

Sygn. akt: KIO/UZP 287/09

WYROK
z dnia 24 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Emil Kuriata
Anna Packo
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, ul. Kolejowa 11B, 05-805 Otrębusy k/Warszawy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim, ul. Jana Zamoyskiego 149, 23-300 Janów Lubelski** protestu z dnia 18 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **VARIMED Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Powstańców Śl. 5, 53-332 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, ul. Kolejowa 11B, 05-805 Otrębusy k/Warszawy i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, ul. Kolejowa 11B, 05-805 Otrębusy k/Warszawy;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, ul. Kolejowa 11B, 05-805 Otrębusy k/Warszawy** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim, ul. Jana Zamoyskiego 149, 23-300 Janów Lubelski,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, ul. Kolejowa 11B, 05-805 Otrębusy k/Warszawy.**

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup zestawu endoskopowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 16 stycznia 2009 r., Nr 1, poz. 18377.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Endo Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kanie, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż oferowany przez Odwołującego gastroskop EG-530WR nie posiada dodatkowego kanału Water Jet.

Tym samym nie spełnia warunku, na który Zamawiający wyraził zgodę, a jedynie spełnia drugi parametr (dotyczący głębi ostrości gastrokopu, tj. 5-100 mm). Nadto oferowany gastrokop nie posiada funkcji identyfikacji endoskopu (funkcję tę posiada endoskop EG-590WR, a nie endoskop EG-530WR).

Pismem tym Zamawiający poinformował również Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy VARIMED Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „VARIMED”.

Pismem z dnia 18 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy VARIMED jako najkorzystniejszej oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 w związku z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy VARIMED;
2. unieważnienie odrzucenia jego oferty;
3. powtórzenie czynności związanych z badaniem i oceną ofert;
4. uznanie jego oferty, za odpowiadającą treści SIWZ;
5. wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej;
6. uwzględnienie protestu w całości.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż zaoferowany przez niego aparat EG-530WR spełnia wymogi SIWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2009 r. (pkt 11). Kąt obserwacji oferowanego aparatu wynosi 140 stopni, a głębokość ostrości 4-100 mm, potwierdzeniem czego jest fragment instrukcji obsługi przedmiotowego aparatu załączony do odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 lutego 2009 r.

Wskazał także, iż aparat EG-530WR posiada funkcję identyfikacji endoskopu, na dowód czego przedłożył fragment instrukcji obsługi aparatów serii 500 i oświadczenie, że wszystkie aparaty serii 530 posiadają identyfikację endoskopu, dodatkowo podnosząc, iż przedłożona instrukcja zawiera jedynie przykładowy zapis identyfikacji endoskopu.

Pismem z dnia 18 lutego 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca VARIMED otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 19 lutego 2009 r. wykonawca VARIMED przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie).

Pismem z dnia 2 marca 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie oprotestował czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a jedynie czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy VARIMED.

Podniósł także, iż zaoferowany przez Odwołującego gastrokop nie posiada dodatkowego kanału Water Jet, mimo żądania Zamawiającego, aby w przypadku zaoferowania aparatu o głębi ostrości 5-100 mm był on wyposażony także w przedmiotowy kanał.

Odwołujący nie uwierzył także swojego oświadczenia informującego o tym, że zaoferowany aparat EG-530WR posiada funkcje identyfikacji endoskopu, co nie wynika z dokumentacji przesłanej na wezwanie Zamawiającego, która dotyczy wyłącznie modelu EG-590WR, a taki aparat nie został przez niego zaoferowany.

Pismem z dnia 6 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie; wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 9 marca 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte zarówno w proteście, jak i odwołaniu. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 7 marca 2009 r.

Pismem z dnia 9 marca 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 marca 2008 r. (pismem z dnia 10 marca 2009 r.) wykonawca VARIMED przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

1)

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Zestaw endoskopowy. Parametry graniczne (odcinające)”, pkt IV „VIDEOGASTROSKOP”, ppkt 5 zawarł wymóg, aby głębia ostrości gastroskopu wynosiła „2-100 mm”.

W dniu 19 stycznia 2009 r. (pismem z tej samej daty) jeden z wykonawców złożył zapytania do przedmiotowego przetargu, w tym m.in.:

- pytanie 8, „czy zamawiający zgodzi się na zaproponowanie gastroskopu z dodatkowym kanałem Water Jet co ułatwia splukiwanie pola obserwacji oraz głębią ostrości 5-100 mm?”, wskazując iż proponowany zapis pozwoli zaoferować aparat o dużo wyższych parametrach technicznych;
- pytanie 11, „czy Zamawiający zgodzi się na zaproponowanie parametru kąta obserwacji w zakresie 140-170 stopni oraz głębi ostrości w zakresie 4-100 mm?”

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2009 r., udzielając odpowiedzi m.in. na powyższe pytania wskazał, iż:

1. „8) Tak – Zamawiający wyraża zgodę”.
2. „11) Tak – Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowanie parametru kąta obserwacji w zakresie 140 lub 170 stopni oraz głębi ostrości w zakresie 4-100 mm”

Odwołujący w złożonej ofercie - załącznik nr 1 do SIWZ, pkt IV „VIDEOGASTROSKOP” zaoferował głębię ostrości 4-100 mm (s. 2 przedmiotowego załącznika).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawcy dokonał modyfikacji SIWZ, co Zamawiający potwierdził na rozprawie, tym samym dopuszczając możliwość zaoferowania przez wykonawców videogastroskopu o głębi ostrości 2-100 mm lub też videogastroskopu o głębi ostrości 5-100 mm wyposażonego w dodatkowy kanał Water Jet. Oznacza to, iż zaoferowany przez Odwołującego videogastroskop o głębi ostrości 4-100 mm spełnia wymóg Zamawiającego w zakresie głębi ostrości, gdyż głębia ostrości 4-100 mm obejmuje wymaganą głębię ostrości 5-100 mm, nie spełniając jednocześnie drugiego wymogu Zamawiającego, gdyż przedmiotowy videogastroskop nie posiada dodatkowego kanału Water Jet, a co w przypadku zaoferowania aparatu z inną głębią ostrości niż 2-100 mm było przez Zamawiającego bezwzględnie wymagane.

Strony zaprezentowały, zarówno w pismach procesowych, jak i na rozprawie, odmienne stanowiska co do tego, czy odpowiedź udzielona na pytanie 11 (zapytanie pismem z dnia 19 stycznia 2009 r.) dotyczyła videogastroskopu, czy też videokolonoskopu.

Zdaniem Odwołującego w pytaniu 11, ani też w udzielonej na to zapytanie odpowiedzi jednoznacznie nie określono o jaki aparat chodzi.

Izba ustaliła, iż dla obydwu aparatów opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ wskazano wymagane parametry, w tym identyczną głębię ostrości (2-100 mm) oraz różny dla poszczególnych aparatów kąt obserwacji (dla videogastroskopu – min. 140 stopni, a dla videokolonoskopu – min. 170 stopni). Pytanie dotyczyło „parametru kąta obserwacji w zakresie 140-170 stopni oraz głębii ostrości w zakresie min. 4-100 mm”, a odpowiedź kąta obserwacji „w zakresie 140 lub 170 stopni” oraz głębii ostrości „4-100 mm”.

Odwołujący zarówno dla gastroskopu, jak i kolonoskopu zaoferował kąt obserwacji 140 stopni, mimo iż tylko dla gastroskopu wymagano kąta obserwacji 140 stopni, natomiast dla kolonoskopu kąta obserwacji 170 stopni, a głębię ostrości dla gastroskopu 4-100 mm i dla kolonoskopu 3-100 mm. Parametry zaoferowanych urządzeń stoją w sprzeczności z argumentacją Odwołującego, gdyż pismem z dnia 22 stycznia 2009 r. zapytał Zamawiającego o możliwość zmiany kąta obserwacji kolonoskopu ze „170 stopni” na „140 stopni”, czyli na tę wielkość, którą faktycznie zaoferował i głębię ostrości z „2-100 mm” na „3-100 mm” i ten parametr umieszczając w swojej ofercie. Powyższe przeczy więc jego twierdzeniom jakoby nie miał wątpliwości co do parametrów żądanych aparatów.

Nieuprawnionym jest także twierdzenie Odwołującego, iż odpowiedzią na pytanie 11 Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania gastroskopu o głębii ostrości w zakresie 4-100 mm przy zapewnieniu parametru kąta obserwacji w zakresie 140 lub 170 stopni, gdyż jak podniósł Przystępujący na rozprawie, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na rynku funkcjonują jedynie gastroskopy o kącie obserwacji 140 stopni. Tak więc nie jest możliwym, aby profesjonalista pytał o możliwość dostarczenia gastroskopu o innym niż 140 stopni kącie obserwacji.

Na uwzględnienie nie zasługuje również argument, iż z treści pytania 11 z dnia 19 stycznia 2009 r. można wywieść, iż dotyczyło ono gastroskopu i kolonoskopu. Jak podkreślił na rozprawie Zamawiający i Przystępujący treść pytań i udzielonych odpowiedzi jest spójna. Nie można ich czytać w oderwaniu od pozostałych pytań i funkcjonujących na rynku aparatów. Fakt, iż Odwołujący nie wiedział, czy zapytania pochodzą od jednego wykonawcy nie powoduje nieczytelności podanych treści. Dlatego też należy uznać, także w kontekście powyższych rozważań, iż faktycznie zadane pytanie nie dotyczyło gastroskopu.

Nadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący w dniu 22 stycznia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) skierował zapytania do Zamawiającego, wnosząc m.in. o udzielenie odpowiedzi dotyczącej pkt IV, tj. videogastroskopu, „czy Zamawiający zmieni zapis z „Głębii ostrości 2-100 mm” na zapis „Głębii ostrości min. 4-100 mm?”. Powyższe, wbrew jego twierdzeniom, oznacza iż Odwołujący zrozumiał postanowienia SIWZ, jak i odpowiedzi udzielone na pytania z dnia 19 stycznia 2009 r. Wiedział więc, iż ma być

zaoferowany gastroskop o głębi ostrości „2-100 mm” bez określenia dodatkowych warunków, bądź też gastroskop o innej głębi ostrości z dodatkowym kanałem Water Jet.

Dlatego też Izba uznała, iż Odwołujący oferując dla gastrokopu głębię ostrości 4-100 mm nie spełnił w pełni postawionego przez Zamawiającego wymogu.

2)

W zakresie niespełnienia wymogu posiadania przez gastroskop identyfikacji endoskopu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Zestaw endoskopowy. Parametry graniczne (odcinające)”, pkt IV „VIDEOGASTROSKOP”, ppkt 10 zamieścił wymóg „identyfikacja endoskopu”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający oferowane parametry zestawu endoskopowego i wskazując w pkt IV, iż zaoferowany videogastroskop EG-530WR posiada parametr identyfikacji endoskopu.

Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2009 r. wezwał Odwołującego do udokumentowania m.in., iż gastroskop zaoferowany w zestawie endoskopowym posiada identyfikację endoskopu, poprzez przedłożenie instrukcji producenta, iż zaoferowany aparat posiada ów parametr.

W piśmie z dnia 6 lutego 2009 r. Odwołujący oświadczył, iż „wszystkie aparaty serii 530 posiadają identyfikację endoskopu”, wskazując że powyższe potwierdza załączony fragment instrukcji obsługi.

Izba uznała, iż Zamawiający wymagał przedłożenia instrukcji producenta, która miała potwierdzać, że gastroskop posiada identyfikację endoskopu. Tymczasem Odwołujący – jak podkreślił na rozprawie – przedłożył dokumentację dotyczącą procesora wizyjnego EPX-4400HD, który jest kompatybilny m.in. z modelem EG-590WR, którego rzeczywiście dotyczy przedłożona instrukcja, będąca jedynie instrukcją przykładową i dotyczącą wszystkich aparatów serii 500.

Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia, jak i przedłożone dokumenty istotnie mogły budzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach nie udowodnił bowiem w sposób nie budzący wątpliwości, iż zaoferowany przez niego aparat faktycznie posiada identyfikację endoskopu, nie przedłożył instrukcji dla zaoferowanego aparatu EG-530WR, ani też nie nigdzie nie wyjaśnił, iż przedłożona przez niego instrukcja jest jedynie instrukcją przykładową. Skoro więc tego nie uczynił Zamawiający postąpił w sposób prawidłowo, na podstawie posiadanych wówczas informacji, odrzucając jego ofertę.

Odwołujący przedstawił na rozprawie istotę funkcji identyfikacji endoskopu, wskazując iż endoskop sam jako aparat nie ma możliwości przeprowadzania badań i diagnostyki, dalej podkreślając iż identyfikacja elektroniczna jest możliwa dopiero po podłączeniu do procesora i każdy aparat kompatybilny z procesorem posiada identyfikację endoskopową. Załączona

do udzielonych wyjaśnień instrukcja była jedynie przykładową, a na dowód posiadania przez aparat EG-530ER funkcji identyfikacji endoskopu przedłożył na rozprawie potwierdzenie producenta, które Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, iż „obecne endoskopy serii 530 są w pełni kompatybilne z procesorem EPX-4400/EPX-4400HD”.

Niemniej jednak Odwołujący fakt posiadania przez videogastroskop EG-530WR parametru identyfikacji endoskopu miał potwierdzić w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 6 lutego 2009 r., a powyższe udowodnił dopiero na rozprawie, przedkładając pismo producenta endoskopu, a czego nie zakwestionował Zamawiający i Przystępujący.

Tym samym, w oparciu o powyższe Izba uznała, iż oferowany przez Odwołującego gastrokop posiada identyfikację endoskopu.

Niemniej jednak zarzut ten nie może być rozpatrywany w oderwaniu od art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, który wskazuje, iż Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym, nawet gdyby Zamawiający prawidłowo uznał, iż gastrokop posiada identyfikację endoskopu, to z uwagi na to, iż oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu ze względu na to, iż zaoferowany videogastroskop nie jest wyposażony w dodatkowy kanał Water Jet, powyższe nie ma i nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może być przez Izbę rozpatrzony. Izba bowiem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, jak i - podniesiony na rozprawie – zarzut niejednoznaczności, a tym samym niespójności zapisów SIWZ nie może być rozpatrzony ze względu na to, iż został wniesiony po terminie. Protest wobec treści postanowień SIWZ Odwołujący powinien był wnieść w terminie określonym w art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy VARIMED jako oferty najkorzystniejszej był konsekwencją błędnych (zdaniem Odwołującego) czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, a nie błędów w ofercie wykonawcy VARIMED, tym samym nie był przez Izbę rozpatrywany.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **w Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....