

Sygn. akt KIO/UZP 1124/09

WYROK

z dnia 23 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Renata Tubisz
Izabela Kuciak**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **St. JUDE Medical Sp. z o.o., ul. Smoleńskiego 1/2, 01-698 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** protestu z dnia 16 lipca 2009 r.

przy udziale **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **St. JUDE Medical Sp. z o.o., ul. Smoleńskiego 1/2, 01-698 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **St. JUDE Medical Sp. z o.o., ul. Smoleńskiego 1/2, 01-698 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **St. JUDE Medical Sp. z o.o., ul. Smoleńskiego 1/2, 01-698 Warszawa.**

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu do zabiegów neurochirurgicznych do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 22 maja 2009 roku pod numerem 2009/S 97-139683.

Zamawiający dnia 8 lipca 2009 roku przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 16 lipca 2009 roku wykonawca ST. Jude Medical sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest wobec następujących czynności oraz zaniechań Zamawiającego:

- a) nieodrzczenia oferty Medtronic w ramach zadania nr 5;
- b) wyboru oferty Medtronic w ramach zadania nr 5;
- c) zaniechania wyboru oferty SJM w ramach zadania nr 5.

Zaskarżonym w punktach zaniechaniom i czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy Pzp polegające na nieodrzczeniu oferty Medtronic, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w konsekwencji niewybranie oferty złożonej przez SJM.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 183 ust. 5 ustawy Pzp wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru ofert w ramach zadania nr 5;
- dokonanie ponownej oceny ofert w ramach zadania nr 5;
- odrzucenie oferty Medtronic w ramach zadania nr 5;
- wybór oferty SJM w ramach zadania nr 5.

Uzasadniając stwierdził, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ oferowane w ramach zadania nr 5 stymulatory rdzeniowe do zwalczania bólu przewlekłego powinny spełniać m.in. następujące warunki techniczne:

- 1) możliwość ustawienia 24 programów;
- 2) w zestawie programator pacjenta umożliwiający pełną obsługę generatora łącznie z programowaniem.
- 3) zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ elektrody do stymulatorów rdzeniowych powinny mieć długość przewodu 30 lub 60cm.

Zaoferowane przez Medtronic w ramach zadania nr 5 stymulatory rdzeniowe oraz elektrody nie spełniają żadnego z wyżej wymienionych warunków granicznych.

Stymulatory rdzeniowe Synergy zaoferowane przez Medtronic posiadają jedynie możliwość ustawienia 2 programów. Tym samym nie spełniają one warunku w postaci możliwości ustawienia 24 programów. Takie stymulatory nie tylko nie spełniają warunku granicznego wskazanego w załączniku nr 5 do SIWZ, ale też znacznie niższa jest skuteczność terapii prowadzonej z ich użyciem. Programatory pacjenta stanowiące część stymulatorów Synergy zaoferowanych przez Medtronic nie mają możliwości pełnej obsługi generatora łącznie z oprogramowaniem. Oznacza to, iż stymulatory zaoferowane przez Medtronic nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia zamieszczonemu w SIWZ. Ponadto powoduje to znaczne ograniczenia w obsłudze stymulatora przez samego pacjenta.

Elektrody zaoferowane przez Medtronic nie spełniają natomiast warunku w postaci przewodu elektrody o długości 30 lub 60 cm. Oferowane przez Medtronic przewody elektrody występują jedynie w długościach 33, 45 lub 56 cm. Tym samym nie odpowiadają one opisowi przedmiotu zamówienia zamieszczonemu w załączniku nr 5 do SIWZ.

Jak wynika z powyższego, oferta Medtronic w ramach zadania nr 5 nie spełnia 3 kryteriów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w załączniku nr 5 do SIWZ. Z tego względu oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 17 lipca 2009 roku (pismem z dnia 16 lipca 2009 roku) Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 20 lipca 2009 roku wykonawca Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty dotyczące załącznika Nr 5:

- 1) możliwość ustawienia 24 programów;
- 2) w zestawie programator pacjenta umożliwiający pełną obsługę generatora łącznie z programowaniem.

wnosząc o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty MDT w ramach zadania nr 5;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty MDT w ramach zadania Nr 5;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w ramach zadania Nr 5 oraz dokonania wyboru oferty SJM.

Dnia 11 września 2009 roku do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Medtronic Poland sp. z o.o.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, na rozprawie, z zastrzeżeniem w odniesieniu do Odwołującego - uwzględnienia wyłącznie oświadczeń pełnomocnika Odwołującego Pani Aleksandry M.-K., ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia, w zakresie zadania Nr 5 dookreślił, iż w zakresie stymulatorów rdzeniowych do zwalczania bólu przewlekłego koniecznym jest, aby stymulatory rdzeniowe posiadały:

- 1) możliwość ustawienia 24 programów,
- 2) w zestawie programator pacjenta umożliwiający pełną obsługę generatora łącznie z programatorem,
- 3) programator zewnętrzny.

Przystępujący – firma Medtronic Poland sp. z o.o. zaoferowała stymulator rdzeniowy Synergy 7427 firmy Medtronic.

Zgodnie z ulotką załączoną do pisma procesowego z dnia 9 września 2009 roku „Neurostymulator model Synergy 7427 jest tak zaprojektowany, żeby pomieścić dwa przedłużenia i funkcjonować w działaniu dwuprogramowym i jednoprogramowym. W działaniu dwuprogramowym wszystkie elektrody są dostępne na każdym programie. Amplituda, szerokość impulsu i biegunowość elektrod ustawia się niezależnie dla każdego programu, co pozwala na to, żeby wartości parametrów dla Programu 1 były inne niż dla Programu 2”. Powyższą informację potwierdził na rozprawie również pełnomocnik Przystępującego, zaznaczając, iż jeżeli którykolwiek z parametrów ustawionych w danym programie się zmieni, to zmienia się również cały program, tworząc nowy program. Zdaniem Przystępującego, dzięki takiemu rozwiązaniu można tworzyć nawet do 64 programów. Jednakże na uwagę zasługuje fakt, iż w dalszym ciągu, oferowany neurostymulator może mieć zdefiniowane tylko 2 programy, między którymi może operować pacjent z niego korzystający.

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dookreślił przedmiotowy parametr w ten sposób, iż oferowany neurostymulator ma możliwość ustawienia 24 programów, jednakże programy te nie muszą zostać ustawiane jednocześnie. W przeciwnym, bowiem razie postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmiałoby w sposób następujący „możliwość ustawienia jednocześnie 24 programów”. Skoro zatem Zamawiający nie wymagał funkcji umożliwiającej jednoczesne zdefiniowanie 24 programów, to tym samym Zamawiający nie miał możliwości ani obowiązku odrzucać oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt, który na rozprawie podnosił Odwołujący, a który potwierdził Przystępujący, iż firma Medtronic dysponuje neurostymulatorami nowocześniejszej konstrukcji, pozwalającej na jednoczesne ustawienie parametrów stymulatora na 24 programy, nie może automatycznie powodować sytuacji do stawiania zarzutów Zamawiającemu wobec oferty Przystępującego. W świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta Przystępującego odpowiada treści s.i.w.z. i jako taka

nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 19 marca 2008 roku., sygn. akt KIO/UZP 201/08, gdzie Izba stwierdziła, iż „(...) należy stwierdzić, że neurostymulator, który (...) został zaoferowany przez Medtronic spełnia również wymagania Zamawiającego. Różnica polega na tym, że programów (różnych układów konfiguracji) nie można zdefiniować w generatorze urządzenia, ale po wykasowaniu dotychczasowych ustawień, możliwe jest kolejne skonfigurowanie parametrów stymulacji a więc możliwe jest ustawienie nowego programu. Fakt, że nie następuje zapisanie w pamięci urządzenia kolejnych ustawień a więc kolejnych programów, świadczy jedynie o tym, że urządzenia te można zaliczyć do grupy urządzeń prostszych, mniej zaawansowanych, jednakże w świetle powyższego nie sposób uznać, że produkty te nie spełniają wymagań Zamawiającego.”.

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego nie spełnienia parametru oferowanego przez Przystępującego urządzenia, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający stawiając wymóg, aby oferowany neurostymulator posiadał w zestawie programator pacjenta umożliwiający pełną obsługę generatora łącznie z programatorem, zdaniem Izby miał na względzie przede wszystkim bezpieczeństwo pacjenta, które charakteryzuje się przede wszystkim dbałością o możliwość regulacji posiadanego stymulatora w zakresie jego programowania.

Jeżeli chodzi o programowanie generatora, to tak jak przy uzasadnieniu wcześniejszego zarzutu stwierdzić należy, iż oferowany przez Przystępującego neurostymulator posiada zdolność do jego programowania w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, to jest 24 programów, w tym dwóch zdefiniowanych. Tak jak wcześniej to już zostało stwierdzone, program ulega zmianie na nowy program przez zmianę jednego z jego parametrów, np. natężenia prądu. Tym samym parametr powyższy w tym zakresie został spełniony.

Odnosząc się zaś do drugiego elementu parametru, dotyczącego pełnej obsługi generatora, to Izba przyznaje w tym zakresie rację Przystępującemu w zakresie rozumienia powyższego postanowienia, iż zakres pełnej obsługi generatora w odniesieniu do programatora (tzw. pilota) pacjenta, musi umożliwiać pacjentowi jego pełną obsługę, ale tylko w zakresie, w jakim pacjent został do tego przeszkolony i umożliwia mu to posiadana wiedza, z wyłączeniem czynności zastrzeżonych dla lekarza.

Przystępujący zaoferował neurostymulator, w którym pacjentowi umożliwiono pełną obsługę generatora łącznie z programowaniem w zakresie 3 parametrów, możliwych do ustawienia przez pacjenta oraz dwóch programów zdefiniowanych. Dodatkowo, zgodnie z wymogiem Zamawiającego Przystępujący załączył dodatkowy programator zewnętrzny, który pozostaje do wyłącznej dyspozycji lekarza, dzięki któremu lekarz zadaje parametry dla generatora oraz definiuje programy w zakresie niedostępnego dla pacjenta poziomu.

Tym samym Przystępujący wypełnił żądanie Zamawiającego w powyższym zakresie, oferując stosowny neurostymulator, spełniający parametry określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe stwierdzenia przesądzają o bezpodstawności stawianych przez Odwołującego zarzutów.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....