

Sygn. akt: KIO/UZP 346/09

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Covimed Sp. z o. o., ul. B. Czecha 50, 04-555 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia** protestu z 26.02.2009 r.

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-071 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w pakiecie nr 16.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Covimed Sp. z o. o., ul. B. Czecha 50, 04-555 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 112 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto dwanaście złotych zero groszy) przez **Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia** na rzecz **Covimed Sp. z o. o., ul. B. Czecha 50, 04-555 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Covimed Sp. z o. o., ul. B. Czecha 50, 04-555 Warszawa.**

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

W dniu 17.12.2008 r. Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawy nici chirurgicznych i szwów mechanicznych. W tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), w częściach (nazywanych przez Zamawiającego pakietami).

W dniu 20.02.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania. Oferta złożona przez Covimed Sp. z o.o., ul. Bronisława Czecha 50, 04-555 Warszawa (dalej: Odwołujący) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający uznał, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Mianowicie według Zamawiającego, zgodnie z wymogami SIWZ oferowane trokary muszą posiadać zawór pozwalający na insuflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej. Ponadto Zamawiający wskazał, że zestaw musi zawierać uniwersalny konwerter. Zdaniem Zamawiającego trokary zaproponowane przez Odwołującego, tj. trokary producenta Applied Medical nie posiadają wbudowanego zaworu desuflacyjnego. Jak stwierdził

Zamawiający, z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wynikało, iż funkcja desuflacji następuje po odłączeniu przewodu służącego do insuflacji, co w ocenie Zamawiającego nie jest tożsame z wbudowanym zaworem do insuflacji i desuflacji, czego oczekiwał Zamawiający.

W dniu 26.02.2009 r. Odwołujący – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 9.03.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 18.03.2009 r. (wpływ bezpośredni/ data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 90 ust. 2 i 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 1 do SIWZ w pakiecie nr 16 poz. 2, 3 i 4 (we wszystkich trzech pozycjach) Zamawiający zawarł wymóg, "... trokar musi posiadać zawór pozwalający na insuflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej ...". Oferowane przez Odwołującego trokary taki zawór posiadają, więc są zgodne ze SIWZ, bowiem nie wynikało z niej, że zawór ten ma być „wbudowany”, jak wskazał Zamawiający dopiero w informacji o wyniku postępowania; wcześniej (z treści SIWZ) natomiast takie oczekiwanie Zamawiającego nie wynikało.

Ponadto Odwołujący wskazał, że umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o zamówienia publiczne byłaby nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych, gdyby ją zawarto z wykonawcą wybranym zgodnie z informacją o wyborze z oferty najkorzystniejszej z dn. 20.02.2009 r., ponieważ w postępowaniu doszło do rażącego naruszenia ustawy poprzez czynności opisane wyżej.

Zamawiający oddalając protest, wskazał, iż w SIWZ określił jednoznacznie przedmiot zamówienia, a mianowicie wymagał, aby trokar posiadał zawór pozwalający na suflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej. Zatem z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynikało, że Zamawiający oczekiwał, że oferowane trokary będą posiadały zawór umożliwiający jednoczesne stosowanie obu funkcji, a nie stosowanie funkcji zamiennie.

Natomiast zaoferowane przez wykonawcę Covimed Polska Sp. z o.o. trokary producenta Applied Medical nie posiadają wbudowanego zaworu desuflacyjnego, a funkcja desuflacji następuje po odłączeniu przewodu służącego do insuflacji. Zaproponowane przez Odwołującego trokary posiadają zawór jednodrożny umożliwiający wykonanie tylko jednej funkcji. Uzyskanie innej funkcji technicznej wyrobu możliwe jest tylko poprzez odłączenie zestawu co jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Wobec oddalenia protestu, Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał w całości wszystkie zarzuty podniesione w proteście. Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-071 Warszawa. Przystępujący wskazał, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia trokary powinny być wyposażone w zawór (literalnie oznacza to jeden zawór) umożliwiający stosowanie obu funkcji zamiennie, tym samym pozwalając na sprawną pracę podczas zabiegów chirurgicznych. Wskazuje na to użyta w opisie koniunkcja obu funkcji jednego zaworu, określająca też sposób funkcjonowania urządzenia. Tokar powinien więc posiadać zawór spełniający obie funkcje w tym samym czasie tj. suflować i desuflować dwutlenek węgla do i z jamy brzusznej. Tymczasem zaoferowane przez Odwołującego trokary nie spełniają wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, posiadają bowiem zawory, które nie zapewniają wymaganej w SIWZ koniunkcji obu wymaganych funkcji. Są to bowiem zawory jednodrożne umożliwiające tylko insuflację dwutlenku węgla. Duga zaś z funkcji tj. desuflacja może przeprowadzona dopiero po zmianie czasochłonnej zmianie charakterystyki zaworu. Taka charakterystyka oznacza alternatywę rozłączną funkcji zaworu "albo desuflacja albo suflacja", co całkowicie nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, jego oferta miałaby możliwość zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w pakiecie nr 16.

Izba ustaliła w zakresie podnoszonych zarzutów następujący stan faktyczny: Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w pkt III SIWZ (zatytułowanym "Opis przedmiotu zamówienia") przez odesłanie do formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. W formularzu cenowym (wzorzec, stanowiącym załącznik nr 1), podano szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, asortyment i szacunkowe ilości. W odniesieniu do trokarów objętych pakietem nr 16, we wszystkich trzech pozycjach (poz. 2, 3 i 4) Zamawiający wskazał, iż trokar „musi posiadać zawór pozwalający na insuflację (w uproszczeniu:

wpompowywanie, wdmuchiwanie) i desuflację (w uproszczeniu: wypompowywanie, wydmuchiwanie) dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej ..." (strona 9 załącznika nr 1).

Odwołujący zaoferował trokary, które posiadają zawór umożliwiający realizację zarówno funkcji insuflacji, jak i desuflacji. Zawór ten nie jest wbudowany, a funkcja desuflacji może nastąpić po odłączeniu przewodu służącego do insuflacji (co było bezsporne).

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, czy zaoferowane trokary posiadają zawór pozwalający na insuflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej.

Pismem z dnia 6.02.2009 r. Odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowane trokary w pakiecie nr 16 poz. 2, 3 i 4 posiadają zawór umożliwiający insuflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, skład orzekający stwierdził, iż rzeczywiście Zamawiający dopiero w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wyraził oczekiwanie, aby zawór do desuflacji był wbudowany, a raczej - aby posiadał „uniwersalny konwerter”.

W ocenie składu orzekającego, z treści SIWZ nie wynikało w żaden sposób, ani wprost, ani pośrednio, że Zamawiający wymaga, aby oferowane zawory posiadały możliwość jednoczesnego realizowania funkcji insuflacji i desuflacji za pomocą „uniwersalnego konwertera”. Przy czym, jeżeli w uzasadnieniu mowa o „jednoczesności” obu funkcji, nie należy przez to rozumieć realizacji obu tych funkcji w tym samym czasie (nie można równocześnie wpuszczać i wypuszczać gazu).

Na rozprawie Odwołujący zademonstrował sposób działania obu urządzeń – zarówno swojego, jak i urządzenia oferowanego przez Przystępującego.

W trokarze oferowanym przez Odwołującego - zawór realizuje funkcje insuflacji i desuflacji następująco: oba procesy odbywają się ten tą samą rurką (jednodroźnie), a przełączenie między oboma funkcjami następuje przesunięciem przełącznika w zaworze. Natomiast trokar oferowany przez Przystępującego jest dwudrożny i proces insuflacji i desuflacji może się odbywać dzięki temu dwoma odrębnymi drogami. Przełączenie między funkcjami następuje w sposób analogiczny jak w produkcie Odwołującego przełącznikiem.

Sposób funkcjonowania obu zaworów nie był sporny, jednak Przystępujący twierdził, że zawór Odwołującego w rzeczywistości nie posiada obu funkcjonalności równocześnie – bo żeby „zmienić” proces, należy wykonać dodatkowe operacje (a nie, jak u Przystępującego, jedynie użyć przełącznika), w konsekwencji czego w jego ocenie koniunkcja w opisie przedmiotu zamówienia odnosiła się do praktycznej, a nie do potencjalnej dwufunkcyjności zaworu.

Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający ograniczył jedynie opis trokara do stwierdzenia, iż „musi posiadać zawór pozwalający na insuflację i desuflację dwutlenku węgla do (z) jamy brzusznej ...”. W opisie brak wskazania na konieczność posiadania przez trokar „uniwersalnego konwertera”, brak też wskazania przez Zamawiającego, w jaki sposób urządzenie ma realizować obie funkcje.

Zamawiający w opisie trokara użył koniunkcji (spójnik „i” pomiędzy funkcją insuflacji a desuflacji), ale w takim kontekście („trokar musi posiadać zawór pozwalający na insuflację i desuflację”), iż Odwołujący był uprawniony do przekonania, że koniunkcja ta ma dotyczyć cechy zaworu (dwufunkcyjność), a nie „równoczesności” obu funkcji możliwych do realizacji przez trokar. Obie strony na rozprawie przyznały, iż istnieją w obrocie trokary bez zaworów, wobec czego skład orzekający uznał, że Zamawiający dookreślił w załączniku nr 1 do SIWZ cechę zaworu (potencjalną dwufunkcyjność), a nie ograniczył przedmiotu zamówienia do zaworów o specyficznej dwufunkcjonalności, która jest realizowana za pomocą uniwersalnego konwertera jedynie w produkcie oferowanym przez Przystępującego. Wnioski Przystępującego co do skutków użycia spójnika „i” w opisie trokarów wobec treści SIWZ i powyższych spostrzeżeń wydają się zbyt daleko idące.

Wydaje się, że z demonstracji może wynikać, iż rzeczywiście trokary Przystępującego (dwudrożne) są wygodniejsze w użyciu, jednak Zamawiający w żaden sposób nie wyartykułował w SIWZ potrzeby co do „ergonomiczności” użytkowania, nie wskazał na konieczność „uniwersalnego konwertera”, co teoretycznie mogłoby być uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego.

Wobec powyższego, zgodne z opisem przedmiotu zamówienia są zarówno trokary z zaworami wbudowanymi, pozwalające na „jednoczesną” insuflację i desuflację, jak i trokary posiadające zawory, które umożliwiają realizację obu tych funkcji w sposób sekwencyjny (następczy). W ocenie składu orzekającego zawory w trokarach zaoferowanych przez Odwołującego mają potencjalną możliwość dwufunkcyjności, wymaganej SIWZ.

W konsekwencji skład orzekający Izby stwierdził, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem Zamawiający winien powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Tym samym Izba uznała podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych za uzasadniony.

Skład orzekający również nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ z czynności podjętych przez Zamawiającego także nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników

postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 3 oraz 90 ust. 2 i 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 538,00 zł (trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....