

Sygn. akt: KIO 1846/14

WYROK

z dnia 16 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2014 r. przez **wykonawcę - Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki, ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź**,

przy udziale **wykonawcy – M. B., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą M. A. B. Top-Med, ul. E. Szczanieckiej 7/7, 93-342 Łódź**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę - Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy - Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** kwotę **18 881 zł 68 gr**(słownie: osiemnaście tysięcy osiemset

osiemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt osiem groszy) na rzecz **zamawiającego – Instytutu Centrum Zdrowia Matki Polki, ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów strony poniesionych z tytułu dojazdu na rozprawę i uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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

I. Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę nici chirurgicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 lutego 2014 r., poz. 2014/S 038-062426. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 8 września 2014 r. Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 26 i zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z prowadzonego postępowania TOP-MED M. B. (dalej „TOP-MED”) z uwagi na złożone celowo przez TOP-MED nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania i naruszenie art. 24 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOP-MED, który powinien zostać wykluczony z postępowania,
 - ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie w zakresie Pakietu nr 26 odrzucenia oferty TOP-MED.;
2. naruszenie art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 26, czyli oferty Odwołującego;
3. naruszenie art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie za najkorzystniejszą w zakresie Pakietu nr 26 oferty wykonawcy TOP-MED, który powinien zostać wykluczony z postępowania i którego oferta powinna zostać odrzucona;
 - ewentualnie wybór oferty TOP-MED sprzecznej z treścią SIWZ.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie nieprawdziwych informacji, złożonych celowo przez wykonawcę, które miały wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego TOP-MED w postępowaniach przetargowych, w których bierze udział, wielokrotnie modyfikuje ulotki/katalogi/materiały informacyjne oferowanych produktów

tak, aby spełniać warunki opisu przedmiotu zamówienia stawiane przez poszczególnych zamawiających.

Zwracał uwagę, że wprowadzane przez wykonawcę zmiany stoją w sprzeczności z oficjalną dokumentacją producenta. W celu wykazania powyższej okoliczności Odwołujący sporządził zestawienie porównawcze, obejmujące produkty zaoferowane przez TOP-MED w wybranych postępowaniach przetargowych prowadzonych na terenie Polski w kontekście produktów zaoferowanych w niniejszym postępowaniu oraz katalogiem producenta:

1) Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu.

2) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu.

Odwołujący wskazywał, że TOP-MED zaoferował produkt (w zakresie niektórych pozycji), który nie znajduje odzwierciedlenia w katalogu producenta oraz stoi w sprzeczności z katalogami załączonymi w innych postępowaniach. W niniejszym postępowaniu TOP-MED zaoferował produkty o takich cechach, którymi, zgodnie z katalogiem, producent nie dysponuje.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, że igły przeciwzakłuciowe nie są tożsame z igłami tępymi. Igła Ethigurad (przeciwzakłuciowa) została zaprojektowana w celu minimalizacji urazów powstałych przy wkłuciu. Koniec igły jest dość ostry, aby przechodzić przez powięź, mięśnie, tkanki miękkie czy narządy mięsiste takie jak np. wątroba a jednocześnie uniemożliwia przejście przez skórę. Zapewniając operatorowi pełne bezpieczeństwo.

Igła tępa natomiast ze względu na swoją budowę jest zalecana jedynie do narządów mięsistych.

Ponadto Odwołujący zwracał uwagę na niezgodności pomiędzy załączonym do oferty katalogiem a katalogiem producenta w zakresie podtrzymywania tkankowego. Zgodnie z katalogiem producenta nic charakteryzuje się podtrzymywaniem tkankowym między 40-50% po 21 dniach, natomiast w załączonym do oferty katalogu znajdują się zupełnie inne dane (m.in. 10% w piątym tygodniu), niekorelujące z informacjami znajdującymi się w oficjalnym katalogu.

Odwołujący wskazywał, że we wspomnianym wyżej postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu TOP-MED zaoferował produkty o jeszcze innych parametrach.

Zgodnie z załączonym do oferty katalogiem podtrzymywanie tkankowe wynosi 30 dni.

Zdaniem Odwołującego, przedstawiona przez niego argumentacja jednoznacznie potwierdza, że TOP-MED podał informacje nieprawdziwe celowo, świadomie wprowadzając w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego. W zaistniałym stanie faktycznym nie może być mowy o nieumyślnym działaniu ze strony wykonawcy, ponieważ

wykonawca każdorazowo na potrzeby różnych postępowań przetargowych odpowiednio „modyfikuje” załączany do oferty katalog, który jednakże stoi w skrajnej sprzeczności z oficjalnym katalogiem producenta. W ocenie Odwołującego, jedynym słusznym katalogiem producenta, jaki można brać pod uwagę, jest katalog załączony przez Odwołującego do odwołania, w tłumaczeniu przysięgłym. Dodatkowo wskazywał, że podanie przez TOP-MED nieprawdziwych informacji niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie zwracał uwagę, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Z ostrożności wskazywał, że złożona przez TOP-MED w prowadzonym postępowaniu oferta nie spełnia podstawowego wymogu stawianego przez Zamawiającego, a zatem niezależnie od przesłanek do wykluczenia TOP-MED z toczącego się postępowania zachodzą podstawy do odrzucenia oferty TOP-MED w zakresie Pakietu nr 26 z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 26,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności:
- 3) nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania wykluczenia z postępowania TOP-MED oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
 - ewentualnie odrzucenie oferty TOP-MED jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.
- 4) dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia;
- 5) dopuszczenie dowodu z oględzin zaproponowanych przez TOP-MED produktów w ramach pakietu nr 26 Pozycja nr 11 na okoliczność ustalenia, czy zaproponowane produkty są igłami okrągłymi wzmocnionymi rozwarstwiającymi,
- 6) zobowiązanie przez Krajową Izbę Odwoławczą Zamawiającego do przedstawienia próbek, które zostały załączone do oferty przez TOP-MED w ramach Pakietu nr 26,
- 7) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed KIO.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła M. B., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. A. B. Top-Med w Łodzi (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert dla pakietu nr 26.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Podstawowym zarzutem odwołania było zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w związku z podaniem nieprawdziwych informacji poprzez zmodyfikowanie przez Przystępującego katalogu producenta odpowiednio do postępowania, w którym Przystępujący składa ofertę. Tak postawiony zarzut jest w ocenie Izby nieuzasadniony; można byłoby rozważać w tym kontekście podanie nieprawdziwych informacji ewentualnie wówczas, gdyby Przystępujący modyfikował katalog bez wiedzy i zgody producenta, tego jednak Odwołujący nie zarzucał (co nie mogłoby i tak znaleźć potwierdzenia, wobec faktu, że producent pisemnie potwierdził katalog załączony przez Przystępującego do jego oferty). Każdorazowe dostosowanie katalogu do wymogów danego postępowania nie może być uznawane za jakiegokolwiek uchybienie; przeciwnie, świadczy, że Przystępujący ma świadomość co do wymogów Zamawiającego i możliwości producenta dostosowania produktów do jego oczekiwań. Przystępujący nie oferował produktów ze standardowego katalogu – takie faktycznie zapewne musiałyby być odrzucone ze względu na niezgodność parametrów oferowanych produktów z treścią SIWZ – ale produkty odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w takim działaniu trudno się dopatrzeć postępowania niezgodnego z przepisami prawa czy panującymi zwyczajami. Dostosowania katalogu oferowanych wyrobów do wymogów SIWZ, za wiedzą i zgodą producenta, z całą pewnością nie można uznać za podanie nieprawdziwych informacji. Odwołujący nie zarzucał, że dany produkt nie istnieje czy nie może zostać wyprodukowany - jedynie, że zaoferowane w tym postępowaniu przez Przystępującego produkty odbiegają od produktów standardowych. W ocenie Izby nie

można uznać katalogu załączonego przez Odwołującego do odwołania jako „jedynie słuszny” – producent może oferować urządzenia spoza katalogu, bądź urządzenia katalogowe modyfikowane. I tak, przykładowo, w „standardowym” katalogu występuje pozycja oznaczona numerem katalogowym „1550 1422” (zgodnie z dokumentem, którego kopię złożył Odwołujący do akt na rozprawie), a w niniejszym postępowaniu Przystępujący zaoferował produkt oznaczony w sposób następujący „1550 1422 wzmocniona P26p8” (zgodnie z ofertą Przystępującego, strona 43; kopia oferty i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania). Ponadto Przystępujący złożył do akt pismo producenta z dnia 12 września 2014 r. (przy skoroszycie zawierającym konspekt jego stanowiska prezentowanego na rozprawie), potwierdzające, że katalog załączony do oferty przez Przystępującego jest zgodny z wymaganiami z SIWZ. Producent oświadczył również, że „powyższe produkty [oferowane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia] produkowane są na specjalne zamówienie i w związku z powyższym ich numery referencyjne, oznaczenia oraz symbole na opakowaniu mogą różnić się od tych istniejących na stronie internetowej”, z czego wynika, że producent miał świadomość co do „modyfikacji” katalogu załączonego do oferty Przystępującego, a więc ma możliwość wyprodukowania oferowanych produktów.

Okoliczność, że w innych postępowaniach Przystępujący oferuje produkty dostosowane do wymogów innych zamawiających, nie ma żadnego znaczenia dla oceny oferty Przystępującego złożonej w niniejszym postępowaniu. Dlatego nie miały znaczenia oznaczenia katalogowe z katalogu producenta, którego produkty oferuje Przystępujący, przywoływane przez Odwołującego dla innych postępowań; tym bardziej nie miało znaczenia, że Odwołujący przywoływał inne postępowania błędnie czy nie można było ich w ogóle zidentyfikować.

Reasumując, zarzut podania nieprawdziwych informacji był nietrafny, dlatego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, co miało nastąpić przez niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w związku z zaoferowaniem igły, która, wbrew wymaganiom Zamawiającego nie jest przeciwzakłuciowa, i nieprawidłowym okresem podtrzymywania nici.

Odnosnie igieł przeciwzakłuciowych Odwołujący podnosił, że igły przeciwzakłuciowe nie są tożsame z igłami tępymi. Powoływał się na właściwości igły Ethigurad (produkowanej przez Odwołującego, objętej patentami). Zamawiający wskazywał na rozprawie, że nie mógł, nie ograniczając konkurencji, wymagać w SIWZ tylko jednego konkretnego rozwiązania, produkowanego przez Odwołującego, a zaoferowana przez Przystępującego igła spełnia

jego wymagania. W ocenie Zamawiającego igły przeciwzakłuciowe oferowane zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego spełniają wymagania SIWZ, różnią się jedynie przyjętymi rozwiązaniami technicznymi. Odwołujący definiował pojęcia „igła tępą”, „igła przeciwzakłuciowa”, twierdząc, że chociaż igła oferowana przez Przystępującego jest igłą tępą, nie jest igłą przeciwzakłuciową, czego jednak nie poparł żadnymi dowodami. Prezentując właściwości igły przeciwzakłuciowej (na rysunku w treści odwołania), wskazywał na własne rozwiązania techniczne. Wobec argumentacji Odwołującego, Izba uznała, że nie udowodnił on, że Przystępujący zaoferował igłę niezgodną z wymaganiami SIWZ.

Ponadto w odwołaniu Odwołujący zwracał uwagę na niezgodności pomiędzy załączonym do oferty przez Przystępującego katalogiem a katalogiem producenta w zakresie podtrzymywania tkankowego. Wskazywał, że „zgodnie z katalogiem producenta nic charakteryzuje się podtrzymywaniem tkankowym między 40-50% po 21 dniach, natomiast w załączonym do oferty katalogu znajdują się zupełnie inne dane (m.in. 10% w piątym tygodniu), niekorelujące z informacjami znajdującymi się w oficjalnym katalogu”.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, podane wyżej dane nie są ze sobą sprzeczne, ale dane z katalogu załączonego do oferty Przystępującego można uznać za uszczegóławiające dane z katalogu „ogólnego”. Pozostaje aktualna również argumentacja przedstawiona wyżej – nic nie stoi na przeszkodzie, aby w danym postępowaniu, dostosowując produkty do wymogów SIWZ, oferować produkt o szczególnych właściwościach, odbiegających od oferowanych standardowo. Nie jest również żadnym uchybieniem oferowanie w innych postępowaniach nici o innym okresie podtrzymania tkankowego.

Ponadto Odwołujący twierdził, iż Zamawiający wymagał, aby zaoferowane nici kończyły podtrzymywanie najpóźniej po 35 dniach. Tymczasem informacja znajdująca się w katalogu Przystępującego jednoznacznie według Odwołującego potwierdza, że podtrzymywanie kończy się najwcześniej w szóstym tygodniu, a zatem w ocenie Odwołującego nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

Z kolei Zamawiający podnosił, że wymóg odnośnie podtrzymywania tkankowego obowiązywał w postępowaniu w brzmieniu zgodnie z modyfikacją z dnia 30 kwietnia 2014 r. i brzmiał: „Nici (...) podtrzymujące tkanę od 28 do 35 dni”. Według Zamawiającego nie oznacza to, że po 35 dniu nici mają całkowicie utracić zdolność podtrzymywania, ale oznacza, że zdolność podtrzymywania ma istnieć co najmniej do 35 dnia (a nie – jak chciał Odwołujący – że zdolność ta ma zostać utracona w 35 dniu). Izba uznała, że sposób rozumienia SIWZ przez Zamawiającego jest uprawniony, a jeżeli byłyby co do tego wątpliwości, należało by je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy składającego ofertę. Z pewnością okresu pomiędzy 28 a 35 dniem nie można uznać za okres, w którym

podtrzymywanie ma się zaczynać i kończyć – dni 28 i 35 nie są więc terminami granicznymi okresu podtrzymywania. Zatem nie można było stwierdzić niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ w tym zakresie.

Reasumując, nie można stwierdzić, że Odwołujący udowodnił, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści SIWZ

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z oględzin zaproponowanych przez TOP-MED produktów w ramach pakietu nr 26 Pozycja nr 11 na okoliczność ustalenia, czy zaproponowane produkty są igłami okrągłymi wzmocnionymi rozwarstwiającymi. Izba oddaliła wniosek dowodowy w tym zakresie, ponieważ jedyne podstawy niezgodności oferowanej przez Przystępującego igły z wymogami SIWZ Odwołujący upatrywał w fakcie, że właściwości tej próbki odbiegają od właściwości produktu według standardowego katalogu producenta. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający oświadczył, że próbka dostarczona do testowania była zgodna z jego oczekiwaniami, zaprezentował również fotografię testowanego produktu, przedstawiającą oznaczenia na opakowaniu, zgodne z wymogami SIWZ. W takiej sytuacji przeprowadzenie oględzin zgodnie z wnioskiem Odwołującego nic nie wniosłoby do materiału dowodowego niniejszego postępowania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie można stwierdzić naruszenia przepisów wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu, a w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 3 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....