

WYROK
z dnia 18 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 stycznia 2011 r. przez **Covimed Sp. z o.o., 04-622 Warszawa, ul. Przelot 10** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. N. Barlickiego w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **Covidien Polska Sp. z o.o., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., 02-135 Warszawa, ul. Hłżecka 24**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Covimed Sp. z o.o., 04-622 Warszawa, ul. Przelot 10 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7. 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Covimed Sp. z o.o., 04-622 Warszawa, ul. Przelot 10** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 nr 1 im. N. Barlickiego w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zakup trokarów do rękawowej resekcji żołądka i do by-passu żołądka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2010 r. pod pozycją 332109.

Wykonawca Covimed Sp. z o.o., 04-622 Warszawa, ul. Przelot 10 (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 3 stycznia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty w pakiecie nr 1 (pozycja 1a i 2) oraz w pakiecie nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 1 pozycje 1a oraz 2 ,
- nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 2,
- nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia oferty Odwołującego do postępowania o zamówienie publiczne w pakiecie nr 1 pozycje 1a oraz 2 oraz w pakiecie nr 2,
- nakazanie Zamawiającemu ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w pakietach nr 1 pozycje 1a i 2 i oraz w pakiecie nr 2,
- dopuszczenie dowodu z załączonych do niniejszego odwołania dokumentów na okoliczność wykazania błędnego interpretowania przez Zamawiającego przepisów prawnych

oraz na okoliczność wykazania, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez Odwołującego jest zgodny z SIWZ,

- dopuszczenie możliwości wykonania prezentacji w trakcie rozprawy odwoławczej na okoliczność wykazania, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez Odwołującego jest zgodny z SIWZ,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 1 (pozycja 1a i 2) były trokary jednorazowe o różnych ostrzach, średnicach i długościach do wykonywania zabiegów rękawowej resekcji żołądka i do bypassu żołądka. Wspólną ich cechą opisaną w SIWZ miał być 3-stopniowy zawór po podłączeniu CO₂. Według opinii Odwołującego z uwagi na nieprecyzyjność tego zapisu (co jest naruszeniem ustawy Pzp, art.29. ust. 1 ustawy Pzp) Odwołujący w dniu 26 listopada 2010 r. wystąpił do Zamawiającego m. in. z zapytaniem (pytanie nr 7) „Czy Zamawiający w pakiecie 1 w pozycji a) i b) oraz w pozycji 2 określając trokar z 3 stopniowym zaworem do podłączenia CO₂ ma na myśli trokar umożliwiający insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO₂ bez konieczności odłączenia przewodu CO₂?", na które Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej, wyrażonej w piśmie Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2010 r. Tym samym Zamawiający, zdaniem Odwołującego dopuścił w pakiecie 1 w obu pozycjach 1a i b oraz 2, trokary umożliwiające insuflację i desuflację oraz blokadę przepływu gazu bez konieczności odłączania przewodu CO₂ niezależnie od rodzaju zainstalowanego zaworu oraz rozwiązań technologicznych trokara umożliwiających dostępność powyższych funkcji. Innymi słowy, według Odwołującego wyżej opisane funkcje trokara powinny być spełnione niezależnie czy dostępne będą przez odpowiedni zawór czy też inne rozwiązania techniczne prezentowane przez zaoferowany produkt. W opinii Odwołującego w zaoferowanych przez niego trokarach, insuflacja oraz blokada przepływu gazu uzyskiwane są (przy podłączonym przewodzie CO₂) poprzez wbudowany zawór, natomiast desuflacja następuje poprzez oddzielenie głowicy zintegrowanej z uszczelkami i zaworem insuflacyjno - desuflacyjnym od kaniuli trokara. Zdjęcie głowicy następuje w prosty i szybki sposób poprzez ściśnięcie 2 palcami 2 zapadek umiejscowionych po bokach głowicy i pociągnięcie jej do góry, co według Odwołującego zostało potwierdzone w broszurze produktu załączonej do dokumentów przetargowych oraz ulotce informacyjnej produktu. Czas potrzebny do wykonania tej czynności jest porównywalny z przekręceniem dźwigni zaworu na pozycję desuflacji w produkcie konkurencyjnym, który został wybrany w tym pakiecie. Poprzez takie rozwiązanie

technologiczne, trokary oferowane przez Odwołującego, jego zdaniem posiadają nie mniejszą funkcjonalność niż trokary z zaworem 2 drożnym, bo taki właśnie zawór posiadają trokary wybrane przez Zamawiającego w pakiecie nr 1. Reasumując w opinii Odwołującego, trokary zaoferowane w pakiecie 1 w pozycjach 1a i 2 są zgodne z SIWZ, gdyż umożliwiają insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO₂ bez konieczności odłączenia przewodu CO₂, a funkcję desuflacji w takim przypadku otrzymuje się poprzez oddzielenie głowicy od kaniuli.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż w pakiecie nr 2 przedmiotem zamówienia był „Jednorazowy bezostrzowy trokar optyczny zakończony dwoma separatorami tkanki o średnicy 12,9 mm, dł. 150 mm, umożliwiający wprowadzenie narzędzi od 4,7 mm do 12,9 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji i posiadający możliwość blokowania wprowadzanej kamery w obturatorze, wyposażony w dwie niezależne od siebie uszczelki. Przezierna, rowkowana (niegwintowana) kaniula ze ściętym szczytem i lejkowatym otworem dla łatwiejszego wprowadzenia narzędzi. Trokar umożliwiający insuflację i desuflację.” Odwołujący wskazał, iż z uwagi na większy zakres średnic narzędzi kompatybilnych z trokarami oferowanymi przez Odwołującego, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z prośbą o dopuszczenie do przetargu „jednorazowego bezostrzowego trokara optycznego z średnicy 12 mm i długości kaniuli 150mm z żebrowaną, przezroczystą kaniulą ściętą pod kątem, z uniwersalną uszczelką z systemem zastawek umożliwiających zastosowanie narzędzi laparoskopowych o średnicy od 4,7 mm poprzez 12,9 mm aż do 13,2 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji. Kaniula połączona z niezależną zdejmowalną głowicą z systemem insuflacyjno - desuflacyjnym i blokadą przepływu gazu, do których dołączony jest system przechodzenia przez powłoki składający się z separatora tkankowego. 1 op. 6szt”, na co Odwołujący otrzymał od Zamawiającego odpowiedź twierdzącą. Według Odwołującego takie właśnie parametry trokarów zaoferował w pakiecie 2 czego dowodem były załączone próbki oraz broszury produktów potwierdzające opisane wyżej parametry. Odwołujący w odwołaniu zaznaczył, iż w jego opinii Zamawiający nie określił w pakiecie 2 wymogu posiadania funkcji insuflacji oraz desuflacji bez konieczności odłączenia przewodu doprowadzającego CO₂ a za brak tej cechy Odwołujący został wykluczony z dalszego postępowania. Ponadto według Odwołującego wszystkie trokary oferowane przez niego w pakietach nr 1 (pozycja 1a i 2) oraz pakiecie nr 2 posiadają funkcję insuflacyjno - desuflacyjną gdzie desuflacja może odbywać się poprzez zawór trokara oraz/lub oddzielenie głowicy z uszczelkami od kaniuli trokara (przy braku podłączenia przewodu CO₂) lub poprzez oddzielenie głowicy trokara od jego kaniuli w przypadku podłączonego przewodu CO₂. Odwołujący wskazał, iż w sytuacji kiedy rzeczywiście Zamawiający spodziewał się otrzymać trokar z funkcją desuflacji przy podłączonym przewodzie CO₂ (czego jego zdaniem nie uwzględnił w SIWZ) niezrozumiałą dla niego jest

kwestia wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Johnson & Johnson, której trokary nie mają możliwości desuflacji bez konieczności odłączania przewodu doprowadzającego CO₂. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, iż oferta złożona przez Odwołującego stoi w zgodzie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz udzielonymi odpowiedziami na pytania Odwołującego. Odwołujący dodał również, iż w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej było kryterium ceny, Odwołujący zaś w obu pakietach zaoferował najniższą cenę. Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu prawa wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zażądał złożenia wyjaśnień przez Odwołującego. Zrobił to tylko w odniesieniu do pakietu nr 2, gdzie zażądał potwierdzenia średnicy stosowanych narzędzi jakich można używać wraz z trokarzami zaoferowanymi przez Odwołującego. Ponadto w opinii Odwołującego Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 3 ustawy Pzp mógł również zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże również z tego prawa nie skorzystał. Biorąc pod uwagę fakt, iż wybrane oferty są dużo droższe od oferty Odwołującego, to całe postępowanie, zdaniem Odwołującego budzi wątpliwości, w szczególności w dobie kryzysu finansów publicznych. Według Odwołującego wymogi SIWZ po dodatkowych wyjaśnieniach Zamawiającego były jasne i znane wszystkim wykonawcom i na tej podstawie Odwołujący złożył ofertę. W opinii Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie, nie mając żadnych argumentów, oświadczeń i dowodów na potwierdzenie swoich racji, nie próbując wyjaśnić swoich wątpliwości, uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ i ją odrzucił. Tym samym według Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji zdaniem Odwołującego jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, i nie powinna być odrzucona, a wręcz przeciwnie, powinna być porównywana z innymi ofertami dopuszczonymi do postępowania. Ponadto Odwołujący dodał również, iż Zamawiający nie dopuścił do oceny ofert w pakietach nr 1 (pozycja 1a i 2) oraz w pakiecie nr 2 złożonych przez Odwołującego, co oznacza iż nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz nie potraktował wszystkich wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu na równych prawach, czym z kolei naruszył art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zaś udzielając zamówienia niezgodnie z ustawą Pzp, naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w zakresie pakietu nr 1 po stronie Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym Covidien”).

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w zakresie pakietu nr 2 po stronie Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym Johnson & Johnson”).

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2010 r. pod pozycją 332109.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pakiet nr 1 – Trokary przeznaczone do rękawowej resekcji żołądka i bypassu żołądka:

- 1) Załącznik nr 1A do SIWZ, poz. 1a) – trokar jednorazowy z liniowym ostrzem metalowym o kształcie trójkątnym zaostrzonym z dwóch stron lub typu bezostrzowego z plastikowym ostrzem, o średnicy 12 mm i długości kaniuli 100 mm, kaniula karbowana, z uniwersalnym systemem bezobsługowych uszczelek 5-12 mm, z 3-stopniowym zaworem po podłączenia CO₂, 1 op =6 szt.,
- 2) Załącznik nr 1A do SIWZ, poz. 2 – trokar jednorazowy o średnicy 15 mm, o długości 100 mm lub 150 mm, z karbowaną tuleją, z automatyczną redukcją 5-12 mm i 10-15 mm, typu bezostrzowego z plastikowym ostrzem i systemem bezpieczeństwa podczas przechodzenia przez powłoki z 3 – stopniowym zaworem po podłączenia CO₂, 1 op. = 6szt,

Pakiet nr 2 – Trokary przeznaczone do rękawowej resekcji żołądka i bypassu żołądka:

- 3) Załącznik nr 2 do SIWZ, poz. 1 – Jednorazowy bezostrzowy trokar optyczny zakończony dwoma separatorami tkanki o średnicy 12,9 mm, dł. 150 mm, umożliwiający wprowadzenie narzędzi od 4,7 mm do 12,9 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji i posiadający możliwość blokowania wprowadzanej kamery w obturatorze, wyposażony w dwie niezależne od siebie uszczelki. Przezierna, rowkowana (niegwintowana) kaniula ze ściętym szczytem i lejkowatym otworem dla łatwiejszego wprowadzenia narzędzi. Trokar umożliwiający insuflację i desuflację.

Ponadto Zamawiający zapisami SIWZ – „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” wymagał przedłożenia m. in.:

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał:

- dokumenty (kompletne) stwierdzające dopuszczenie oferowanego przedmiotu zamówienia do stosowania w placówkach służby zdrowia na terenie RP, przy czym dokumenty te powinny być oznakowane, której pozycji asortymentowej dotyczą,
- aktualny katalog dla ferowanego sprzętu.

Ponadto Izba ustaliła, iż w toku postępowania wykonawcy w zakresie dotyczącym przedmiotowego sporu zadawali Zamawiającemu m. in. następujące pytania, na które Zamawiający w dniu 2 grudnia 2010 r. udzielił odpowiedzi:

Pytanie nr 7 – Czy Zamawiający w pakiecie 1 poz. a) i b) oraz poz. 2 określając trokar z 3-stopniowym zaworem do podłączenia CO₂, ma na myśli trokar umożliwiający insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO₂ bez konieczności odłączania przewodu CO₂? Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Pytanie nr 5 – Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie w pakiecie 2 poz. 1 jednorazowego, bez ostrzowego trakora optycznego o średnicy 12 mm i długości kaniuli 150 mm z żebrowaną, przezroczystą kaniulą ściętą pod kątem, z uniwersalną uszczelką i systemem zastawek umożliwiającym zastosowanie narzędzi laparoskopowych o średnicy od 4,7 mm poprzez 12,9 mm aż do 13,2 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji. Kaniula połączona z niezależną zdejmowalną głowicą z systemem insuflacyjno-desuflacyjnym i blokadą przepływu gazu, do których dołączony jest system przechodzenia przez powłoki składający się z separatora tkankowego 1 op. 6 szt.

Zamawiający na to pytanie również udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez 3 wykonawców, w następujących pakietach:

Pakiet nr 1: Covidien Polska Sp. z o.o. z ceną: 106.251,00 zł brutto, Covimed Sp. z o.o.: 76.975,80 zł brutto,

Pakiet nr 2: Johnson & Johnson Polska Sp. z o.o. z ceną: 66.340,00 zł brutto, Covimed Sp. z o.o.: 31.458,00 zł brutto.

Do oferty Odwołującego załączono m. in. broszury dotyczące oferowanego produktu w zakresie pakietu nr 1 i 2.

Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o uzupełnienie aktualnych katalogów sprzętu, bądź innych dokumentów potwierdzających, że oferowany sprzęt posiada właściwości wymagane w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego zawartym w specyfikacji oraz udzielonych wyjaśnieniach – w szczególności posiada wymaganą przez Zamawiającego

średnicę redukcji z zastawkami. Przedmiotowe dokumenty należało przesłać do dnia 17 grudnia 2010 r.

Pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przesłał Zamawiającemu wymagane dokumenty.

Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2010 r. w zakresie pakietu 1 i 2 zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej ofert w poszczególnych pakietach oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując jednocześnie podstawę faktyczną odrzucenia.

W dniu 3 stycznia 2011 r. wykonawca Covimed Sp. z o.o., 04-622 Warszawa, ul. Przelot 10 złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 stycznia 2011 r.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego pismem z dnia 7 stycznia 2011 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa (dotyczy pakietu nr 1),
- Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa (dotyczy pakietu nr 2).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również ofertę Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego pismem z dnia 7 stycznia 2011 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa (dotyczy pakietu nr 1),
- Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa (dotyczy pakietu nr 2).

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców:

- Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa (w zakresie pakietu nr 1),
- Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa (w zakresie pakietu nr 2)

gdyż zgłosili przystąpienie w terminie ustawowym (t.j. w dniu 7 stycznia 2011 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 4 stycznia 2011 r. Tym samym zdaniem Izby zgłoszenie obu przystąpień do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do omówienia zarzutów w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że istota rozpoznania niniejszego odwołania sprowadza się do oceny czy Zamawiający w sposób właściwy dokonał oceny oferty Odwołującego oraz w konsekwencji czy zgodnie z przepisami Pzp dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w pakiecie nr 1 jako niezgodnej z SIWZ, ze względu iż Odwołujący zaoferował trokary, które nie posiadają systemu umożliwiającego desuflację bez konieczności odłączania przewodu doprowadzającego CO₂.

Na podstawie specyfikacji w pakiecie nr 1, Zamawiający wymagał, aby trokary przeznaczone do rękawowej resekcji żołądka i bypassu żołądka miały następujące cechy: trokar jednorazowy z liniowym ostrzem metalowym o kształcie trójkątnym zaokrąglonym z

dwóch stron lub typu bezostrzewego z plastikowym ostrzem, o średnicy 12 mm i długości kaniuli 100 mm, kaniula karbowana, z uniwersalnym systemem bezobsługowych uszczelek 5-12 mm, z 3-stopniowym zaworem po podłączenia CO₂, 1 op =6 szt.

Ponadto Zamawiający udzielał odpowiedzi na zadane pytania w toku postępowania.

W świetle odpowiedzi Zamawiający zatem w SIWZ doprecyzował swoje wymagania poprzez wskazanie, iż trokar ma być z 3 - stopniowym zaworem do podłączenia CO₂, umożliwiający insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO₂ bez konieczności odłączania przewodu CO₂.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentów załączonych do oferty Odwołującego, iż nie wykazał on posiada rozwiązania technologicznego, które pozwalałoby na przeprowadzenie desuflacji bez odłączania przewodu CO₂. Odwołujący sam w treści odwołania przyznał, iż desuflacja następuje poprzez zdjęcie głowicy zintegrowanej z uszczelkami i zaworem od kaniuli trokara („szybka desuflacja”).

W świetle odpowiedzi na zadane Zamawiającemu pytania doprecyzował on, iż insuflacja i desuflacja ma następować bez konieczności odłączania przewodu CO₂.

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Przystępującego Covidien, według którego zdjęcie głowicy w zaworach dwustopniowych czyli całego zespołu uszczelek i doprowadzenia do szybkiej desuflacji wiąże się z sytuacją, w której przewód doprowadzający CO₂ nie jest już podłączony do trokara tylko pozostaje przymocowany do odłączonej głowicy, co w efekcie jest niczym innym jak odłączeniem przewodu CO₂, który nie jest wówczas połączony z główną częścią trokara – z kaniulą.

Biorąc pod uwagę treść i znaczenie przywołanych wymagań SIWZ oraz odpowiedzi na pytania, a także stanowiska Zamawiającego, iż niespełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego wynikało według niego z załączonych przez Odwołującego broszur stwierdzić należy, iż informacje zawarte w ofercie Odwołującego pozwalały Zamawiającemu przyjąć, iż oferowany przez Odwołującego produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz argumentacja, iż Zamawiający błędnie przyjął, że oferta Odwołującego nie odpowiada zapisom SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w pakiecie nr 2 jako niezgodnej z SIWZ ze względu, iż zaoferowane przez trokary nie posiadają systemu insuflacyjno-desuflacyjnego umożliwiającego desuflację bez konieczności odłączania przewodu doprowadzającego CO₂.

Na podstawie specyfikacji w pakiecie nr 2, Zamawiający wymagał, aby jednorazowy bezostrzewy trokar optyczny zakończony był dwoma separatorami tkanki o średnicy 12,9

mm, dł. 150 mm, umożliwiającą wprowadzenie narzędzi od 4,7 mm do 12,9 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji i posiadającą możliwość blokowania wprowadzanej kamery w obturatorze, wyposażony w dwie niezależne od siebie uszczelki. Przezierna, rowkowana (niegwintowana) kaniula ze ściętym szczytem i lejkowatym otworem dla łatwiejszego wprowadzenia narzędzi. Trokar miał umożliwiać insuflację i desuflację.

W świetle odpowiedzi na zadane Zamawiającemu pytania doprecyzował on, iż trokar ma być jednorazowy, bez ostrzowego trakora optycznego o średnicy 12 mm i długości kaniuli 150 mm z żebrowaną, przezroczystą kaniulą ściętą pod kątem, z uniwersalną uszczelką i systemem zastawek umożliwiającym zastosowanie narzędzi laparoskopowych o średnicy od 4,7 mm poprzez 12,9 mm aż do 13,2 mm bez konieczności stosowania dodatkowych redukcji. Kaniula miała być połączona z niezależną zdejmowalną głowicą z systemem insuflacyjno-desuflacyjnym i blokadą przepływu gazu, do których dołączony jest system przechodzenia przez powłoki składający się z separatora tkankowego 1 op. 6 szt.

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego, wskazującą iż produkt zaoferowany przez Odwołującego nie posiada systemu insuflacyjno–dezuflacyjny ponieważ wymagane czynności nie mogą nastąpić bez rozebrania trokara i usunięcia jednej z jego części lub też poprzez zdjęcie wężyka insuflacyjnego, który nie jest częścią oferowanego trokara, czego nie można nazwać systemem insuflacyjno–dezuflacyjnym z powodu braku operatora nad procesem uwalniania gazu, co jest niedopuszczalne podczas procedury operacyjnej.

Ponadto nie można również zgodzić się z argumentacją Odwołującego uzasadniającego niezasadność odrzucenia jego oferty, tym iż wybrane oferty w przedmiotowym postępowaniu są dużo droższe od oferty Odwołującego, i w związku z tym całe postępowanie budzi wątpliwości. Zdaniem Izby w świetle dyspozycji art. 89 ustawy Pzp to na Zamawiającym ciąży obowiązek badania czy w konkretnym stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia oferty, a w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek z treści art. 89 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia. Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ, zaś oferowany przez wykonawcę produkt powinien odpowiadać opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, stąd też nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż odrzucenie jego oferty, może budzić wątpliwości biorąc pod uwagę kryzys finansów publicznych. Skoro Odwołujący wywodzi określone skutki prawne z czynności Zamawiającego podejmowanych przez niego w toku postępowania, wskazując iż dokonał odrzucenia jego oferty niezgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to powinien powyższe okoliczności wykazać w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał i nie potwierdził w świetle zapisów SIWZ, iż doszło do odrzucenia oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się także do podnoszonego zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Johnson & Johnson, której według Odwołującego trokary nie mają możliwości desuflacji bez konieczności odłączania przewodu doprowadzającego CO₂, czy też naruszenia art. 29 ustawy Pzp, to powyższe czynności nie mieszczą się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w trybie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp., tj. w dyspozycji art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym zatem czynności te nie podlegają merytorycznej ocenie przez Izbę w świetle art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....