

Sygn. akt: KIO/UZP 572/09

WYROK

z dnia 14 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA, ul. Wołoska 137, 02-676 Warszawa**, protestu z dnia 7 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Boston Scientific Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 80, 00-175 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa 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 uiszczzonego przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** na rzecz **Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA, ul. Wołoska 137, 02-676 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup i sukcesywną dostawę sprzętu do zabiegów angiograficznych”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 20-028437). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, zwany dalej „*Zamawiającym*”. Zamawiający podzielił to postępowanie na 62 zadań, z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym Zamawiający, w dniu 30 marca 2009 r., poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. m.in. o wyborze firmy Boston Scientific Polska (dalej: „*Boston*”) jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 34 „*Stenty pokrywane analogiem rapamycyny umieszczonym na polimerze*”.

Na tę czynność Odwołujący pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 8 kwietnia 2009 r., złożył protest, w którym wskazał na wybór przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, z uwagi na niespełnienie warunków SIWZ. Odwołujący wskazał przy tym na naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

W ramach swojej działalności Abbott dostarcza firmie Boston produkt XIENCE™ V Everolimus Eluting Coronary Stent System, który następnie dystrybuowany jest przez Boston pod ich własnym znakiem towarowym PROMUS™ Everolimus – Eluting Coronary Stent System. Powyższe wynika stąd, że firma Abbott kupiła część przedsiębiorstwa Guidant Corporation zajmującą się VASCULAR Intervention & Endovascular Solutions, natomiast Boston nabyło pozostałą część Guidant Corporation łącznie z działalnością, obejmującą Cardiac Rytm Management & Cardiac Burgery. Częścią tej transakcji było tymczasowe porozumienie Drug Eluting Stent pomiędzy firmą Abbott, a Boston dotyczące dostaw i dające Boston prawo dystrybucji XIENCE™ V Everolimus Eluting Coronary Stent System pod własną nazwą handlową firmy Boston (PROMUS™).

Z zawartego porozumienia wynika, że rola firmy Boston jako dystrybutora PROMUS™ jest ograniczona (Abbott produkuje, testuje i zapewnia normy jakości dla produktów PROMUS™ i XIENCE™, jak również pakuje te produkty, a Boston przedstawia Abbott wielkość spodziewanych zamówień i same zamówienia na PROMUS™).

Wskazano również że Abbott zobowiązane jest dostarczać firmie Boston produkt PROMUS™ na następujących zasadach:

- w Europejskiej Strefie Ekonomicznej porozumienie pomiędzy Abbott i Boston na dostawy PROMUS™ wygasa w listopadzie 2009,
- obowiązki co do dostaw wynikające z umowy pomiędzy Abbott i Boston w sprawie transakcji dotyczącej przedsiębiorstwa Guidant Corporation stanowią, że Abbott dostarczał będzie Boston produkt XIENCE™ V do dystrybucji pod własnym znakiem towarowym Boston oraz jego oznaczone ulepszenia lub zmiany wyłącznie na podstawie przepisów umowy dostawy (tj. do listopada 2009 r.)

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał, że obowiązki Abbott w zakresie dostarczania produktu XIENCE™ sprzedawanego następnie przez Boston pod nazwą PROMUS™ wygaśnie przez upływem terminu realizacji dostaw w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe – w ocenie Odwołującego – wskazuje na brak możliwości przez firmę Boston kontynuowania dostaw tego wyrobu medycznego. Podkreślił on także, że firma Boston nie będzie miała prawa do sprowadzania tego wyrobu na obszar Unii Europejskiej z innych części świata. Odwołujący wskazał, że z jego informacji wynika, że firma Boston nie dysponuje aktualnie możliwością zastąpienia dotychczasowego wyrobu medycznego nowym posiadającym takie same parametry jak sprzęt, oferowany przez Boston.

Odwołujący w proteście podniósł też, że Zamawiający nie dopuścił w postanowieniach SIWZ do zmian w umowie, które dopuszczałyby zamianę wybranego w toku postępowania wyrobu na inny wyrób o tych samych lub lepszych parametrach.

Reasumując Odwołujący wskazał, że oferta firmy Boston, jako niegwarantująca wymaganych dostaw wskazanego wyrobu, jest niezgodna z SIWZ.

W proteście również w kontekście naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zostały podniesione zarzuty naruszenie przez Zamawiającego zasad oceny ofert określonych w SIWZ oraz nierównego potraktowanie wykonawców. W tym zakresie w proteście wskazano na zastosowanie zróżnicowanej, przyznanej przez Zamawiającego punktacji przy takiej samej liczbie średnic - każdy z uczestników postępowania zadeklarował sześć średnic, a pomimo tego punktacja nie jest jednakowa co do parametru „różnych średnic tego samego stentu”. Zarzuty dotyczące nierównego traktowania wykonawców przy ocenie ofert dotyczyły również parametru „skrócenie stentu po rozprężeniu” - zastosowana jednakowa punktacja dla wszystkich złożonych ofert nie uwzględnia faktu, że zadeklarowano różne parametry.

W proteście Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty wskazanej firmy w zakresie zadania nr 34;
- 2) odrzucenie oferty tej firmy jako niezgodnej z SIWZ w zakresie zadania nr 34 i wybranej z naruszeniem zasad udzielenia zamówienia poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
- 3) przeprowadzenie ponownej oceny jakościowej w zakresie zadania nr 34;
- 4) ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o złożonym proteście wykonawców w piśmie z dnia 8 kwietnia 2009 r., które firma Boston otrzymała w tym samym dniu. W związku z powyższym firma Boston w dniu 9 kwietnia 2009 r. złożyła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, odpierając podnoszone w proteście zarzuty.

Zamawiający złożony protest w dniu 17 kwietnia 2009 r. oddalił w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty firmy Boston. Jednocześnie też protest uwzględnił w zakresie zarzutów dotyczących przyznanych przez Zamawiającego w trakcie oceny ofert punktów co do wskazanych w proteście parametrów.

W uzasadnieniu protestu, co do zarzutów oddalonych Zamawiający podniósł, że Odwołujący w proteście w żaden sposób nie uprawdopodobnił podniesionych zarzutów. Zamawiający wskazał, że oświadczenie firmy Boston i jej zobowiązania zawarte w ofercie są jednoznaczne i wskazują na realizację umowy zawartej z Zamawiającym w deklarowanym okresie 24 miesięcy. Powoływanie się przez Odwołującego na niezawarcie w przyszłości

umowy dystrybucyjnej z firmą Boston nie mogą dla Zamawiającego stanowić żadnej wiarygodnej informacji, bowiem o ewentualnej kontynuacji umów dystrybucyjnych nie decyduje w żaden sposób Odwołujący.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 27 kwietnia 2009 r. (data nadania w urzędzie pocztowym operatora publicznego) zostało złożone odwołanie, w którym podtrzymane zostały zarzuty, żądania, jak i argumentacja, dotyczące nieodrzczenia oferty Boston, ze wskazaniem na naruszenie przez Zamawiającego w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzutów, które w rozstrzygnięciu protestu zostały przez Zamawiającego uwzględnione Odwołujący nie podtrzymał. Kopia odwołania została w dacie złożenia odwołania przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał dodatkowo, odnosząc się do argumentacji Przystępującej do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu firmy Boston, że stanowisko tej firmy opiera się wyłącznie na domniemaniu, że umowa pomiędzy Abbott i Boston zostanie przedłużona, do czego firma Boston aktualnie – wedle oceny Odwołującego – nie ma podstaw. Do odwołania dołączono również upoważnienie wystawione dla Pana Marka K. - członka Zarządu Odwołującego, z którego wynika, że jest on uprawniony do wypowiedania się w kwestii umowy zawartej pomiędzy Abbott Laboratories i Boston Scientific Corporation, zatem polska spółka Abbott (Odwołujący) ma kompetencje, aby wypowiadać się na temat przywoływanej umowy.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyła firma Boston. Przystąpienie to zawarte w piśmie z dnia 12 maja 2009 r. zostało złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 13 maja 2009 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w przystąpieniach do protestu i odwołania oraz złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że złożone i rozpatrywane przez Izbę odwołanie dotyczy wyłącznie zadania nr 34 w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił krąg podmiotów, które mieszczą się w zakresie uczestników postępowania odwoławczego. W wyniku tych ustaleń oprócz Odwołującego oraz Zamawiającego uczestnikiem postępowania jest również firma Boston jako Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ skutecznie firma ta złożyła swoje przystąpienie tak do postępowania odwoławczego, jak i postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Izba ustaliła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdził też, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana w ramach zadania nr 34, w zakresie którego podniesione zostały w proteście i odwołaniu zarzuty, na trzecim miejscu (przed ofertą najkorzystniejszą – firmy Boston oraz ofertą Medtronic Poland Sp. z o.o.). Zamawiający rozpatrując protest Odwołującego podjął jednak decyzję o uwzględnieniu protestu i dokonaniu ponownej oceny ofert w zakresie zarzutów dotyczących oceny w kryterium oceny medyczno – technicznej (40% - waga kryterium), w którym oferta Odwołującego otrzymała maksymalną ilość punktów. Oferty w tym zadaniu mają być poddane ponownej ocenie ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w proteście Odwołującego, dotyczących przede wszystkim przyznania w tym zakresie nieuprawnionej liczby punktów ofercie Medtronic Polska Sp. z o.o. Tym samym Odwołujący wykazał, że podnosząc na etapie odwołania zarzut dotyczący oferty uznanej za najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu konieczności weryfikacji ilości punktów przyznanych w jednym kryterium ofercie sklasyfikowanej powyżej oferty Odwołującego, a poniżej oferty Boston, ma realne szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia w sytuacji potwierdzenia się podnoszonego w odwołaniu zarzutu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, uwzględniając przy tym ustalenia faktyczne i prawne w sprawie, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie - zarzut zaniechania odrzucenia oferty firmy Boston z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że oferta firmy Boston jest sprzeczna z treścią SIWZ. Przede wszystkim ani w proteście, ani też w odwołaniu nie wskazano jakie konkretnie postanowienia SIWZ miałyby zostać przez firmę Boston naruszone w treści złożonej oferty. Argument Odwołującego wskazany w trakcie rozprawy, że sprzeczność oferty Boston z treścią SIWZ polega na niezgodności z zapisami § 8 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, z którego wynika wymóg:

- 1) ważności świadectwa rejestracji oferowanego wyrobu oraz
- 2) terminu ważności (przydatności) wyrobu przez okres 6 miesięcy od daty dostawy,

nie zasługuje w ocenie Izby na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie wymagał od wykonawców wykazania się w żaden sposób źródłem pochodzenia dostaw żądanego wyrobu. Nie określił w tym zakresie żadnych wymogów do spełniania przez wykonawców. Zamawiający nie był zatem zainteresowany wiedzą odnośnie pochodzenia żądanego produktu, istotne w tym zakresie jest dla niego zobowiązanie się wykonawcy do realizacji zamówienia na określonych w SIWZ zasadach, bez konieczności wykazywania się przez wykonawców możliwościami faktycznymi, czy choćby potencjalnymi pozyskiwania przez wykonawcę określonego produktu, będącego przedmiotem dostaw.

Argumentacja Odwołującego, że firma Boston nie będzie mogła dostarczać określonego w zadaniu nr 34 wyrobu medycznego z powodu nie przedłużenia, po dacie 29 listopada 2009 r. (upływ terminu realizacji umowy) umowy dystrybucyjnej z dnia 8 stycznia 2006 r., zawartej pomiędzy Abbott Laboratories z siedzibą Illinois w Stanach Zjednoczonych, a Boston Scientific Corporation, nie jest w żaden sposób przekonująca. Argument o braku możliwości dostarczania określonego wyrobu nie jest wiarygodny z uwagi na to, że:

- 1) Odwołujący (polska spółka Abbott) nie jest stroną zawartej umowy dystrybucyjnej z dnia 8 stycznia 2006 r., a upoważnienie przedłożone wraz z odwołaniem dla firmy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. reprezentowanej przez Pana Marka K. od firmy Abbott z siedzibą Illinois w Stanach Zjednoczonych, dotyczy składania oświadczeń w zakresie umowy aktualnie zawartej, a nie, ewentualnych, przyszłych umów dystrybucyjnych,
- 2) nie można w tym przypadku wykluczyć również, że firma Boston podpisze kolejną umowę dystrybucyjną z firmą Abbott z siedzibą Illinois w Stanach Zjednoczonych.

Zwrócić należy uwagę, że w przypadku ewentualnego nienależytego wykonywania zamówienia, tj. z naruszeniem terminów realizacji, wymogów co do przedmiotu zamówienia, w tym co do terminu ważności produktu, Zamawiający dysponuje stosownymi środkami prawnymi wynikającymi z postanowień umowy oraz przepisów ustawy Pzp i kodeksu cywilnego (odstąpienie od umowy, kary umowne, odszkodowanie), które umożliwiają mu dochodzenie swoich praw od wykonawcy, z którym zostanie ewentualnie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Na etapie oceny ofert Zamawiający może bowiem opierać się wyłącznie na swoich wymogach co do treści oferty, opisanych w postanowieniach SIWZ oraz treści ofert złożonych w postępowaniu. Podstawą odrzucenia oferty z powodu jej rzekomej niezgodności z SIWZ nie mogą być okoliczności związane ze zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, wynikającymi z realizacji umowy, jeśli szczególnych w tym zakresie warunków Zamawiający w SIWZ nie określił i nie żądał ich weryfikacji na etapie składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby brak zawarcia kolejnych umów dystrybucyjnych pomiędzy Abbott, a Boston nie może stanowić podstawy uznania sprzeczności oferty wykonawcy z SIWZ, skoro w SIWZ, w tym przedmiocie, żadnych wymogów Zamawiający nie stawia. W tym zakresie Zamawiający nie żądał od wykonawców przedłożenia, czy też zapewnienia podpisania umów dystrybucyjnych dotyczących przedmiotu dostawy. Skoro firma Boston zobowiązała się w treści oferty do dostaw określonego wyrobu medycznego PROMUS™ w wymaganym terminie 24 miesięcy, w tym ze wskazywanym 6 miesięcznym terminem ważności wyrobu od momentu dostawy, będzie zobowiązana tego dopełnić, albo ponosić z tytułu niewykonania zamówienia poważne konsekwencje prawne i finansowe.

Na tym etapie postępowania nie jest możliwe zweryfikowanie tych przyszłych zdarzeń ponieważ nosiłoby to znamiona domniemania, a z tego powodu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Z tego też względu skład orzekający Izby uznał, że złożone poczet materiału dowodowego dokumenty, tj. pisemne oświadczenia złożone przez Erica J. S. Wiceprezydenta Boston Scientific Corporation oraz przez Jamey J. Wiceprezydenta Abbott Vascular, nie mają znaczenia dla okoliczności i zarzutów podnoszonych przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszeń przywołanych przez Odwołującego przepisów art.: 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniając również treść § 4 ust. 1 pkt 2

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.), uznano za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....