

Sygn. akt KIO/UZP 43/08

WYROK
z dnia 7 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hammer - Med. Piotr R. Hammer, Łódź, ul. Kopcińskiego 73/75** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, Gdańsk, ul. Dębinki 7** protestu z dnia 20.12.2007 r.

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert w Pakiecie 26, 27 poz.1 i 3 oraz w Pakiecie 28, z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, Gdańsk, ul. Dębinki 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Hammer - Med. Piotr R. Hammer, Łódź, ul. Kopcińskiego 73/75.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, Gdańsk, ul. Dębinki 7** na rzecz **Hammer - Med. Piotr R. Hammer, Łódź, ul. Kopcińskiego 73/75,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hammer - Med. Piotr R. Hammer, Łódź, ul. Kopcińskiego 73/75.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych (32 części) na dostawę wyrobów medycznych dla Kliniki Kardiochirurgii w ACK – Szpital AMG (nr sprawy 135/PN/2007), zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Akademickie Centrum Kliniczne - Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, ul. Dębinki 7, 80 - 952 Gdańsk ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 173-213216 w dniu 08.09.2007 r.

W dniu 18.12.2007 r. firma Hammer - MED, Piotr R. Hammer, ul. Jaracza 76, 90-251 Łódź zwana dalej Hammer - MED otrzymała informacje o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach w przedmiotowym postępowaniu. Wraz z powyższym pismem, Wykonawca otrzymał także informację o odrzuceniu jego oferty w pakiecie 26, 27 poz. 1 i 3 oraz 28. W wyniku niniejszego działania, w pakiecie 26 oraz 28 Zamawiający unieważnił postępowanie w ramach tych części na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 1 Pzp, z uwagi na nie złożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W pakiecie 27 poz. 1 i 3 dokonał wyboru oferty Wykonawcy konkurencyjnego. Podstawą odrzucenia oferty firmy Hammer-MED w/w częściach była ich niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W pakiecie 26 „Proteza aorty wstępującej z zatokami valsalvy” Zamawiający jak uzasadniał, wymagał aorty wstępującej z zatokami valsalvy o rozmiarach 24-36, a Wykonawca zaoferował protezę aorty wstępującej z zatokami valsalvy o rozmiarach 24,26,28,30,32,34. W pakiecie 28 „Proteza łuku aorty” Zamawiający jak uzasadniał, wymagał zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ protez łuku aorty o rozmiarach 24-36, a Wykonawca zaoferował protezy o rozmiarach 24,26,28,30,32,34. W pakiecie 27 „Protezy naczyniowe” w poz. 1 i 3 Zamawiający jak uzasadniał, wymagał protez naczyniowych tkanych, a Wykonawca zaoferował protezy naczyniowe dziane.

W dniu 20.12.2007 r. Hammer - MED złożyła protest faxem (pismem z dnia 19.12.2007 r.) wobec w/w czynności Zamawiającego wnosząc o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego ofert w pakiecie 26, 27 poz. 1 i 3 oraz 28;*
- dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty jego firmy.*

Zdaniem Protestującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt. 2 oraz 91 ust.1 Pzp (dokonanie wyboru oferty niezgodnej z wymogami określonymi w SIWZ oraz przepisami Pzp), jak również art. 7 ust.1 i 3 Pzp (prowadzenie postępowania w sposób łamiący zasadę uczciwej konkurencji i równości stron oraz przepisy Pzp). W opinii Protestującego, podana

przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty, tj. niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest nieprawdziwa.

Odnosnie pakietu 26 i 28, Protestujący stwierdził, iż Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ określił średnicę wymaganych protez w zakresie 24-36 mm. Jego zdaniem, warunki anatomiczne łuku aorty i aorty wstępującej (protezy w tym pakiecie desygnowane są do tych części aorty) nie osiągają nigdy 36 mm średnicy, a wymagany parametr nie został określony szczegółowy a jedynie w tzw. oczekiwanym przedziale. Powyższe wskazuje, jego zdaniem, iż oferta Protestującego jest zgodna z wymogami SIWZ, a co najważniejsze jest zgodna z faktycznymi zapotrzebowaniem finalnego odbiorcy. Każdy z producentów oferuje protezy o podobnych parametrach w zakresie średnicy, czy długości. Jednakże, żaden nie oferuje każdej możliwej średnicy (w ofercie Protestującego nie ma średnicy 29 mm) i każdej możliwej długości (ponieważ możliwych długości jest praktycznie nieskończona ilość).

W związku z wspomnianymi warunkami anatomicznymi, zdaniem Protestującego, żaden istniejący producent nie oferuje protez o średnicy większej niż 34 mm, z uwagi na brak takiego zapotrzebowania.

Ponadto, Protestujący informuje, iż firma Vasuctek, której produkty są oferowane przez Protestującego w pakiecie 26, jest jedynym producentem protez z zatoka Valsalvy, więc uzyskanie oferty o parametrach innych niż zaoferowane przez niego nie jest możliwe. Dodatkowo Protestujący, podnosi, iż odrzucenie jego oferty jest sprzeczne z szeroko pojętym interesem społecznym, narusza też ustawę o finansach publicznych, gdyż działanie Zamawiającego narusza obowiązek celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.

Odnosnie pakietu 27 poz. 1 i 3 Zamawiający wymagał, aby zaoferowane wyroby medyczne spełniały wymagania określone w arkuszach opisowych zawierających parametry graniczne (załącznik nr 6 do SIWZ). W żadnym z punktów załącznika Zamawiający nie określił wymagań dotyczących rodzaju struktury protez (tkana lub dziana), a więc Protestujący założył, że Zamawiający dopuszcza zarówno protezy tkane, jak i dziane. Odpowiedź Zamawiającego w piśmie L.dz. 3040/2007 z dnia 19.10.2007 r. nie zmieniającą w żaden sposób wspomnianego załącznika, została przez Protestującego odebrana w podobny sposób. Jako dodatkowy argument Protestujący przytacza informacje, iż oferta została złożona po konsultacji z finalnymi odbiorcą protez – tj. chirurgami wszczepiającymi protezy.

Protestujący wyjaśnia, iż Zamawiający wymagał w poz. 1 i 3 protez naczyniowych o małych średnicach dla obwodowych procedur naczyniowych i protez rozwidlonych dla operacji tętniaków brzusznych. W niniejszych procedurach operacyjnych stosuje się protezy dziane i takich protez oczekiwali chirurdzy naczyniowi Zamawiającego, dlatego zostały zaoferowane protezy dziane.

Protestujący miał protezy tkane (w tych samych cenach), lecz interes chirurgów i pacjentów wymagał zaoferowania protez dzianych, tym bardziej, iż zaoferowane protezy spełniały wszystkie parametry graniczne wyszczególnione w załączniku nr 6 do SIWZ.

W dniu 21.12.2007 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym, poprzez zamieszczenie na stronie internetowej: www.ack.gdansk.pl.

Nie było żadnych przyłączeń do postępowania protestacyjnego po jakiegokolwiek ze stron.

Rozstrzygnięcie protestu, tj. jego oddalenie przez Zamawiającego nastąpiło w trybie art. 183 ust.3 Pzp. poprzez brak jego rozstrzygnięcia.

W dniu 11.01.2008 r. na oddalenie protestu Hammer - MED wniósł odwołanie (dowód wniesienia wpisu z dnia 11.01.2008 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w pakiecie 27 pkt. 1 i 3,*
- unieważnienie czynności unieważnienia w pakiecie 26 i 28;*
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty w pakiecie 26, 27 pkt. 1 i 3 oraz pakiecie 28.*

Odnosnie pakietu 27, Odwołujący podkreślił jednoznaczność parametrów technicznych wymaganego przedmiotu, które pozostawały niezmiennie w toku całego postępowania. Jego zdaniem, Zamawiający nie wykluczył zaproponowania produktów wykonanych w technologii dzianej o ile spełnia wyraźne określone wymagania SIWZ. Odpowiedź na pytanie 7 nie zmieniła jego zdaniem tego stanu rzeczy.

Odnosnie pakietu 26 i 28, Odwołujący wskazał, iż tabela parametrów technicznych zakreśla zakres rozmiarów, jednakże z treści całej tabeli wynika, że wykonawca ma zaproponować oferowane przez niego rozmiary jeżeli mieszczą się we wskazanym w SIWZ przedziale. Powyższe uczynił Odwołujący, wskazując na dostępne w produkcji jego kontrahenta rozmiary. Podkreśla także ponownie, iż maksymalny rozmiar wskazany w SIWZ, tj. 36 mm nie jest absolutnie produkowany przez żadną z firm medycznych na świecie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem i pocztą w dniu jego wniesienia.

Skład orzekający na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w ramach wszystkich wskazanych pakietów.

Odnosnie Pakietów 26 i 28, słuszną jest teza, iż wymagany parametr graniczny nie został określony w obu Pakietach w sposób szczegółowy a jedynie w tzw. oczekiwanym przedziale, w załączniku nr 6 do SIWZ.

W powyższych Pakietach, tj. „Protezy aorty wstępującej z zatokami valsalvy” oraz „Protezy łuku aorty” należy uznać, iż Zamawiający wyznaczył średnicę wymaganych protez w zakresie 24-36 mm (załącznik nr 6 do SIWZ), wymagając rozmiar maksymalny 36 mm, tj. taki który nie jest produkowany przez żadną z firm. Skład orzekający Izby oparł się pod tym względem nie tylko i wyłącznie na twierdzeniu Odwołującego, ale przeprowadził dowód z oferty złożonej przez Wykonawcę konkurencyjnego w Pakiecie 28, z której jasno wynika prawdziwość twierdzenia Odwołującego. Dodatkowym argumentem za powyższą tezą, jest fakt wynikający z załącznika nr 5 do SIWZ, iż w Pakiecie nr 26 i 28 nie zostały wyszczególnione przedziały ilościowe poszczególnych rozmiarów w odróżnieniu do Pakietu 27. Nawet dzieląc ilość zbiorczą dla Pakietu 26 (18 na rozmiary od 24-36), czy też Pakietu 28 (30 na rozmiary 24-36) nie sposób ustalić ilości dla poszczególnych rozmiarów z podanego zakresu. Przedłożony przez Zamawiającego wniosek o udzielenie zamówienia publicznego stanowiący podstawę przygotowawczą przedmiotowego postępowania przetargowego nie wykazuje tezy przeciwnej.

W związku z powyższym, skład orzekający Izby uznał, iż wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miał zaproponować oferowane przez siebie rozmiary jeżeli mieszczą się we wskazanym w SIWZ przedziale, nie zaś wszystkie z zakresu od 24 do 36mm.

Odnosnie Pakietu 27 poz. 1 i 3, tj. kwestii zaoferowania przez Odwołującego protez dzianych, a nie tkanych należy zgodzić się z twierdzeniem w/w, iż Zamawiający w załącznikach nr 5 i 6 do SIWZ określił wyłącznie asortyment, szacunkową ilość w okresie 36 miesięcy oraz wymagania/parametry graniczne wyrobów medycznych, tj. „Protez naczyniowych”. Nie odniósł się w obu załącznikach do struktury protez. Powyższa kwestia była przedmiotem odpowiedzi na pytania nr 7 pismo z dnia 19.10.2007 r. W ramach niniejszej odpowiedzi Zamawiający na pytanie, czy oczekuje w pakiecie 27 protez tkanych, udzielił odpowiedzi twierdzącej. Następnie, na podstawie w/w stwierdzenia wywiódł negatywne konsekwencje dla Odwołującego, które skutkowały odrzuceniem jego oferty, uznając, iż wymagał protez tkanych (pismo z dnia 18.12.2007 r. L.dz. 3609/2007).

Słowo „oczekiwać”, oznacza 1. «czekać na kogoś lub na coś z nadzieją lub niecierpliwością»; 2. «przewidywać, że coś nastąpi» 3. «stać się w przyszłości czymś udziałem» Z kolei słowo „wymagać”, to 1. «domagać się, życzyć sobie czegoś kategorycznie»; 2. «niezbędnie potrzebować czegoś» 3. «nakładać na kogoś jakiś obowiązek» (za internetowym Słownikiem Języka Polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN

SA - <http://sjp.pwn.pl/>). W ocenie składu orzekającego Izby ze znaczenia powyższych słów należy przyjąć, iż nie można wyciągać kategorycznego wniosku odnośnie określenia obligatoryjnego wymogu ze słowa „oczekiwać, oczekuje się”. Nie zmienia powyższego, znaczenie tego słowa przywołane przez Zamawiającego, iż oczekiwanie « to, czego się pragnie i spodziewa » na podstawie tego samego co przywołany powyżej internetowego Słownika Języka Polskiego. Jak wykazał Odwołujący, co potwierdził skład orzekający Izby na podstawie dowodu przeprowadzonego z pisma z dnia 19.10.2007 r., w odniesieniu do odpowiedzi na inne pytania niż pytanie 7, tj. nr 1, 2, 3 lub 4, Zamawiający udzielając również krótkiej odpowiedzi dodawał określenia kategoryczne takie jak „wymaga, dopuszcza, nie wymaga”. Powyższe jednoznacznie potwierdza nie kategoryczny charakter słowa oczekuje. W ocenie składu orzekającego Izby: „Niestaranne i niejasne zapisy SIWZ nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12.04.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1005/06)”. „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy Zamawiającego. Inaczej mówiąc, jeśli Zamawiający przedstawi w SIWZ zbyt krótki, niedokładny opis przedmiotu zamówienia to nie może mieć pretensji do wykonawców, ze stosownie do opisu przedmiotu przedstawili mu taką, a nie inną ofertę” (Przemysław Szustakiewicz: „Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, W-wa 2007, wyd. I, str.213).

W związku z powyższym, w niniejszym stanie faktycznym, słusznym było działanie Odwołującego, który uznał, iż powinien kierować się generalną wytyczną Zamawiającego zawartą w SIWZ (Rozdz. II), iż wyroby medyczne, o których mowa w ust.1 (dostawa wyrobów medycznych (.....) w asortymencie i w szacunkowej ilości określonych w załączniku nr 5 do SIWZ w okresie 36 miesięcy) muszą spełniać wymagania jakie zostały określone w arkuszach opisowych zawierających wymagania/parametry graniczne wyrobów medycznych, a stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ. Uznać należy także, iż Zamawiający pozostawił niezmiennymi wymogi techniczne w odniesieniu Pakietu 27 poz. 1 i 3, a odpowiedź Zamawiającego z 19.10.2007 r. nie zmieniła tego stanu rzeczy.

Zamawiający poprzez swoje działania nie wykluczył możliwości złożenia protez dzianych. (dowód wymieniona wyżej odpowiedź Zamawiającego na pytanie, pozostałe odpowiedzi na pytania, modyfikacje, SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, jak i przyjmując, iż Zamawiający uznał za spełniające jego wymagania wynikające z załącznika nr 5 do SIWZ zaoferowane „Protezy naczyniowe”, a contrario nie kwestionował w swoim odrzuceniu parametrów granicznych, należy uznać, iż Odwołujący złożył w Pakiecie 27 poz. 1 i 3 oferty w swej treści zgodne z treścią SIWZ. (dowód odrzucenie oferty Odwołującego).

W związku z potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt. 2 oraz 91 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 Pzp odnośnie Pakietu 26,27 poz. 1 i 3 oraz 28, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*