferty częściowej na pełen pakiet.

Podsumowując swoje zarzuty Odwołujący stwierdza, że zapisy dotyczące wskazanych parametrów w proteście ograniczają udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Zamawiający powinien określić zamawiany przedmiot poprzez wskazanie minimalnych wymogów odzwierciedlających potrzeby Zamawiającego. Natomiast Zamawiający określając zamawiany produkt określił cechy konkretnego producenta to jest Johnson & Johnson oraz Tyco, a nie potrzeby Zamawiającego.

Na tę okoliczność Odwołujący przywołuje art.29 ust.2 i ust.3 ustawy zobowiązujący Zamawiającego do zachowania uczciwej konkurencji oraz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie w tym przypadku pochodzenia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez Zamawiającego, charakterystyczny dla produktów jednej firmy, uniemożliwia Odwołującemu jak i innym poza preferowanymi firmami udział w postępowaniu co narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący chce zaproponować Zamawiającemu materiały szewne wysokiej jakości i stosowane na całym świecie, a także u Zamawiającego. Jednakże rygorystyczne określenie długości i rodzaju nici oraz rodzaju i długości igły, eliminuje złożenie ważnej oferty poza firmami Tyco oraz J&J we wskazanych pakietach. Odwołujący uważa, że wszystkie szwy, które chce zaoferować mają takie same zastosowanie i wskazania, a także dają identyczny efekt końcowy po ich zastosowaniu.

Odwołujący w złożonym proteście przywołuje wyroki zespołów arbitrów oraz poglądy doktryny wskazujące na to, że nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli ogranicza się dostęp do udziału w postępowaniu. Wyroki zespołów arbitrów nakazywały w takich sytuacjach dopuszczenie marginesu tolerancji w określaniu parametrów , bądź możliwość składania ofert równoważnych, które funkcjonalnie i jakościowo odpowiadałyby przedmiotowi zamówienia. Do protestu Odwołujący

załączył listę żądań obejmującą wymienione w proteście pakiety, w których parametry materiałów wskazują na jednego producenta to jest J&J, bądź TYCO. Odwołujący skonkretyzował swoje żądania do wydzielenia określonych pozycji materiałów z poszczególnych pakietów, dopuszczenia tolerancji długości igieł +/- 10%, dopuszczenie pakowanych nici w innych ilościach w poszczególnych saszetkach, dopuszczenie szwów w innych kolorach, dopuszczenie szwów o innych długościach z innymi igłami, dopuszczenia szwów równoważnych już stosowanych przez Zamawiającego.

Odwołujący obok żądania modyfikacji siwz alternatywnie zgłosił żądanie unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 5 ustawy, gdyby wnoszony zakres zmian przekraczał możliwości modyfikacji siwz.

Zamawiający pismem z dnia 19.11.2007r. rozstrzygnął protest uznając żądania co do pakietów 14, 16, 18, 29, a w pozostałym zakresie żądania zmian materiałów w poszczególnych pakietach, z wyłączeniem niektórych materiałów z poszczególnych pakietów, oddalił. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał w związku z częściowym uznaniem protestu zakres modyfikacji siwz. W zakresie nie uznanym wskazał, że jak w odpowiedziach na zapytania utrzymuje opis przedmiotu zamówienia jak w siwz, przy czym wskazał modyfikacje dokonane w odpowiedziach na zapytania, udzielonych w dniu 13.11.2007r. Odnośnie żądań zawartych w punktach : 16 (wydzielenia z pakietu 2 materiałów opisanych w pozycji :49, 51, 63, 56, 57), 74 (wydzielenia z pakietu 19 materiałów opisanych w pozycji : 7-9) Zamawiający wyjaśnił, że nie jest możliwe żeby po ogłoszeniu przetargu modyfikować siwz w ten sposób, że ulegnie zmianie : liczba i zakres zadań, ponieważ przez pakiety zamówienie zostało już podzielone na części wraz z określeniem kwoty wadium dla poszczególnych części zamówienia.

Zamawiający wskazał, że jako podmiot realizujący misję polegającą na ratowaniu zdrowia i życia świadczy usługi z zakresu leczenia specjalistycznego i wysokospecjalistycznego. Stosowane procedury wysokospecjalistyczne wymagają odpowiedniego sprzętu i materiału. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia miał na uwadze różnorodność i fakt wykonywania wysokospecjalistycznych zabiegów chirurgicznych, w których parametry używanego sprzętu są bardzo istotne. Należy także wziąć pod uwagę doświadczenia kadry medycznej i stosowane techniki

chirurgiczne. Głównym celem prowadzonej przez Szpital polityki jakościowej jest optymalizacja efektów skuteczności leczenia.

Pismem z dnia 23.11.2007r. złożone zostało odwołanie, w którym Odwołujący wnosi i wywodzi jak w proteście, a uwzględniając rozstrzygnięcie protestu Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania z powodu konstrukcji pakietów 1, 2, 3, 8, 10, 14 na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy.

Zespół orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

W wyniku przeprowadzonej rozprawy ustalono, iż Zamawiający nie kwestionuje zarzutu Odwołującego co do wskazania w poszczególnych pakietach, poprzez określenie w nich parametrów materiałów objętych przedmiotowym zamówieniem, konkretnych producentów to jest Tyco i Johnson & Johnson.

Zamawiający zarówno w odpowiedziach na zapytania dostawców oraz w rozstrzygnięciu protestu Odwołującego, a także na rozprawie nie podniósł innych argumentów za określonymi w pakietach parametrami materiałów jak konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu wykonywanego leczenia, skomplikowanymi procedurami zabiegów chirurgicznych, w szczególności kardiochirurgicznych, stosowanymi technikami chirurgicznymi, przyzwyczajeniami i oczekiwaniami użytkowników, a także oczekiwaniami wysokiej jakości. W żadnej z wypowiedzi na rozprawie, jak i w dokumentacji przetargowej w tym w rozstrzygnięciu protestu, nie zarzucono proponowanym przez Odwołującego zmianom siwz niezgodności ze stosowanymi procedurami, wywołaniem zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego, bądź nie przydatnością materiałów o parametrach proponowanych przez Odwołującego z uwagi na rodzaj lub zakres procedur chirurgicznych, bądź na niespełnieniu znaku bezpieczeństwa. Zamawiający również w zapytaniach jak i w rozstrzygnięciu protestu odmawiając zmiany parametrów materiałów odnosił się jedynie do ustaleń siwz, nie odpowiadając dlaczego wnoszone zmiany nie mogą być przyjęte.

W tym stanie rzeczy skoro Zamawiający nie przedstawił konkretnych argumentów na propozycje zmian parametrów materiałów w poszczególnych pozycjach pakietów, a w toku postępowania przetargowego jak i odwoławczego nie zaprzeczył twierdzeniu,

a na rozprawie nie wykluczył, że parametry materiałów proponowanych przez Odwołującego odpowiadają parametrom materiałów bądź Tyco, bądź Johnson&Johnson, to słuszne jest twierdzenie Odwołującego o naruszeniu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepisy Prawo zamówień publicznych zakazują opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie miejsca pochodzenia (producenta). Chyba, że nie można opisać przedmiotu zamówienia wskazując wszelkie konieczne jego cechy to jest jak w przedmiotowym postępowaniu ; długość nici, kolor, rodzaj, długość igły, rodzaj materiałów pokrywających nici.

Zespół orzekający Izby nie stwierdził w przedłożonej dokumentacji, aby w siwz wskazano na możliwość złożenia ofert równoważnych. Na zadane pytanie na rozprawie również Zamawiający stwierdził, że nie umożliwił złożenia oferty równoważnej, ponieważ zamierza nabyć materiały według konkretnie określonych parametrów w poszczególnych pozycjach pakietów.

W trakcie rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta obejmuje produkty firmy Brown, konkurencyjnej do firm Tyco i J&J, z którymi nie współpracuje. Z uwagi na to, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena Odwołujący jest zainteresowany zaoferowaniem materiałów produkowanych przez firmę Brown.

Z powyższych względów to jest z uwagi na określenie zamawianego materiału ze wskazaniem na jednego producenta (Tyco albo J&J), bez możliwości złożenia ofert równoważnych, przy ponadto nie wykazanej konieczności określenia przedmiotu zamówienia według miejsca pochodzenia należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 29 w zakresie obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący do konkretnych potrzeb (zabiegów chirurgicznych), ograniczając konkurencję poprzez uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty producenta innego niż wyżej wskazanych (Tyco i J&J).

Zespół orzekający Izby rozpatrując zarzut umieszczenia w poszczególnych pakietach materiałów wyskospecjalistycznych, którymi Odwołujący nie dysponuje i odnosząc się do wniosku zawartego w proteście, wyłączenia wskazanych pozycji materiałów w poszczególnych pakietach stwierdził, że Zamawiający stosując taką praktykę, uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty na całe pakiety. Stąd żądanie

Odwołującego wyłączenia materiałów wysokospecjalistycznych z poszczególnych pakietów umożliwiłoby odwołującemu złożenie oferty, w zakresie innym niż wysokospecjalistyczne materiały, gdzie producentem jest albo Tyco albo J&J. Niemniej zasadna jest argumentacja Zamawiającego, że jak przedstawiono w rozstrzygnięciu protestu, na etapie ogłoszenia, określenia wadium, nie jest możliwa zmiana podziału zamówienia na części, ponieważ to pakiety stanowią części zamówienia.

Reasumując zespół orzekający stwierdził, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania z urzędu, (na podstawie art.191 ust. 3 z uwagi na to, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał na konkretnego wykonawcę, pomimo, że nie wykazał, że zachodziła taka konieczność oraz nie użył przy opisie parametrów materiałów chirurgicznych sformułowania "lub równoważnych". W tym stanie uniemożliwił wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ wybór oferty wybranej nastąpiłby z naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji, z wskazaniem jedyne go wykonawcy. Zamawiający bowiem nie wykazał, że do wykonania jego zadań można użyć materiałów tylko i wyłącznie opisanych w zakwestionowanych pozycjach pakietów. Gdyby Zamawiający wykazał, iż można użyć tylko przez niego opisanych materiałów to miałyby podstawy do zamówienia z wolnej ręki. Takie okoliczności nie wystąpiły, a Zamawiający uzasadniając dokonany opis wskazał jedynie na wysokie oczekiwania jakościowe, przyzwyczajenia i umiejętności użytkowników.

Z powyższych względów Izba uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie z uwagi na ograniczanie konkurencji przez Zamawiającego

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*