

Sygn. akt KIO/UZP 156/08

WYROK
z dnia 7 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07.03.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., 60-169 Poznań, ul. Grunwaldzka 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1, 50-369 Wrocław, ul. M. Curie-Skłodowskiej 58** protestu z dnia 4 lutego 2008r.

przy udziale **St. Jude Medical Sp. zo.o., 02-698 Warszawa, ul Smoleńskiego 1 lok. 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz **Medtronic Poland Sp. z o.o., 04-041 Warszawa, ul. Ostrobramska 101** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., 60-169 Poznań, ul. Grunwaldzka 50** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., 60-169 Poznań, ul. Grunwaldzka 50**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., 60-169 Poznań, ul. Grunwaldzka 50**.

Uzasadnienie

W dniu 19.12.2007r. Zamawiający, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1, 50-369 Wrocław, ul. M. Curie-Skłodowskiej 58, ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Suplement S, postępowanie na wykonanie zadania publicznego na dostawę stymulatorów serca wraz z elektrodami wg pakietów 1-5 w trybie przetargu nieograniczonego (Dz.Urz. UE, 2007/S 244-297159).

W dniu 28.01.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, m. in. w pakietach nr 1 i 2. W obu tych pakietach oferty złożyło trzech Wykonawców: BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., Medtronic Poland Sp. z o.o. oraz St. Jude Medical Sp. z o.o.; w obu pakietach Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez St. Jude Medical Sp. z o.o., w pakiecie nr 1 druga w kolejności punktacji była oferta złożona przez BIOTRONIK Polska Sp. z o.o., w pakiecie nr 2 natomiast – oferta złożona przez Medtronic Poland Sp. z o.o. Po otrzymaniu informacji o wyniku postępowania, w dniu 04.02.2008r. Odwołujący BIOTRONIK Polska Sp. z o.o. złożył protest dotyczący pakietów nr 1 i 2. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14.02.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 19.02.2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Do postępowania protestacyjnego w dniu 07.02.2008r. przystąpili Wykonawcy: St. Jude Medical Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego oraz Medtronic Poland Sp. z o.o. w zakresie zarzutów dotyczących własnej oferty – po stronie Zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących oferty St. Jude Medical Sp. z o.o. – po stronie Odwołującego.

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

1. Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty złożonej przez St. Jude Medical Sp. z o.o., mimo iż „nie sprecyzowała ona swojego świadczenia w ofercie” i, jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Medtronic Poland Sp. z o.o. mimo iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), ponieważ Zamawiający wymagał, aby skok częstości stymulacji wynosił 5, tymczasem z dokumentacji producenta sprzętu oferowanego przez Medtronic Poland Sp. z o.o. wynika, że „regulacje skoku tego parametru nie są spełnione w zakresie 60-70 ppm i 80-90 ppm”;

Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu poprzez zaniechanie powyższych czynności naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5 w zw. z art.91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 146 ust 1 pkt. 5 i 6 Prawa zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 pkt. 4 ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, art. 5 i 58 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 22 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez zaniechanie powyższych czynności i wnosi o:

1. unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu w częściach 1 i 2,
2. odrzucenie oferty wykonawcy St. Jude Medical Sp. z o.o. w częściach 1 i 2,
3. odrzucenie oferty Medtronic Poland Sp. z o.o. w części 2,
4. dokonanie wyboru oferty protestującego w częściach 1 i 2.

Odnosnie pierwszego zarzutu, Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu stwierdził, że oferta złożona przez St. Jude Medical Sp. z o.o. jest sporządzona zgodnie z SIWZ, a Zamawiający nie wymagał podania nazwy oferowanego sprzętu czy producenta (w formularzu cenowym brak odpowiedniej rubryki), lecz jedynie oświadczenia o spełnianiu przez oferowany sprzęt wymaganych w SIWZ parametrów. Nie dopatrywał się również w ofercie złożonej przez St. Jude Medical Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazał także, iż jeżeli zdaniem Protestującego przedmiot zamówienia określono w sposób

niezgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych, termin na oprotestowanie tej czynności minął 14 dnia od ogłoszenia i upublicznienia SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez Medtronic Poland Sp. z o.o., Zamawiający stwierdził, iż „brak możliwości zaprogramowania dwóch wartości częstotliwości wynika z precyzyjnie przemyślanego algorytmu, który pozwala wykonać podstawowy test funkcjonalności układu stymulującego bez konieczności stosowania skomplikowanych urządzeń.”

Do postępowania odwoławczego przystąpiły:

1. w dniu 25.02.2008r. St. Jude Medical Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego,
2. w dniu 28.02.2008r. Medtronic Poland Sp. z o.o., precyzując na posiedzeniu poprzez złożenie oświadczenia do protokołu, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących własnej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji postępowania, akt sprawy oraz stanowisk Stron ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do interesu prawnego Odwoływającego – zarzuty podnoszone w złożonych środkach ochrony prawnej dotyczą zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia w pakiecie nr 1 – jednej oferty, a w pakiecie nr 2 – dwóch ofert wyprzedzających ofertę Odwoływającego w punktacji, wg której dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej (zgodnie z pismem Zamawiającego z dn. 28.01.2008r., w aktach sprawy). W przypadku uznania zarzutów podnoszonych przez Odwoływającego za zasadne, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą w obu pakietach, a zatem niewątpliwie ma on interes prawny we wniesieniu odwołania.

Zarzuty dotyczące oferty St. Jude Medical Sp. z o.o., uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w pakiecie nr 1 i 2 nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty wynikające z twierdzenia Odwoływającego, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, a złożonej przez St. Jude Medical Sp. z o.o., co zdaniem Odwoływającego spowodowało naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5 w zw. z art.91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień Publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 146 ust 1 pkt. 5 i 6, art. 17 ust. 1 pkt. 4 ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, art. 5 i 58 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 22 Prawa

zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej są wniesione po terminie.

Zarzut ten w istocie dotyczy sposobu opisanego przedmiotu zamówienia i wymagań odnośnie parametrów w formularzach cenowych stanowiących załączniki do SIWZ. W formularzach brak rubryki w której należało podać nazwy urządzenia (producenta); taki sposób opisu przedmiotu zamówienia ani treść formularzy ofertowych nie były kwestionowane w toku postępowania, a pytania wykonawców dotyczyły wyłącznie sposobu określenia parametrów (ich zakresu).

Wskazać należy, iż nawet gdyby powyższy zarzut nie został wniesiony z uchybieniem terminu, również nie zostałby uwzględniony. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez podanie konkretnych parametrów technicznych i funkcjonalnych, które muszą być spełnione, przy czym nie wymagał podania w ofercie nazw i typów producenta. Umowa, zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, będzie zawarta na okres 12 miesięcy i obejmuje dwa pakiety. Dla pakietu nr 1 „Stymulatory serca SSIR z elektrodą komorową lub przedsionkową” przewidywana ilość dostarczanych stymulatorów wynosi 200, zaś dla pakietu nr 2 „Stymulatory serca DDDR z kompletem elektrod” – 180, z zastrzeżeniem, że dostawy towarów będą się odbywały w sposób sukcesywny, w ilościach i terminach uzgadnianych na bieżąco z Kierownikiem Działu Zaopatrzenia, a wielkość przedmiotu zamówienia może ulec zmniejszeniu, w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego (par. 3 wzoru umowy, ust. 3 i 4). Zamawiający precyzuje, jakie stymulatory mają zostać dostarczone, jedynie przez opis ich parametrów. Wobec powyższego uznać trzeba, że Zamawiający zamawia rzeczy oznaczone co do gatunku, a nie co do tożsamości. Taki opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ustawodawca przez „oznakowanie towarów” rozumie oznakowaniem samego towaru i jego opakowania, a nie zapisów umownych; zgodnie z wykładnią tego przepisu przez Odwoływającego, czynem nieuczciwej konkurencji byłoby nabywanie rzeczy oznaczonych co do gatunku).

W konsekwencji nie znalazłyby także (w razie wniesienia omawianych zastrzeżeń wobec SIWZ w terminie) potwierdzenia zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień publicznych, art. 17 ust. 1 pkt. 4 ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, art. 5 i 58 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 22 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W ocenie składu orzekającego, również nie zasługują na uwzględnienie zarzuty odwołania, dotyczące oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., drugiej wg przyznanej punktacji w pakiecie nr 2. Odwołujący stwierdza, że oferta złożona przez Medtronic Poland Sp. z o.o. nie jest zgodna z treścią SIWZ. Gdyby zarzut ten potwierdził się, oferta ta musiałaby zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający wymagał (formularz cenowy dla pakietu nr 2, strona 13 SIWZ, pkt 1 lit. f) zaoferowania częstości stymulacji w zakresie 30,35.....160ppm, z czego wynika, że skok częstości powinien wynosić co 5, natomiast w ofercie złożonej przez Medtronic Poland Sp. z o.o. zaproponowano stymulatory nie spełniające tego parametru dla częstości 60-70ppm i 80-90ppm, co wynika, jak twierdzi Odwołujący, z danych producenta, powołanych na rozprawie jako dowód (odpis tłumaczenia przysięgłego dokumentu „Sensia™ DR z SAV+ Medtronic. System rozrusznikowy. Parametry techniczne” w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odpis tego samego dokumentu znajduje się w ofercie Medtronic Poland Sp. z o.o. (s. 85 oferty, w aktach sprawy), w związku z czym nie stwierdzono konieczności powoływania przedmiotowego pisma jako nowego wniosku dowodowego i wniosku dowodowy Odwołującego w tym zakresie odrzuciła.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż w SIWZ nie określono wyraźnie wymogów co do częstości 65 i 85, dlatego nie było podstaw do odrzucenia oferty firmy MEDTRONIC jako niezgodnej z SIWZ. Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego, nie zakwestionowanego przez Odwołującego, zmiana co 5 (pięć) częstości skokowej stymulatorów wymaganych w obu pakietach jest istotna tylko przy niższych częstościach, i zamiarem Zamawiającego nie było żądanie skoku co 5 w pełnym wskazanym zakresie częstości, co wynika z celu, dla którego stymulatory mają służyć. Ponadto, gdyby nawet Zamawiający określił w sposób stanowczy oczekiwaną wielkość skoku częstości, z oświadczenia Medtronic Poland Sp. z o.o. wynika, że przypisanie częstości 65 i 85 do wskazania stanu naładowania baterii, co jest opisane w dokumencie „Sensia™ DR z SAV+ Medtronic. System rozrusznikowy. Parametry techniczne” nie jest przypisaniem ostatecznym i łatwo powrócić do wykorzystywania tych częstości metodami, niewymagającymi użycia nadzwyczajnych środków (przykładając magnes do rozrusznika bądź poprzez zaprogramowanie z poziomu programatora). Odwołujący nie zakwestionował powyższych oświadczeń. Wobec powyższych ustaleń nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

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

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....