

Sygn. akt: KIO 1244/11

WYROK
z dnia 21 czerwca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2011r. przez wykonawcę **STRYKER Polska Sp. z o.o., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** w postępowaniu prowadzonym przez „Szpital Powiatowy we Wrześni” Sp. z o.o., 62-300 Września, ul. Słowackiego 2,

przy udziale wykonawcy **Smith & Nephew Sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **STRYKER Polska Sp. z o.o., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **STRYKER Polska Sp. z o.o., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o., ul. Słowackiego 2; 62-300 Września prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i dostawę implantów do ortopedii”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 63-102150.

Dnia 1 czerwca 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (pakiet Nr 1), która została złożona przez Smith & Nephew sp. z o.o.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Stryker Polska sp. z o.o., ul. Poleczki 35; 02-822 Warszawa i dnia 10 czerwca 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy:

- a) czynności Zamawiającego, tj. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w ramach pakietu nr 1 firmy Smith & Nephew sp. z o.o.,
- b) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to jest odrzucenia oferty firmy Smith & Nephew sp. z o.o. w ramach pakietu nr 1, jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- c) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru w ramach pakietu nr 1 oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez ww. czynności oraz zaniechania czynności naruszył następujące przepisy ustawy PZP: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz fakt, iż poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a także interes w złożeniu odwołania w tym, iż nieodrzućenie oferty wykonawcy Smith & Nephew sp. z o.o., jak też będący konsekwencją tych zaniechań wybór oferty tegoż wykonawcy w ramach pakietu nr 1 spowodowało, że Odwołujący jako podmiot składający zgodną z SIWZ ofertę, która winna być przez Zamawiającego uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu art.

91 ust. 1 ustawy PZP, nie uzyskał zamówienia, a jego ofertę Zamawiający w wyniku dokonania oceny ofert sklasyfikował na drugiej pozycji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach pakietu nr 1,
2. Nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty Smith & Nephew sp. z o.o. w ramach pakietu nr 1,
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru w ramach pakietu nr 1 postępowania oferty Odwołującego,
4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ramach pakietu nr 1 będącego endoprotezami biodra cementowymi i bezcementowymi w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w wierszu nr 4 tabeli wymagał:

„Panewka bezcementowa wkręcana lub press-fit, tytanowa, sferyczna z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zew. 42mm do 66mm ze skokiem co 2mm., tytanowa, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez, o rozmiarach zewnętrznych od 48mm do 66mm ze skokiem co 2mm”.

Następnie po dokonaniu zmiany SIWZ Zamawiający opisał następująco przedmiot zamówienia:

„Panewka bezcementowa wkręcana lub press-fit, tytanowa, sferyczna z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zew. 42mm do 68mm ze skokiem co 2mm, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez”.

W ramach pakietu 1 firma Smith & Nephew zaoferowała panewkę bezcementową stożkową Bicon-Plus w rozmiarach średnicy zewnętrznej: 37, 40, 43, 46, 49, 52, 56, 59, 63, 68, 72mm. Panewka ta nie spełnia szeregu wymagań SIWZ. Zamawiający wymagał panewki sferycznej (wycinek kuli), natomiast panewka Bicon-Plus jest panewką stożkową. Jej budowa, a zarazem właściwości znacznie różnią się od panewki sferycznej. Ponadto panewka Bicon-Plus posiada inne niż wymagane w SIWZ rozmiary. Zamawiający wymagał panewki posiadającej skok co 2 mm, natomiast opisywana panewka ma skok co 3mm, w przedziale od 37 mm do 59 mm, a następnie rozmiary 63 mm, 68 mm, 72 mm. Wskazać należy, że parametr ten jest niezwykle istotny. Skok średnicy panewki co 2mm, jakiego wymagał Zamawiający pozwala na lepsze dopasowanie wielkości panewki do naturalnej panewki pacjenta w porównaniu z panewką o skoku gwintu 3 mm, jaki został zaoferowany w produkcie firmy Smith & Nephew sp. z o.o.

Wobec powyższego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty firmy Smith & Nephew, jako niezgodnej z zapisami SIWZ. Z samej treści oferty wynika, że w ramach pakietu nr 1 wykonawca Smith & Nephew sp. z o.o. zaoferował panewkę stożkową o skoku pomiędzy rozmiarami 3 mm. Natomiast Zamawiający wymagał panewki sferycznej o skoku pomiędzy rozmiarami 2 mm.

W ocenie Odwołującego, w rozumieniu s.i.w.z. słowo „lub” użyte w wymaganiach dot. opisu przedmiotu zamówienia oznacza możliwość wyboru opcji panewki *pressfitowej* lub *wkręcanej* przez Zamawiającego, a ściślej mówiąc przez operatora zabiegu i tym samym zobowiązuje każdego wykonawcę do zaoferowania wszystkich wymaganych opcji.

W ocenie Odwołującego nazbyt liberalne i otwarte podejście Zamawiającego do oceny oferty Smith & Nephew w ramach pakietu nr 1 ujawnia się tym, że Zamawiający wykonując czynność wezwania do złożenia wyjaśnień i dostarczenia próbek na podstawie pisma z dnia 23.05.2011 r. naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Wezwanie dotyczyło pakietu nr 1 jak również pakietu nr 2. Zamawiający wezwał do wyjaśnień zarówno Odwołującego jak i firmę Smith & Nephew sp. z o.o. Jednakże Zamawiający (niezależnie od braku takiego uprawnienia w SIWZ), tylko Odwołującego zobowiązał do dostarczenia „próbek produktów dla wszystkich wymaganych endoprotez kolana do materiałów hipoalergicznym”. Na tym etapie prowadzonego postępowania wezwanie tylko i wyłącznie jednego wykonawcy (odwołującego) do złożenia próbek jest dodatkowym warunkiem postawionym wykonawcy. Zamawiający w SIWZ nie wymagał od wykonawców dostarczenia próbek w związku, z czym wymóg ten jest niezgodny z zapisami ustawy. Działanie to narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W oczach Odwołującego zrozumiąły byłby fakt, żądania przedłożenia próbek przez wszystkich wykonawców, jednakże tak postawiony warunek jedynie Odwołującemu stanowi naruszenie w/w zasady. Zgodnie z art. 25 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie warunków Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę implantów do ortopedii Zamawiający ani w SIWZ, a w szczególności rozdziale IX. zatytułowanym „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz inne wymagane”, ani w ogłoszeniu o prowadzonym postępowaniu nie żądał dołączenia do oferty próbek produktów. W związku, z czym uznać należy, wezwanie do złożenia próbek za nieuprawnione.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 czerwca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 13 czerwca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 16 czerwca 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Smith & Nephew sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania. Izba.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzuty stawiane przez Odwołującego są bezzasadne.

W zakresie pakietu Nr 1 Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymóg zaoferowania panewki bezcementowej wkręcanej lub press-fit, tytanowej, sferycznej z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zew. 42 mm do 66 mm ze skokiem co 2 mm, tytanowej, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez,

o rozmiarach zewnętrznych od 48 mm do 66 mm ze skokiem co 2 mm. Panewka musi mieć możliwość zastosowania wkładki PE lub ceramicznej oraz zaślepkę otworu centralnego.

W wyniku zapytań jednego z wykonawców Zamawiający, pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku dopuścił możliwość zaferowania panewki bezcementowej wkręcanej lub Press-fit, tytanowej, sferycznej z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zewnętrznej 42 mm do 68 mm ze skokiem co 2 mm, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez. Panewka musi mieć możliwość zastosowania wkładki PE lub ceramicznej oraz zaślepkę otworu centralnego.

Z powyższego zapisu, w ocenie Izby jasno wynika obowiązek dostarczenia:

- 1) Panewki bezcementowej wkręcanej,
lub
- 2) Panewki Press-fit, tytanowej, sferycznej z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zewnętrznej 42 mm do 68 mm ze skokiem co 2 mm, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez.

Brak jest obowiązku, po stronie wykonawców dostarczenia obydwu typów panewek, a tym bardziej brak obowiązku, w odniesieniu do panewki wkręcanej obowiązku pokrycia panewki pokrywą tytanową, o kształcie sferycznym z samocentrującym gwintem o rozmiarach średnicy zewnętrznej 42 mm do 68 mm ze skokiem co 2 mm, z otworami umożliwiającymi wkręcenie śrub lub bez.

Tym samym oferta Przystępującego zawierająca w zakresie panewki press-fit rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego, co do pokrycia, kształtu i rozmiarów nie pozostaje w sprzeczności do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdził również Odwołujący. Analogiczna sytuacja odnosi się do panewki wkręcanej oferowanej przez Przystępującego, co do której Zamawiający żadnych szczegółowych wymagań nie postawił, pozostawiając wykonawcom dowolny sposób realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym zarzuty Odwołującego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostają w swej istocie jasne i precyzyjne. Okoliczność różnej interpretacji nie może następnie wywoływać negatywnych skutków w odniesieniu do wykonawców, którzy w zgodzie z s.i.w.z. zaferowali przedmiot zamówienia, a inna interpretacja Odwołującego nie może powodować uznania oferty Przystępującego za niezgodnej z s.i.w.z.

Odwołujący w zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mógł na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia skierować do Zamawiającego stosowne wnioski o wyjaśnienie, zapytania, w celu doprecyzowania rozumienia zapisów s.i.w.z. Ewentualnie w powyższym zakresie przysługiwały Odwołującemu środki ochrony prawnej.

Odwołujący godząc się z taką treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostaje nią związany bez prawa do podnoszenia zarzutów w zakresie interpretacji jej postanowień.

W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów dotyczących wezwania Odwołującego do przedłożenia próbek. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, iż zarzut powyższy jest spóźniony, gdyż wezwanie Odwołującego nastąpiło w dniu 23 maja 2011 roku, co powoduje, iż skuteczne postawienie zarzutu wadliwej czynności Zamawiającego upływało w dniu 2 czerwca 2011 roku. Ponadto zarzut odnosi się do niekwestionowanej przez Odwołującego części zamówienia, tj. innego pakietu, a ponadto nie wywołuje żadnych negatywnych konsekwencji u Odwołującego.

Konsekwencją nieuwzględnienia powyższych zarzutów jest również nieuwzględnienie zarzutów naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszając przy tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, iż procedura udzielenia zamówienia publicznego, jako procedura osiągnięcia określonego celu powoduje, iż Zamawiający w treści obowiązującej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być pewny otrzymania panewek bezcementowych zarówno wkręcanych, jak i typu press-fit w pełnej „rozmiarówce operacyjnej”, co powinno u Zamawiającego wywołać refleksję w zakresie ewentualnego unieważnienia postępowania w zakresie pakietu Nr 1. Zachowania standardowe wykonawców uczestniczących w rynku dostawy endoprotez pozostają bez wpływu na kształt umowy zawieranej w wyniku procedury udzielenia zamówienia publicznego, która w swej treści musi być identyczna jak treść s.i.w.z. (w zakresie opisu przedmiotu zamówienia). Zamawiający nie może następczo, po zawarciu umowy wywoływać presji na wykonawcy i zobowiązywać go do dostarczania przedmiotu innego niż opisanego w s.i.w.z., tj. np. wszystkich rozmiarów panewek w obu typach.

Dokładne i precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia powoduje pewność u Zamawiającego otrzymania produktu, który zamierzał kupić ogłaszając procedurę zamówienia publicznego.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: