

Sygn. akt: KIO 747/20

WYROK

z dnia 22 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2020 r. przez **wykonawcę MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Dostawa staplerów, ładunków do staplerów, klipsownic klipsów polimerowych*”

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 6 kwietnia 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) w zakresie części II i V złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy MEDITRADE POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „*Przystępującym*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w dniu 14.11.2019 r., czyli niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zaistnieniu interesu publicznego, którym jest konieczność zakupu staplerów, ładunków do staplerów, klipsownic i klipsów polimerowych, tj. urządzeń niezbędnych do przeprowadzenia zabiegów chirurgicznych. Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 220-539084.

Przedmiotem zamówienia, w zakresie zadania nr 2 były: staplery liniowe wraz z ładunkami w ilości i o parametrach określonych w załączniku nr 3 do SIWZ. Zaoferowane staplery musiały spełniać następujące wymagania bezwzględne:

| | |
|---|--|
| 1 | Przy użyciu staplera można dokonać min 5-krotnej zmiany ładunku u czasie danej procedury medyczne• |
| 2 | Stapler musi charakteryzować się sprawną obsługą umożliwiającą szybkie użycie w danej procedurze |
| 3 | Zszywki po zamknięciu muszą zszyć tkankę w prawidłowy sposób, nie mogą rozchodzić się, nie mogą wypadać przed wystrzałem urażać okolicznych tkanek itp |
| 4 | Linia zszywania obejmuje min. dwa naprzemianległe rzędy zszywek na dł. w zakresie 60mm oz 1 100 mm oz. 2 |
| 5 | Linia cięcia musi przebiegać pośrodku pomiędzy liniami zszywania i nie może nachodzić na nie |
| 6 | Nóż musi gwarantować odpowiednią ostrość umożliwiającą sprawne przecięcie tkanek |
| 7 | Wymaga się przeprowadzenia szkolenia dla operatorów w zakresie używania staplerów i ładunków - terminarz podany rzez Zamawiającego |

Przedmiotem zamówienia, w zakresie zadania nr 5 były: staplery endoskopowe jednorazowego użytku i ładunki w ilości i o parametrach określonych w załączniku nr 3 do SIWZ. Zaoferowane staplery musiały spełniać następujące wymagania bezwzględne:

| | |
|---|--|
| 1 | Staplery i ładunki jednorazowego użytku, sterylne, możliwość użycia dla jednego staplera min. 5 ładunków u jednego pacjenta. |
| 2 | Stapler musi być łatwy w obsłudze, ergonomiczny i zapewniać poprawność zespolenia i ciecicia |
| 3 | Zszywki po zamknięciu muszą zszyć tkankę w prawidłowy sposób, nie mogą rozchodzić się, nie mogą wypadać przed wystrzałem, urażać okolicznych tkanek itp. |
| 4 | Linia szycia przebiega w postaci dwóch potrójnych linii tytanowych zszywek ułożonych na rzemiennie z jednoczesnym przecięciem tkanek pomiędzy nimi |

| | |
|---|--|
| 5 | W ładunkach wielkość zszywek przed zamknięciem dla tkanki cienkiej (naczyniowej) 2,5mmx3mm, dla tkanki standardowej 3,5mmx3mm, dla tkanki grubej 4,8mmx3mm |
| 6 | Linia ciecicia musi przebiegać pośrodku pomiędzy liniami zszycia i nie może nachodzić na nie |
| 7 | Wymaga się przeprowadzenia szkolenia dla operatorów w zakresie używania staplerów i ładunków - terminarz podany przez Zamawiającego |

Zarówno w zakresie zadania 2 jak i zadania 5 Zamawiający, na potwierdzenie że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ, wymagał przedłożenia próbek do oceny spełniania wymagań bezwzględnych.

W wyniku badania i oceny ofert, przeprowadzonej w dniu 16 marca 2020 roku, Zamawiający uznał, iż asortyment zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, w następującym zakresie:

W ramach części nr 2 przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań bezwzględnych określonych przez Zamawiającego:

Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 1: W czasie pierwszego odpalenia uchwyt staplera uległ uszkodzeniu.

Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 2: Stapler nie spełnia wymagania. Praca noża skokowa. Stapler nie jest łatwy w użyciu — ciężko pracuje, nie pozwala na obsługę jedną ręką.

Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 3: Stapler nie spełnia wymagania. Nie dokończył testu — nie przeciął do końca badanego materiału. Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 4: Stapler nie spełnia wymagania. Nie dokończył testu — nie przeciął do końca badanego materiału.

Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 5: Stapler nie spełnia wymagania. Nie dokończył testu — nie przeciął do końca badanego materiału. Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 6: Stapler nie spełnia wymagania. Nie dokończył testu — nie przeciął do końca badanego materiału.

W ramach części nr 5 przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań bezwzględnych określonych przez Zamawiającego:

Oдноśnie wymagania bezwzględnego nr 2: Zaoferowany stapler nie jest łatwy w użyciu — jest ciężki, ciężko pracuje, nie pozwala na obsługę jedną ręką. Nie posiada możliwości otwierania i zamykania jedną ręką, brak funkcji grasperowania utrudnia i wydłuża zabieg. Element służący do wymiany ładunku jest zbyt mały co utrudnia jego wymianę.

Odległość pomiędzy rączką aktywującą, a elementem stałym zbyt duża co utrudnia prace chirurgom o mniejszej dłoni.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał czynności odrzucenia jego oferty w części II i V na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na niespełnianie wymagań bezwzględnych (dla zadania nr II) zawartych w załączniku nr 3 pkt 1 i 2, t.j. przy użyciu staplera można dokonać min 5-krotnej zmiany ładunku u czasie danej procedury medycznej oraz stapler musi charakteryzować się sprawną obsługą umożliwiającą szybkie użycie w danej procedurze. W ocenie Izby zgodzić należało się z Zamawiającym, że bezwzględne wymagania nr 1 i 2 nie zostało przez Odwołującego spełnione, gdyż jak wynika z przeprowadzonego przez Zamawiającego badania i oceny oferty Odwołującego w czasie pierwszego odpalenia uchwyt staplera uległ uszkodzeniu oraz Stapler nie spełnia tego wymagania. Praca noża jest skokowa. Stapler nie jest łatwy w użyciu — ciężko pracuje, nie pozwala na obsługę jedną ręką. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający w sposób dowolny dokonywał oceny oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że ocena oferty Odwołującego odbywała się w oparciu o wymagania zawarte w załączniku nr 3 SIWZ, które nie zostały zakwestionowane na etapie ogłoszenia o zamówieniu, dlatego na etapie oceny oferty – skoro tak brzmiały postanowienia SIWZ – trudno zarzucić Zamawiającemu dowolność w działaniu i ocenie składanych ofert. Skoro Odwołujący nie kwestionował specyfikacji na wcześniejszym etapie postępowania, to nie może – w ocenie Izby – na etapie badania i oceny ofert zarzucić Zamawiającemu dowolność czy też zarzucać brak scenariusza w działaniu na etapie badania i oceny ofert. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego kwestionującego odrzucenie jego oferty dla części II w zakresie wymagania 3-6. W ocenie Izby działania Zamawiającego – biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ załącznika nr 3 – były nieuprawnione. Zamawiający nie wskazał na jakiego rodzaju materiale będzie dokonywane badanie ofert, dlatego też nie może wyciągać negatywnych konsekwencji niejasności i nieścisłości SIWZ. Niemniej jednak – w ocenie Izby – pomimo przychylenia się do stanowiska odwołania w zakresie wymagania bezwzględnego nr 3-6 i tak wobec niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących wymagania bezwzględnego nr 1 i 2 oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w części V Izba również przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając że zaoferowany stapler nie jest łatwy w użyciu – jest ciężki, co potwierdza etap badania i oceny złożonych próbek. W tym zakresie również to wymagania nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawierało wyraźny, wymóg, co do produktu, zaś ten, który został zaoferowany przez Odwołującego, nie spełniał postawionego wymogu, a specyfikacja w tym zakresie nie została skutecznie zakwestionowana przez Odwołującego.

Zgodzić również należało się z Zamawiającym, że co do postawionego wymagania dotyczącego przeszkolenia personelu, nie wynika z Załącznika nr 3 do SIWZ że w postanowieniu tym chodziło Zamawiającemu o przeszkolenie personelu badającego próbki. Wyraźnie zostało wskazane w tym wymaganiu, że terminarz szkolenia zostanie wskazany przez Zamawiającego, i skoro nie został terminarz wskazany na etapie badania próbek to niewątpliwie wymaganie to tyczyło się etapu realizacji zamówienia. Odnosząc się jeszcze do kwestii zaproszenia kierowanego w dniu 11 marca 2020 r. przez Zamawiającego w ocenie Izby Odwołujący powinien niniejszy zarzut kwestionować na wcześniejszym etapie postępowania niemniej jednak niezależnie od powyższego w ocenie Izby jasne były dla uczestników intencje Zamawiającego kierowane w piśmie z dnia 11 marca 2020 r., jasne były również dla Odwołującego – co wynika z samego odwołania. Odnosząc się do kwestii scenariuszy (ich braku) w ocenie Izby powyższa okoliczność (braki SIWZ) powinny być kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania – co nie zostało uczynione, niemniej jednak jak słusznie zauważono w poprzednim postępowaniu odwoławczym wnioski co do sporządzenia scenariusza był wnioskiem ewentualnym a Odwołujący nie sprecyzował jak ten scenariusz miałby wyglądać.

W konsekwencji w ocenie Izby – wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących części II wymagania zawarte w pkt 3-6, nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące wymagań 1 oraz 2 dla części II oraz dla części 5 wobec powyższego oferta Odwołującego i tak podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a potwierdzone zarzuty nie mają wpływu na wynik tego postępowania.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....