

Sygn. akt KIO 783/14

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2014 r. przez Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi

przy udziale SKAMEX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością s. k. a. w Łodzi zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiemu Szpitalowi Klinicznemu im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralnemu Szpitalowi Weteranów w Łodzi unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 6 i 12 postępowania, odrzucenie oferty SKAMEX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością s. k. a. w Łodzi w częściach 6 i 12 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża SKAMEX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością s. k. a. w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od SKAMEX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością s. k. a. w Łodzi na rzecz Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa staplerów i siatek przepuklinowych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 października 2014 r. pod numerem 2013/S 194-334039.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 kwietnia 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. W części (pakiecie) 6 i 12 zamawiający wybrał ofertę złożoną przez SKAMEX Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością s. k. a. w Łodzi, dalej: „SKAMEX”. W związku z wyborem najkorzystniejszej oferty w tych częściach Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 18 kwietnia 2014 r..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór ofert firmy SKAMEX w zakresie pakietu nr 6 i nr 12 SIWZ jako najkorzystniejszych, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia ofert tego wykonawcy;
- art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór ofert firmy SKAMEX w zakresie pakietu nr 6 i nr 12 SIWZ jako najkorzystniejszych;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty firmy SKAMEX w zakresie pakietu nr 6 i nr 12 SIWZ dotyczących dostawy staplerów, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że jej treść nie odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru ofert odwołującego w zakresie pakietu nr 6 i nr 12 SIWZ jako najkorzystniejszych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert firmy Skamex dotyczących pakietów nr 6 i nr 12 jako niespełniających wymogów SIWZ, unieważnienia czynności zamawiającego polegających na wyborze ofert SKAMEX dotyczących pakietów nr 6 i 12 dotyczących dostawy staplerów oraz wyboru ofert

odwołującego dotyczących pakietów nr 6 i nr 12 jako najkorzystniejszych. Żądał również zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu znajdujących się w aktach postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący odnośnie niespełniania przez ofertę firmy SKAMEX wymogów SIWZ dla pakietu nr 6 wskazał, że zamawiający oczekiwał staplerów opisanych następująco: „Jednorazowy stapler okrężny wygięty z kontrolowanym lub automatycznym dociskiem tkanki. Rozmiary staplera 28 lub 29 i 33 mm. Wysokość otwartej zszywki w przypadku staplerów z płynną kontrolą wysokości 5,5 mm, a w przypadku staplerów z automatycznym dociskiem wszystkie dostępne wysokości bilateralnie spłaszczonych zszywek dla poszczególnych średnic oferowane przez producenta. Ergonomiczny uchwyt staplera pokryty antypoślizgową gumową powłoką. Zamawiający każdorazowo określa rozmiar staplera przy składaniu zamówienia”.

Odwołujący powołał, że SKAMEX zwrócił się do zamawiającego o możliwość dopuszczenia oferty o innych rozmiarach staplera (na co uzyskał zgodę zamawiającego), o innej wysokości otwartej zszywki oraz z ergonomicznym uchwytem pokrytym antypoślizgową plastikową powłoką na co zamawiający nie wyraził zgody.

Odwołujący podniósł, że SKAMEX zaoferował staplery firmy „Purple Surgical”, która na stronie internetowej umieściła dokładne parametry techniczne sprzedawanych produktów, w tym staplerów okrężnych. Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej „Purple Surgical” jednoznacznie wynika, iż zaoferowany przez SKAMEX stapler okrężny o numerze katalogowym PS9CS32S posiada zszywki o niedopuszczalnej zgodnie z SIWZ wysokości 5.0 mm.

Zarzucił, że wysokość zszywek zaoferowana przez SKAMEX jest niezgodna z odpowiedzią zamawiającego. Zaoferowane przez SKAMEX staplery o średnicy 29 mm mają zszywki o wysokości 4,8 mm, zaś staplery o średnicy 32 mm mają zszywki o wysokości 5,0 mm, na co również nie zgodził się zamawiający. Niezgodność staplerów SKAMEX potwierdza także strona katalogowa produktu.

Odwołujący wywiódł, że jeżeli SKAMEX nie posiadał staplerów z zszywkami bilateralnie spłaszczonymi to powinien zaoferować staplery ze zszywkami otwartymi o wysokości 5,5 mm, czego nie uczynił.

Odwołujący powołał, że wobec powstania wątpliwości co do zgodności oferty SKAMEX z wymogami SIWZ zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2014 r. zwrócił się o wyjaśnienia. W odpowiedzi z 19 marca 2014 r. SKAMEX wskazał, iż zamawiający w pakiecie nr 6 w poz. 1 dopuścił „wszystkie dostępne wysokości bilateralnie spłaszczonych zszywek oferowanych w

sztaplerach. Odwołujący zarzucił, że zaoferowane przez SKAMEX staplery nie posiadają zszywek

Zdaniem odwołującego – wbrew pogładowi SKAMEX - co innego oznacza zszywka bilateralnie spłaszczona, a zupełnie co innego zszywka, która przyjmuje po zamknięciu kształt dużej litery „B”. „Bilateralność” nie pochodzi od „B” tylko od dwustronności spłaszczenia drutu. Zszywka przyjmująca kształt litery „B” po zamknięciu nie jest nawet zszywką spłaszczoną w potocznym znaczeniu. Gdyby zszywka przyjmowała kształt spłaszczony po zamknięciu oznaczałoby to, że jest za ciasna, co może skutkować zmiężdżeniem tkanki i nie zapewnieniem prawidłowego krążenia w miejscu wykonania zespolenia. Taka sytuacja doprowadziłaby bardzo szybko do powstania martwicy, rozejścia się zespolenia i poważnych powikłań.

Odwołujący podniósł, że bilateralnie spłaszczenie zszywki odnosi się do konstrukcji zszywki przed jej zamknięciem. Zarzucił, że zszywka oferowana przez SKAMEX jest wykonana z drutu o przekroju okręgu, natomiast zszywka bilateralnie spłaszczona jest wykonana z drutu technologicznie dwustronnie spłaszczonego.

Kolejno odwołujący wskazał, że stapler oferowany przez SKAMEX nie posiada wymaganej rękojeści pokrytej gumą antypoślizgową, zaś wykonany jest z plastiku. Gumą pokryta jest jedynie dźwignia spustowa staplera, a nie jego uchwyt, co jest jednym z elementarnych wymogów wskazanych w SIWZ. Powołał, że w załączonym wydruku z katalogu staplera ze strony internetowej widnieje także informacja, iż stapler posiada antypoślizgową nakładkę spustu, a nie wymagany przez zamawiającego „ergonomiczny uchwyt staplera pokryty antypoślizgową gumową powłoką”.

Odwołujący ocenił, że zamawiający jednoznacznie i celowo określił wymogi co do uchwytu staplera, bowiem uchwyt jest częścią, za którą operator wprowadza stapler w tkanki pacjenta, manewruje nim i przygotowuje do wykonania zespolenia. Niezwykle istotne jest zatem, aby stapler podczas umieszczania go w jelicie nie wyślizgnął się operatorowi z rąk.

Powołał, że wyjaśnienia SKAMEX udzielone na wezwanie do złożenia wyjaśnień, iż „oferowany stapler posiada antypoślizgowy teksturowany uchwyt gumowej części chwytnej” są niezgodne z materiałami informacyjnymi przedstawionymi na stronach internetowych produktu oraz ze stanem faktycznym. Z załączonych fotokopii, wynika że staplery nie posiadają żadnych gumowych elementów na uchwycie. Jedynym gumowym elementem jaki widnieje na sztaplerze oferowanym przez SKAMEX jest jego spust, który z całą pewnością nie jest uchwytem.

W odniesieniu do pakietu nr 12 odwołujący podniósł, że zamawiający w poz. 1 wymagał złożenia oferty na staplery o następujących parametrach technicznych:

„Jednorazowa rączka staplera liniowego z nożem wbudowanym w ładunek i sekwencyjną regulację wysokości zszywek* osobno pakowany, kompatybilny ładunek przeznaczony do tkanki standardowej (1,5mm po zamknięciu), pośredniej (1,8 mm po zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu), posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D o długości Unii szwu 81 mm. Ilość szt. w op.=36 lub op.-72 szt. lub op.=3 szt.”

Natomiast pozycję nr 2 zamawiający opisał:

„Uniwersalny ładunek do jednorazowego stapiera liniowego z nożem posiadającego sekwencyjną regulację wysokości zszywek przeznaczonych do tkanki standardowej (1,5mm po zamknięciu) pośredniej (1,8 mm po zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu). Ładunek posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii 3D o długości linii szwu 81 mm (nóż zintegrowany z ładunkiem .op.-72 szt. lub op-144 szt. lub op=6 szt.”

W zakresie tego pakietu SKAMEX w pozycji nr 1 złożył ofertę na staplery firmy Ultimate Stapler Tnący (PS9LC80G lub PS9LC80B) zaś w pozycji nr 2 na ładunek Ultimate Stapler Tnący (PS9LCR80G lub PS9LCR80B).

Zamawiający wyjaśniając postanowienie SIWZ wyraził zgodę na zaoferowanie jednorazowego staplera liniowego zamykająco tnącego, załadowanego ładunkiem z nożem stanowiącym całość ładunku, o długości linii szwu 80 mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki obustronnie spłaszczone na całej długości. Zszywki do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub do tkanki grubej (2,0 mm po zamknięciu). Stapler posiada ruchomą dźwignię spustową umożliwiającą odpalenie staplera na dwie strony; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę; stapler posiada oddzielny przycisk otwierania staplera.

Odwołujący podniósł, iż zaoferowane przez SKAMEX staplery i ładunki do staplerów nie posiadają zszywek wykonanych z drutu obustronnie spłaszczonego (bilateralnie spłaszczone zszywki). Powołał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego SKAMEX wskazał, że zaoferował staplery liniowe zamykająco-tnące załadowane ładunkiem z nożem oraz ładunki do nich kompatybilne z dwoma podwójnymi rzędami zszywek po zamknięciu, przyjmujące kształt obustronnie spłaszczonych. W tym zakresie odwołujący powołał argumentację podniesioną w zakresie pakietu nr 6.

Zamawiający pisemnym oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

SKAMEX przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i przystępujący podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Postanowienia SIWZ, treść pytań do SIWZ, udzielonych odpowiedzi oraz wezwania zamawiającego i udzielonych przez SKAMEX odpowiedzi zostały przywołane w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba przyjmuje je za ustalenia własne.

Izba dokonała oceny pozostałych powołanych dowodów, rozważyła również stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie. Dowody powołane na rozprawie i nie wymienione w treści uzasadnienia Izba pominęła, jako pozbawione doniosłości dla rozpoznania zarzutów. W szczególności nie ma znaczenia dowód z prezentacji filmu instruktażowego staplera oferowanego przez odwołującego w części 6. Zarzuty odwołania nie dotyczą oferty odwołującego.

Odwołanie jest zasadne.

Odnosnie zarzutów dotyczących zszywek Izba zważyła, że w pakiecie nr 6 zamawiający wymagał albo staplerów z zszywkami standardowymi o określonych wysokościach albo zszywek bilateralnie spłaszczonych.

Nie ma sporu co do tego, że zszywki zaoferowane przez SKAMEX mają wysokość niedopuszczoną przez zamawiającego. Osią sporu jest zatem wyłącznie ocena, czy zszywki te można uznać za bilateralnie spłaszczone.

Wskazaną podstawę sporu potwierdza również tok argumentacji przystępującego, który broniąc się przed zarzutami dotyczącymi zszywek powołał dwa argumenty. Podnosił po pierwsze, że opis dokonany przez zamawiającego był niejednoznaczny. Po drugie, że

zaoferowane zostało rozwiązanie równoważne opisanemu, ku czemu podstawę stanowiło postanowienie rozdziału II pkt 2 SIWZ.

W postanowieniu tym zamawiający w sytuacji podania w SIWZ znaku towarowego albo patentu zezwolił na zaoferowanie rozwiązania równoważnego o parametrach nie gorszych niż opisane.

Izba nie podzieliła przekonania o równoważnym charakterze zszywek oferowanych przez SKAMEX. Przede wszystkim, w treści SIWZ nie znajduje się odwołanie do znaku towarowego, ani patentu Johnson & Johnson lub odwołującego. Twierdzenie przystępującego, że opis przedmiotu zamówienia do nich się odwołuje pozostało całkowicie gołosłowne. Nie można pominąć, że odwołujący złożył oświadczenie przeciwne, wskazując, że przedmiotem jego patentu jest technologia DST, nie zaś przekrój zszywek. Z braku przedstawienia dowodu przez przystępującego, Izba uznała oświadczenie te za wiarygodne. Nie można też pominąć, że w toku badania oferty przystępujący nie wywodził zaoferowania rozwiązania równoważnego, zatem argumentacja ta nie odnosi się do rzeczywistego stanu rzeczy, lecz ma znaczenie wyłącznie erystyczne.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, co do niejasności pojęcia „zszywki bilateralnie spłaszczone”. Ze stanowisk zaprezentowanych na rozprawie oraz złożonych dowodów wynika, że aktualnie w obrocie występują dwa rodzaje zszywek różniących się przekrojem (średnicą) tj. okrągłe albo dwustronnie (bilateralnie) spłaszczone. Zatem wskazywana w wyjaśnieniach przez SKAMEX różnica w nomenklaturze, co do opisu wymagań zamawiającego w części 6 i 12, gdzie użyto pojęć odpowiednio „zszywki bilateralnie spłaszczone” i „zszywki dwustronnie spłaszczone na całej długości” nie ma istotnego znaczenia, gdyż opisuje zszywkę o takich samych cechach.

Dostrzec też trzeba, że w opisie zamawiający odniósł określenie „bilateralnie spłaszczonych” do poszczególnych średnic zszywek. W konsekwencji zszywka bilateralnie spłaszczona zszywka to zszywka o spłaszczonym przekroju (średnicy), więc taka, która jest wykonana z drutu o przekroju spłaszczonym z dwóch stron. Niesporne jest, że zszywki oferowane przez odwołującego są wykonane z drutu o przekroju okrągłym i posiadają wysokość inną, niż wymagana przez zamawiającego, zatem wymagania SIWZ co do części 6 nie zostały spełnione.

Oczywistym jest przy tym, że „spłaszczenie” zszywki może odnosić się wyłącznie do przedmiotu dostawy, czyli zszywek gotowych do użycia. Przedmiot, który ma kształt litery „U” nie może być uznawany za bilateralnie (obustronne) spłaszczony.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący braku pokrycia gumą uchwytu staplera w części 6.

Postępowania dowodowe wykazało, że wszystkie staplery oferowane w postępowaniu są skonstruowane w ten sposób, że posiadają rękojeść oraz spust (część używaną do umieszczenia zszywki w ciele pacjenta – zgodnie z nomenklaturą, którą posługiwano się na rozprawie „wykonania strzału”). Z trzech staplerów okazanych przez odwołującego na rozprawie dwa tj. odwołującego i Johnson & Johnson pokryte są gumą na rękojeści i spuście, natomiast stapler oferowany przez przystępującego posiada gumowe pokrycie wyłącznie na fragmencie spustu (dowód z oględzin staplerów oferowanych w części 6 przez SKAMEX, odwołującego i Johnson & Johnson).

Poszukując desygnatu określenia „uchwyt” użytego w opisie przedmiotu zamówienia w części 6 Izba uznała, że pojęcia, które zostały użyte przez zamawiającego, o ile nie zostały zdefiniowane w SIWZ, należy interpretować zgodnie z ich powszechnie przyjętym znaczeniem. Zgodnie z definicją słownikową „uchwyt” to część jakiegoś przedmiotu lub narzędzia służąca do chwytania go ręką (za słownikiem PWN). Zatem niezależnie od techniki jaką posługują się użytkownicy staplera (zamawiający wskazywał bowiem, że część personelu medycznego chwyta stapler nie za rękojeść, lecz właśnie za spust), część staplera, za pomocą której wykonywany jest strzał nie może być utożsamiana z uchwytem. Wykładnia postanowień SIWZ nie może bowiem prowadzić do nadania pojęciom ogólnie znanym znaczenia innego, niż powszechnie przyjęty.

Izba uznała zatem, że przez zaniechanie odrzucenia oferty SKAMEX zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż niezgodność oferty przystępującego z SIWZ nie jest omyłką podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

Odrzuceniu podlega oferta SKAMEX w częściach 6 i 12, a to wobec faktu, że odwołujący zarzut dotyczący zszywek adresował do obu wymienionych części, a przystępujący również prezentował swoje stanowisko łącznie. Izba uwzględniła również stanowisko zamawiającego, że przygotowując SIWZ posługuje się elementami opisu przedmiotu zamówienia, przygotowanymi przez lekarzy z różnych oddziałów, co powoduje, że opisy te mimo, iż dotyczą tego samego produktu różnią się.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: