Sygn. akt KIO 182/21

WYROK
z dnia 11 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2021 r. przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpitalne Centrum Medyczne w Goleniowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Goleniowie
przy udziale wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. w Łodzi i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. w Łodzi na rzecz Szpitalnego Centrum Medycznego w Goleniowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Goleniowie kwotę 3.993 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 182/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpitalne Centrum Medyczne w Goleniowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Goleniowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa materiałów medycznych, przyrządów używanych na salach operacyjnych, wyrobów diagnostycznych, przyrządów do endoskopii i endochirurgii, przyrządów do anestezji i resustytacji, innych pojemników. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w 9 listopada 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 607873-N-2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął postepowanie i w zakresie pakietu (części) 19 wybrał ofertą Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie, w związku z czym 13 stycznia 2021 r. wykonawca SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. w Łodzi wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Medtronic Poland Sp. z o. o. w Warszawie, dalej jako: „Medtronic", która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Medtronic pomimo, że jej treść jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: "SIWZ";
3) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert i dokumentów złożonych przez Medtronic oraz uznanie, że oferta złożona przez Medtronic podlega odrzuceniu, a ofertę najkorzystniejszą złożył odwołujący.
W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotem postępowania w pakiecie 19 w pozycji 4 był:
Uniwersalny adapter do dróg oddechowych z obrotowym portem do połączenia obwodu oddechowego z obrotowym portem do połączenia z rurką intubacyjną/lub tracheotomijną, z potwierdzoną w instrukcji użycia możliwością stosowania przez 7 dni, z portem dostępu w osi adaptera i rurki pozwalającym bez rozłączania obwodu oddechowego oraz bez rozłączania adaptera od rurki intubacyjnej/tracheotomijnej na odsysanie w systemie zamkniętym, otwartym, wykonanie procedury bronchoskopii, mini-Bal, rozgałęziony pod kątem 45 stopni, z jednokierunkowym portem luer do przepłukiwania cewnika umożliwiającym także podanie leku, z silikonową, bezobsługową, samouszczelniającą się, dwudzielną zastawką oddzielającą całkowicie komorę płukania od dróg oddechowych pacjenta.
Odwołujący powołał także, że w odpowiedzi na zadane pytanie 70 zamawiający dopuścił uniwersalny adaptera do dróg oddechowych z opisem:
Adapter zawierający obrotowy port do połączenia obwodu oddechowego z obrotowym portem do połączenia z rurką Intubacyjną lub tracheotomijną. Adapter z gumową zatyczką w osi pozwalającą bez rozłączania obwodu oddechowego oraz bez rozłączania adaptera od rurki intubacyjnej/tracheotomijnej na odsysanie w systemie zamkniętym, otwartym, wykonanie procedury bronchoskopii, mini-Gal, rozgałęziony pod kątem 90 stopni.
Adapter bez jednokierunkowego portu luer do przepłukiwania cewnika.
Odwołujący podniósł, że zgodnie z SIWZ zamawiający oczekiwał zaoferowania adaptera pozwalającego bez rozłączenia obwodu oddechowego oraz bez rozłączenia adaptera od rurki intubacyjnej/ tracheotomijnej na odsysanie w systemie zamkniętym. Tymczasem zaoferowany przez Medtronic łącznik o numerze katalogowym 331/5385 jest niezgodny zarówno z pierwotnymi zapisami SIWZ, jak i parametrami dopuszczonymi w odpowiedzi na pytanie 70, nie pozwala on na wykonanie procedury odsysania w systemie zamkniętym, możliwe jest tylko odsysanie w systemie otwartym. Odwołujący powołał fragment karty katalogowej.

Odwołujący wskazał, że w poz. 5 pakietu 19 zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał zaoferowania sterylnej wody do nawilżania tlenu w jednorazowym pojemniku 500 ml, z adapterem do dozownika tlenu, z możliwością użycia do wyczerpania pojemności opakowania przez okres minimum 30 dni. Dostarczany tlen przepływa przez dwie komory (komorę boczną z otworami dyfuzyjnymi i komorę główną) co zapobiega osadzaniu się cząsteczek wody wewnątrz drenu tlenowego. Dźwiękowy alarm bezpieczeństwa uruchamiany przez ciśnieniową zastawkę upustową o czułości minimum 282 cm H20 (4 psi) zapobiegający uszkodzeniu pojemnika przy przekroczeniu bezpiecznych wartości przepływu tlenu. Wyjaśnił, że Medtronic zaoferował sterylną wodę do nawilżania tlenu Respiflo 500ml, której producentem jest Covidien. Nie spełnia ona wymagań SIWZ, ponieważ dostarczony tlen nie przepływa przez dwie komory tylko przez jedną.
Tym samym, zdaniem odwołującego, treść oferty złożonej przez Medtronic odnośnie nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu.

Wykonawca Medtronic przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 8 lutego 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, w czasie której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne sporu: wymagania zamawiającego wynikające z SIWZ i odpowiedzi na pytanie 70 oraz przedmiot oferty Medtronic zostały przywołane w uzasadnieniu odwołania zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Ich powielanie przez Izbę jest zbędne, zwłaszcza że są one między stronami niesporne. Przedmiotem sporu jest, czy sprzęt oferowany przez przystępującego spełnia wymagania zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nPzp", natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów. Stosownie do art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Pojęcie zarzutu w postępowaniu odwoławczym nie posiada definicji ustawowej, jednak orzecznictwo wypracowało pogląd, zgodnie z którym zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z dokonaną przez niego czynnością lub zaniechaniem czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. *De lege lata* potwierdza to brzmienie art. 516 ust. 1 nPzp. Przepis ten stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W konsekwencji okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu zakreślają granice rozpoznania odwołania.
Izba zważyła, że odwołujący zakwestionował spełnianie przez urządzenie oferowane przez przystępującego wymagań zamawiającego wynikających z odpowiedzi na pytanie 70 wyłącznie z tego powodu, że adapter nie umożliwia pracy w systemie zamkniętym. W związku z tym wywodzenie przez odwołującego na rozprawie niezgodności oferty przystępującego z SIWZ z powodu sposobu podłączenia adaptera do cewnika, próba dokonania definicji systemu zamkniętego na potrzeby badanego postępowania, czy kwestie sposobu spełniania wymagań zamawiającego opisanych w tym pytaniu, stanowią w istocie nowy zarzut. Z uzasadnienia zarzutu dotyczącego poz. 4 oraz treści odpowiedzi na pytanie 70 (treść podkreślona przez odwołującego) jednoznacznie wynika, że zarzutem odwołania był jedynie brak możliwości pracy w systemie zamkniętym, a nie sposób pracy w tym systemie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzuca zamawiającemu, stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 70 zmienił treść SIWZ dopuszczając możliwość zaoferowania urządzenia, które będzie mogło pracować zarówno w systemie otwartym, jak i systemie zamkniętym.

Izba nie miała wątpliwości, że przystępujący zaoferował takie rozwiązanie. Potwierdziła to zarówno prezentacja oferowanego produktu przeprowadzona przez przystępującego, jak i zeznania świadka. Na ich podstawie Izba ustaliła, że w istocie odwołujący i przystępujący oferują dwa różne rozwiązania umożliwiające pracę w systemie zamkniętym, przy czym przystępujący oferuje cały system zamknięty, a odwołujący adapter umożliwiający pracę w systemie zamkniętym po podłączeniu go do cewnika. W konsekwencji wymaganie zamawiającego dotyczące pracy w systemie zamkniętym zostało spełnione w ofercie przystępującego. Oferowany przez niego zamknięty system do odsysania pozwala na prowadzenie procedury odsysania bez rozłączania układu oddechowego. Za jego pomocą możliwe jest wykonywanie procedur związanych z koniecznością uzyskania dostępu do dróg oddechowych pacjenta (w tym odsysania) przez jeden port, bez potrzeby rozłączania układu oddechowego. Łącznik ten jest wyposażony w specjalny otwór obrotowy postu

pacjenta, który zapewnia odizolowanie jego dróg oddechowych, kiedy odsysanie nie jest potrzebne. Prezentacja przeprowadzona przez odwołującego nie może stanowić dowodu na twierdzenie przeciwne. Nie dotyczyła ona rozwiązania oferowanego przez przystępującego. Niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego nie potwierdza również lektura karty katalogowej, gdyż nie wynika z niej możliwość pracy jedynie w systemie otwartym lub wyłącznie możliwości pracy w systemie zamkniętym. Kwestia sposobu łączenia cewnika z adapterem nie była wskazana w odpowiedzi na pytanie 70, w związku z czym nie jest ujęta w treści SIWZ i nie może stać się podstawą oceny ofert w postępowaniu potwierdzony.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący poz. 5 – pojemnika do sterylnej wody służącej do nawilżania tlenu. Prezentacja przeprowadzona przez przystępującego potwierdziła, że tlen przepływa przez dwie komory. Również w tym przypadku rozwiązania oferowane przez odwołującego i przystępującego różnią się co do konstrukcji - rozmiarów jednej z komór, co nie ma znaczenia dla spełniania wymagań zamawiającego. Rozmiary komór, ich położenie względem siebie nie były objęte wymaganiami zamawiającego, nie były opisane w SIWZ i pozostają bez znaczenia dla oceny oferty przystępującego.

Wywodzenie przez odwołującego o przewadze systemu zamkniętego w stosunku do systemu otwartego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia. Po pierwsze, kwestie te były niesporne między stronami. Po drugie, zamawiający wymagał możliwości pracy w systemie zamkniętym i spełnienie tego wymagania w ofercie przystępującego było badane w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający nie wprowadził możliwości wartościującej oceny poszczególnych rozwiązań, nie ustalił kryteriów jakościowych, ani estetycznych. Podjęta przez odwołującego próba wykazania przewagi swej oferty nie ma znaczenia dla losów odwołania. Różnice w oferowanych rozwiązaniach zgodnych z wymaganiami zamawiającego mogą dowodzić wyłącznie otwarcia postępowania na konkurencję.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 oraz art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem zamawiającego przez pełnomocnika w kwocie 3.993 zł 00 gr, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2137).

Pouczenie o długości terminu na wniesienie skargi od orzeczenia Izby oraz ustalenie sądu okręgowego miejscowo właściwego do rozpatrzenia skargi Izba ustaliła na podstawie art. 580 ust. 1 i 2 nPzp z uwzględnieniem art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020)

Przewodniczący:.....