

Sygn. akt: KIO 431/12

WYROK
z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2012 r. przez wykonawcę **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, ul. Okólna 181, 91-520 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę drobnego sprzętu medycznego i materiałów jednorazowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2011/S 243-393930.

Wykonawca Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. (dalej: „odwołujący”) wniósł Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 marca 2012 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części oznaczonej nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie jego oferty pomimo braku ku temu przesłanek oraz wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 w związku z art. 7 ust ust. 1 i ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o: nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W związku z prowadzonym postępowaniem odwołujący wniósł w trybie określonym w art. 38 ust 1 ustawy, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zapytania do SIWZ.

Zakres wniesionych zapytań dotyczył opisu przedmiotu zamówienia bowiem dokonany przez Zamawiającego opis wskazywał na wyroby i ich pochodzenie od jednego wytwórcy. Jednocześnie wymagania Zamawiającego nie były uzasadnione obiektywnymi okolicznościami. Na wniesione przez Odwołującego zapytania Zamawiający nie odpowiedział. Niemniej jednak opublikował na swej stronie internetowej odpowiedzi na pytania wniesione przez innych wykonawców, datowane na dzień 13 stycznia 2012 r. W odpowiedzi na zapytania Zamawiający zmodyfikował treść Specyfikacji w sposób umożliwiający Odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu. Kluczowym w niniejszej sprawie jest pytanie i odpowiedź nr 149:

„Dotyczy części 1. poz. 1-5. Czy Zamawiający dopuści możliwość złożenia oferty w w/w pozycjach na kompletne staplery liniowe jednorazowego użytku, zamiast samych ładunków j.uż.? Dodatkowo w poz. 2 i 3 zwracamy się z prośbą o dopuszczenie staplerów jednorazowych o dł. zespalania 60 mm, zamiast wymaganych 55 mm. Pozostałe parametry zgodnie z SIWZ.

Odp. Zamawiający dopuści możliwość zaoferowania w części 1 poz. 1-5 kompletnych staplerów liniowych j. uż. jednorazowego użytku oraz w poz. 2 i 3 staplerów jednorazowych dł. Zespalandia 60 mm."

Odwołujący, uwzględniając odpowiedź na pyt nr 149 uznał, że oferowane przez niego wyroby odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia sporządził i złożył ofertę.

Stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji w ten sposób, że dopuścił „możliwość zaoferowania w części 1 poz. 1-5 kompletnych staplerow liniowych j. uż. jednorazowego użytku oraz w poz. 2 i 3 staplerow jednorazowych dł. zespalandia 60 mm.", a wyroby oferowane przez Odwołującego dokładnie odpowiadają powyższemu opisowi.

W dniu 14 lutego 2012 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu prośbę o złożenie wyjaśnień. Prośba obejmowała cechy wyrobów wskazane w pierwotnej treści SIWZ i nie uwzględniała odpowiedzi na wyżej cytowane pytanie nr 149.

Odwołujący wskazuje na treść załącznika nr 3 do SIWZ, zawierającego pierwotny opis przedmiotu zamówienia i prośby o złożenie wyjaśnień, datowanej na dzień 13 lutego 2012 r.

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił m.in.:

„W okolicznościach sprawy treść tego wezwania nie jest dla nas zrozumiała. Możemy się jedynie domyślać, że obecnie kwestionują Państwo treść wyjaśnień jakich udzielił Szpital w dniu 13 stycznia 2012 r., (znak: L.dz.WZZOZCLChPłiR/ZP/270/49-1/2012). Po analizie pierwotnej treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia doszliśmy do wniosku, że w części oznaczonej nr 1 opis przedmiotu zamówienia odpowiada wyłącznie wyrobom oferowanym przez jednego wykonawcę. Do cech tych należą wskazane przez Państwa w piśmie z dnia 13 lutego 2012 r. parametry. Mając na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zwłaszcza art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, działając na podstawie art. 38 ust 1 ustawy zwróciliśmy się do Państwa o wyjaśnienie treści Specyfikacji, ze względu na przesłanie zapytań pocztą elektroniczną nie uzyskaliśmy jednak odpowiedzi.

Mimo to, na skutek pytań wniesionych przez innego Wykonawcę, treść Państwa wymagań została zmodyfikowana. Na uwagę zasługuje zwłaszcza pytanie nr 149. Udzielona przez Państwa odpowiedź jednoznacznie dopuściła opisane w pytaniach wyroby. Zamawiający w odpowiedzi nie dodał nawet zawartego w pytaniu określenia „Pozostałe parametry zgodnie z SIWZ". W treści pytania zostały wymienione wszystkie cechy, które posiadają oferowane przez nas wyroby. Państwo w swojej odpowiedzi nie zaznaczyliście, że jakieś inne cechy poza „Zamawiający dopuści możliwość zaoferowania w części 1 poz. 1-5 kompletnych staplerów liniowych j. uż. jednorazowego użytku oraz w poz. 2 i 3 staplerów jednorazowych dł. zespalandia 60 mm." będą wymagane. Nie ma zatem podstaw do żądania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień, w zakresie parametrów wyrobów, które nie były zgodnie z odpowiedzią nr 149 wymagane.

W ocenie Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. zaoferowane wyroby odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 149) we wszystkich pozycjach części 1 łącznie z ładunkiem do endostaplera wykonującym szew w postaci dwóch potrójnych linii zszywek ułożonych naprzemiennie jednocześnie przecinającym tkanki pomiędzy nimi z pozycją 6 załącznika 3.

Biorąc pod uwagę to, że pierwotny opis produktów wskazywał tylko na jednego wykonawcę czyli firmę COVIDIEN modyfikacja wymagań Zamawiającego czyni zadość zasadom udzielania zamówień publicznych, a dodatkowo umożliwia racjonalne gospodarowanie powierzonymi środkami publicznymi. Pozwoliła ona także zachować konkurencyjność w zakresie części 1 bowiem Zamawiający zezwolił na złożenie oferty na produkty jednorazowe przy zachowaniu ich klinicznego przeznaczenia opisanego w instrukcjach obsługi dostarczonych przez producenta. Pragniemy również zwrócić Państwa uwagę na to, iż produkty zaoferowane przez nas w części 1 posiadają niższą cenę od cen konkurencyjnej oferty firmy Covidien Polska, przy braku konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z resterylizacją staplerów i czasu pracy personelu wykonującego czynności z tym związane.

Pragniemy także zwrócić uwagę, że oferowane przez nas staplery (zszywki) nie są wykonane z drutu stalowego (którego stosowanie jest niekorzystne ze względu na ograniczenie możliwości późniejszej diagnostyki pacjenta), a z tytanu, którego zastosowanie pozwala na późniejsze stosowanie nowoczesnych metod diagnostycznych np. rezonansu magnetycznego."

W dniu 23 lutego 2012 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu Zawiadomienia o odrzuceniu ofert, wykluczeniu wykonawcy, wyborze ofert najkorzystniejszych i unieważnieniu postępowania. Z informacji tej wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona, bowiem Zamawiający „...nie zmienił pierwotnych parametrów opisanych w SIWZ...”. Dowód: kopia Zawiadomienia o odrzuceniu ofert, wykluczeniu wykonawcy, wyborze ofert najkorzystniejszych i unieważnieniu postępowania.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia ani w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, ani w treści udzielonych wyjaśnień. Zamawiający udzielił odpowiedzi, która nie wymaga szczególnej wykładni, jest jasna i zrozumiała dla wszystkich. Odpowiedź ta nie zawierała słów: „pozostałe parametry bez zmian” ani innych podobnych i z chwilą jej opublikowania stała się wiążąca zarówno dla Wykonawców jak i dla samego Zamawiającego, który zdaje się teraz wycofywać z udzielonych odpowiedzi.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 maja 2008 r. (sygn. akt: X Ga 75/08, publ. Zeszyty orzecznicze KIO nr 3, Warszawa, maj 2009): „W art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieograniczonego dostępu wszystkich podmiotów, albowiem zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Powyższe oznacza, że zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności zamawiający jest zobowiązany do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców". Nie ulega wątpliwości, że powyższa zasada odnosi się zarówno do opisu przedmiotu zamówienia jak i wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego opisane działania zamawiającego stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w części 1 (ładunki do staplerów). Stwierdził, że w części 1 wymagał zaoferowania ładunków do staplerów o określonych w załączniku nr 3 do siwz parametrach. Wskazał, że w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców, dopuścił możliwość zaoferowania w części 1 poz. 1-5 kompletnych staplerów liniowych jednorazowego użytku zamiast samych ładunków j.uż. oraz w poz 2 i 3 staplerów jednorazowych o dł. zespalania 60 mm.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca złożonej ofercie na część 1, w poz. 1-5 zaoferował kompletne staplery liniowe jednorazowego użytku, a w poz. 6 ładunki do endostaplera, jednakże o parametrach innych niż wymagane przez zamawiającego w siwz. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące potwierdzenia zgodności parametrów oferowanych wyrobów z wymaganymi w siwz. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie potwierdził, że zaoferowane kompletne staplery posiadają parametry tożsame z opisanymi w siwz, w szczególności, że wyroby posiadają:

Część 1 poz. 4 wysokość zszywki przed zamknięciem: 3,5 mm, po zamknięciu: 1,5 mm

W części 1 poz. 5 – wysokość zszywki przed zamknięciem: 4,8 mm, po zamknięciu: 2,0 mm

Część 1 poz. 1-5 średnice drutu: poz. 1 – 0,28 mm, poz. 2 – 0,23 mm, poz. 3 – 0,28 mm, poz. 4 – 0,23 mm, poz. 5 – 0,28 mm.

Zamawiający stwierdził, że dopuszczając zaoferowanie w części 1 poz. 1-5 załącznika nr 3 do siwz zamiast ładunków j.uż. kompletnych staplerów liniowych j.uż. nie zmienił pierwotnych parametrów opisanych w siwz, a wymagania w tym zakresie nie uległy zmianie. Zatem zaoferowanie wyrobów o innych niż wymagane w siwz parametrach skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z siwz. Podtrzymał twierdzenie, że udzielił odpowiedzi na pytanie 149 ściśle w granicach pytania i jego odpowiedź nie spowodowała modyfikacji postanowień siwz w zakresie parametrów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 3.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jako nie

opowiadającą wymogom siwz. Wskazał, że pytania odwołującego były skierowane do zamawiającego pocztą elektroniczną tj. w sposób nieprzewidziany w siwz. Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje na konkretnego dostawcę zawierając niezbędne rozwiązania technologiczne dla specjalistycznego sprzętu medycznego, jakim są staplery.

Przystępujący wskazał, że w odpowiedzi na pyt. 148 zamawiający nie wyraził zgody na składanie ofert częściowych w pakiecie 1, ani na wyłączenie z ww pakietu pozycji 1-5.

Przytoczył treść pytania i odpowiedzi nr 149 stwierdzając, że zamawiający dopuścił staplery jednorazowe w poz. 1-5 części 1, z zachowaniem pozostałych parametrów siwz. Wskazał, że zamawiający odniósł się do cech wymienionych w pytaniu. Stwierdził, że odwołujący nie kwestionował postanowień siwz, a na wezwanie zamawiającego nie ustosunkował się do żadnego z problemów wskazanych w wezwaniu.

W ocenie przystępującego oferta odwołującego jest niezgodna z zapisami siwz w następujących punktach:

1/ w poz. 1-5 określono średnice drutu, z jakiego mają być wykonane zszywki. Odwołujący nie wykazał, że posiada zszywki o takiej charakterystyce;

2/ w poz. 4 wymagano zszywki o wys. 3,5 mm przed zamknięciem, 1,5 mm po zamknięciu. Z oferty odwołującego nie wynika, iż zaoferowany stapler (TLH90) posiada zszywki o wyżej podanej wysokości;

3/ w poz. 5. Zaoferowano ten sam produkt co w poz. 4 mimo wymogu siwz z innymi parametrami zszywki;

4/ w poz. 6 wymagano zaoferowania ładunku do staplera endoskopowego o długości 60 mm, który wykonuje szew w postaci dwóch podwójnych linii tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie i jednocześnie przecina tkanki pomiędzy nimi. Z opisu w ofercie (Echelon 60) wynika, że zaoferowany ładunek nie posiada wbudowanego noża – w staplerach odwołującego nóż jest stałą częścią staplera.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców oraz treść oferty odwołującego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba dokonała ustaleń stanu faktycznego na rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania, należy stwierdzić, co następuje.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego.

Istotą sporu stron jest ocena wpływu treści odpowiedzi na pytanie 149 (cytowanej przez wszystkich uczestników i powołanej wyżej) na opis przedmiotu zamówienia ujęty w załączniku nr 3 dla części 1 w poz. 1 – 5 siwz. Zdaniem odwołującego wskazaną czynnością zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji w ten sposób, że dopuścił „możliwość zaoferowania w części 1 poz. 1-5 kompletnych staplerów liniowych j. uż. jednorazowego użytku oraz w poz. 2 i 3 staplerów jednorazowych dł. zespalania 60 mm.” Wg zamawiającego odpowiedź nie spowodowała modyfikacji siwz i nie uległy zmianie pierwotne parametry opisane w specyfikacji, w szczególności nie uległy zmianie wymagania co do ładunków jednorazowego użytku kompletnych staplerów liniowych.

W ocenie składu orzekającego dokonanej po analizie treści pytania i odpowiedzi, powołane wyjaśnienie nie uchyliło postanowień opisujących przedmiot zamówienia, lecz stanowiło ich uzupełnienie. Należy zauważyć, że zakres pytania i w konsekwencji odpowiedzi oprócz dopuszczenia w miejsce ładunków kompletnych staplerów oraz w poz. 2 i 3 dopuszczenia innej długości zespalania nie odnosił się do pozostałych elementów opisu przedmiotu zamówienia w tym parametrów dotyczących materiału, którego wykonano zszywki i wysokości zszywki przed i po zamknięciu. Zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienie dla cz. 1 zastąpiło w całości opis przedmiotowych produktów w załączniku nr 3 do siwz. W ocenie Izby fakt, iż zamawiający udzielając odpowiedzi nie sformułował klauzuli o treści „pozostałe parametry zgodnie z siwz” lub podobnej, już w kontekście zastrzeżenia ujętego w prośbie o wyjaśnienie, iż zakłada się zachowanie pozostałych dotychczasowych parametrów poza wnioskowanymi odstępstwami, jest wystarczające do stwierdzenia o obowiązywaniu dotychczasowych postanowień specyfikacji. Tym samym dopuszczenie różnic w stosunku do opisu pierwotnego nie oznacza zastąpieniem w całości wyjaśnieniami takiego opisu.

Niezależnie od tego czy wykonawca, w jego ocenie, faktycznie oferuje urządzenie lepsze, bardziej zaawansowane technologicznie, nie zwalnia to zamawiającego od badania, aby pod względem wszystkich parametrów przedmiot oferty odpowiadał wymogom postawionym w SIWZ.

Wobec powyższego w ocenie Izby zamawiający prawidłowo działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonał odrzucenia oferty odwołującego uznając ją za niezgodną z treścią SIWZ wobec braku potwierdzenia, także w ramach wyjaśnień do treści oferty, że oferowane wyroby posiadają wymagane parametry.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający miał podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego i nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: