

Sygn. akt KIO/UZP 131/10

WYROK
z dnia 11 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 99-300 Kutno, ul. Kościuszki 52** protestu z dnia 7 stycznia 2010 r.

przy udziale **AESULAP CHIFA Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „Comesa Polska” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. Wolińska 4

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. **Wolińska 4** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 99-300 Kutno, ul. Kościuszki 52** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 **Warszawa, ul. Wolińska 4**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa protez bezcementowych stawu biodrowego i płyt nakostnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2009 r., pod nr 2009/S 202-290829.

W dniu 7 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz zaniechania żądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego się w zakresie pakietu nr 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 1994 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego się w części dotyczącej prezentacji przedmiotu zamówienia oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, alternatywnie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący się podnosi, iż z zapisów SIWZ jednoznacznie wynika, że przedmiot zamówienia jest przez Zamawiającego rozumiany ściśle i dotyczy, w ramach pakietu nr 1, protez bezcementowych stawu biodrowego. Natomiast zarówno instrumentarium, jak i

zestaw napędów nie są częścią przedmiotu zamówienia. Instrumentarium niezbędne do implantacji przedmiotu zamówienia to zestaw specyficznych narzędzi kompatybilny z określonym typem endoprotez. Natomiast napęd należy do narzędzi uniwersalnych, takich jak młotki, podważki, peany, kochery itd. Zawarcie przez Zamawiającego w SIWZ wymogu dostarczenia napędu stanowi tzw. offset do zamówienia, napęd nie stanowi natomiast integralnego elementu instrumentarium. Jest oczywiste, zdaniem Odwołującego się, że sztyca do frezowania panewki musi pasować do końcówki napędu, co jest realizowane przez odpowiednie adaptory do końcówek, tak, że każdy napęd może być użyty z każdym typem sztycy. Odwołujący się przeprowadził prezentację przedmiotu zamówienia wraz z niezbędnym do implantacji instrumentarium. Jako niezbędne instrumentarium należy rozumieć, np. narzędzia do ręcznego frezowania panewki, które są zawarte w zestawie instrumentarium.

Oczywiste jest, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego, Odwołujący się dostarczy w ramach offsetu napęd kompatybilny z niezbędnym instrumentarium. Natomiast napęd nie jest integralnym elementem instrumentarium, wobec czego nie był objęty obowiązkiem prezentacji, określonym w pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia. W celu sprawdzenia, czy przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, nie było konieczne dokonanie prezentacji zestawu napędów. Odwołujący się zauważa, że Zamawiający zawarł wymóg wypożyczenia odpowiedniego kompletnego instrumentarium oraz wymóg wypożyczenia zestawu napędów w oddzielnych punktach SIWZ. Okoliczność ta dodatkowo potwierdza, że napęd nie jest integralnym elementem instrumentarium. Wobec tego, gdyby Zamawiający wymagał zaprezentowania zestawu napędów, zawarłby taki wymóg w pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia. Brak odniesienia w pkt 5 do zestawu napędów świadczy więc o tym, że Zamawiający nie wymagał zaprezentowania zestawu napędów.

Odwołujący się podnosi również, iż w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość, czy oferta złożona przez Odwołującego się jest zgodna z SIWZ, powinien wezwać Odwołującego się do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli Zamawiający stoi na stanowisku, że w zakresie niezbędnego instrumentarium mieści się zestaw napędów (z czym Odwołujący się nie zgadza), to zamiast zakładać, że Odwołujący się nie dysponuje niezbędnym instrumentarium, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego się do wyjaśnień.

W dniu 12 stycznia 2010 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, iż zgodnie z pkt 6 rozdziału II SIWZ przeprowadzenie prezentacji było częścią oferty, a jej celem było sprawdzenie, czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku, gdy oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie będzie spełniał wymagań

określonych przez Zamawiającego, taka oferta miała być odrzucona. Wykonawca składając ofertę ma obowiązek przedstawić oferowany przedmiot zamówienia w taki sposób, że nie będzie budzić on żadnych wątpliwości, a Zamawiający uzyska wszystkie niezbędne informacje o nim. To na Wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia jest właściwy i spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Jeżeli Wykonawca miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące przeprowadzenia prezentacji mógł zadać Zamawiającemu pytanie jeszcze przed składaniem ofert, tym bardziej, że zwracał się z szeregiem pytań do Zamawiającego w trakcie postępowania.

Zamawiający nie zażądał od Wykonawcy złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie miał wątpliwości, czy oferta złożona przez Odwołującego się jest zgodna z SIWZ. Stwierdził jednoznacznie, że oferta firmy Odwołującego się jest niezgodna z SIWZ. Członkowie komisji przetargowej na prezentacjach poszczególnych Wykonawców zadawali pytania i uzyskali wszystkie informacje potrzebne do dokonania oceny oferty. Wszyscy Wykonawcy mieli równe szanse, aby swój oferowany przedmiot zamówienia właściwie zaprezentować. Przedstawiciel Odwołującego się, dokonujący prezentacji, na pytanie, dlaczego nie prezentuje zespołu napędów wyjaśnił, że proponowany zespół napędów będzie z innej firmy i w związku z tym nie jest upoważniony do jego zaprezentowania. Wezwanie do dodatkowych wyjaśnień i tak by nic nie wniosło do badania i oceny ofert, ponieważ nadal bez zapoznania się z zespołem napędów Zamawiający nie stwierdziłby kompatybilności sztycy do frezowania panewki stawu biodrowego z zespołem napędów.

W dniu 21 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Podniósł jednocześnie, że celem prezentacji było umożliwienie Zamawiającemu sprawdzenia, czy oferowany przedmiot zamówienia (protezy bezcementowe stawu biodrowego) spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Napęd należy do narzędzi uniwersalnych, co oznacza, że każdy napęd może być użyty z każdym typem sztycy. Jego prezentacja nie ma wpływu na sprawdzenie spełniania przez przedmiot zamówienia wymagań wskazanych w SIWZ. W związku z tym, w celu sprawdzenia, czy przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ nie było konieczności przeprowadzania prezentacji zestawu napędów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, odnoszący się do pakietu nr 1, został zawarty w pkt 3 rozdziału II SIWZ. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż wymagane jest, aby wykonawcy w dniu otwarcia ofert przeprowadzili prezentację zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymogami Zamawiającego, prezentacja miała obejmować również instrumentarium niezbędne do implantacji przedmiotu zamówienia (pkt 5 rozdziału II SIWZ).

Zamawiający postanowił również, iż prezentacja będzie częścią oferty, która umożliwi sprawdzenie, czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku, gdy oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie będzie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego, taka oferta zostanie odrzucona (pkt 6 rozdziału II SIWZ).

Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wypożyczyli odpowiednie kompletne instrumentarium, umożliwiające implantację przedmiotu zamówienia (pkt 8 rozdziału II SIWZ). Zaś, w odniesieniu do pakietu nr 1 Zamawiający postanowił, aby na czas obowiązywania umowy Wykonawca wypożyczył Zamawiającemu zestaw napędów ortopedycznych z osprzętem, umożliwiający implantację zaoferowanego przedmiotu zamówienia (pkt 10 rozdziału II SIWZ). W skład zestawu wchodzi: wiertarka, piła oscylacyjna, uchwyt do drutów Kirshnera o średnicy od 0,6 do 4 mm, nasadka trójszczękowa „Jakobs” o średnicy od 0,6 do 5 mm z kluczykiem, imadło bezkluczowe „AO”, nasadka „Harris”, ładowarka do baterii, 2 szt. baterii, kontener do sterylizacji napędu (pkt 10 rozdziału II SIWZ).

Okolicznością bezsporną jest, iż prezentacja przeprowadzona przez Odwołującego się nie obejmowała zestawu napędów.

Wobec powyższego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, iż przeprowadzona prezentacja była niekompletna. „Wykonawca nie dał możliwości Zamawiającemu sprawdzenia kompatybilności sztycy do frezowania panewki stawu biodrowego z zespołem napędów. Nie zaprezentował zespołu napędów, które są integralną częścią instrumentarium do endoprotezoplastyki stawu biodrowego. Zaprezentowane instrumentarium wskazywało na propozycję ręcznego frezowania panewki. Wykonawca nie przedstawił żadnej propozycji sprzętu, którym można byłoby obciąć głowę kości udowej. W tej sytuacji Zamawiający uznaje, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.”

W tych okolicznościach oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Wymogiem Zamawiającego było dostarczenie kompletnego instrumentarium, niezbędnego do implantacji przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do pakietu nr 1 Zamawiający wskazał, iż implantację przedmiotu zamówienia umożliwia zespół napędów, określając skład tego zespołu. Z powyższego wynika, iż w ramach realizacji niniejszego zamówienia należało dostarczyć instrumentarium, które w ramach pakietu nr 1 zostało wprost opisane. Nie inaczej bowiem należy tłumaczyć zwrot „zespół napędów wraz z osprzętem, umożliwiający implantację przedmiotu zamówienia”. Dodatkowo, zauważyć

należy, iż z przedmiotowego postanowienia wynika również, że Wykonawca nie miał swobody wyboru zestawu instrumentarium.

Zatem, każdy wykonawca zobowiązany był do przeprowadzenia prezentacji przedmiotu zamówienia wraz z instrumentarium, które w ramach pakietu nr 1 składało się ze ściśle wymienionych elementów, które stanowiły pewien niezbędny zakres instrumentarium.

Odwołujący się tego wymogu nie spełnił, uznając, iż w skład instrumentarium nie wchodzi zestaw napędów wraz z osprzętem oraz, że wskazany zestaw nie stanowi przedmiotu zamówienia. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, wskazać należy, iż rolą wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie jest definiowanie pojęcia „instrumentarium”, bowiem uczynił to Zamawiający. Odwołujący się nie mógł mieć wątpliwości, iż instrumentarium w rozumieniu Zamawiającego stanowi w odniesieniu do pakietu nr 1 zestaw napędów wraz z osprzętem, skoro Zamawiający, jak wynika z pkt 8 rozdziału II SIWZ, wiąże to pojęcie z zespołem narzędzi, który umożliwia implantację przedmiotu zamówienia. Powyższe sformułowanie nie powinno wzbudzać u profesjonalistów wątpliwości w sytuacji, w której dokładnie opisany jest implant. Niezależnie od powyższego, w ramach pakietu nr 1 Zamawiający wprost wskazał, iż implantację przedmiotu zamówienia umożliwia zespół napędów wraz z osprzętem. Dodatkowo, wyspecyfikowano skład tego zestawu. Zatem, w świetle przywołanych postanowień SIWZ, nie może być więc mowy i nie budzi wątpliwości, iż instrumentarium obejmuje zestaw napędów wraz z osprzętem i to zestaw ściśle określony. Po drugie, zdaniem Izby, przedmiotowy zestaw stanowi przedmiot zamówienia w ujęciu *sensu largo*. W opinii Izby, rozumienie pojęcia „przedmiotu zamówienia” nie może być uzależnione jedynie od rodzaju umowy w ramach której określone dobra są dostarczane Zamawiającemu. Nie sposób bowiem zgodzić się ze stanowiskiem, iż instrumentarium dostarczane w ramach niniejszego zamówienia jako, że jest wypożyczane, nie może być zaliczone do przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko jest nietrafne z kilku powodów. Po pierwsze, oferta obejmuje zobowiązanie do wypożyczenia instrumentarium. Po drugie, instrumentarium jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż wykorzystanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe bez określonego instrumentarium.

Skoro więc instrumentarium było objęte przedmiotem prezentacji, a prezentacja stanowiła część oferty i Zamawiający wprost określił, w jakim zakresie niewypełnienie postanowień SIWZ (nieodpowiedniość oferty w stosunku do treści SIWZ) będzie skutkowało odrzuceniem oferty, którego to postanowienia Odwołujący się nie kwestionował, to brak podstaw do uwzględnienia zarzutów Odwołującego się. Bez wpływu na powyższe rozstrzygnięcie pozostaje treść str. 37 oferty, na którą powołuje się Odwołujący się. Zauważyć bowiem należy, iż zgodność oferty z treścią SIWZ Zamawiający oceniał nie tylko na podstawie dokumentów, ale i próbek, o czym była mowa wyżej. Ponadto, ze wskazanej

treści nie wynika, iż instrumentarium zawiera elementy określone przez Zamawiającego (rysunek skrzynki opisany jako instrumentarium). Co więcej wskazano, iż instrumentarium opracowano dla ułatwienia pracy, co sugeruje, iż pod tym pojęciem Odwołujący się rozumie w istocie co innego, niż Zamawiający. Narzędzia ułatwiające pracę a narzędzia umożliwiające implantację to dwie odrębne kategorie.

Z powyższych przyczyn czynność odrzucenia oferty Odwołującego się należy uznać za prawidłową. Dodatkowo zauważyć należy, iż ciężar udowodnienia, iż wykonawca spełnia wymogi Zamawiającego w odniesieniu do dostarczanych dóbr, obciąża Odwołującego się. W sytuacji, w której Odwołujący się nie dokonał prezentacji instrumentarium, wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiłoby obejście postanowień SIWZ, a w szczególności pkt 5 i 6 rozdziału II SIWZ i w konsekwencji doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się zaniechał spełnienia wskazanych wymogów SIWZ, a uchylenie się od skutków przedmiotowego zaniechania jest niedopuszczalne.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż wydaje się, że argumentacja zaprezentowana przez Odwołującego się została jedynie przygotowana na potrzeby niniejszego protestu i odwołania. Jak wskazał bowiem Zamawiający, Odwołujący się podczas prezentacji wyjaśnił, iż nie znajduje się w posiadaniu rzeczonoego instrumentarium i nie jest uprawniony do jego prezentacji, co w istocie może wskazywać na faktyczny powód zaniechania, nie znajdujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego się wyrażonym w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym, odzwierciedlenia w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....