

WYROK

z dnia 1 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 17 września 2010 roku przez **Covimed Sp. z o.o., ul. Przelot 10, 04-622 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Szpital Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź**

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

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Covimed Sp. z o.o., ul. Przelot 10, 04-622 Warszawa**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Zakup drobnego sprzętu do laparoskopii*”, zostało wszczęte przez Szpital Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, zwany dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 29 czerwca 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. W dniu 24 czerwca 2010 r. powołane ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w dniu 29 czerwca 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 123-187941).

W dniu 8 września 2010 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 5.

W dniu 17 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Covimed Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 24 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło

zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez Covidien Polska Sp. z o.o., zwanego dalej Przystępującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Covimed Sp. z o.o.:

Covimed Sp. z o.o., zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez odrzucenie złożonej przez nią oferty dokonane z naruszeniem prawa.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu uchYLENIA czynności odrzucenia jego oferty w pakiecie 5, oraz dokonanie ponownego wyboru spośród wszystkich ofert nieodrzuconych w pakiecie 5.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił złożoną przez niego ofertę uznając, że zamiast zaoferować trokary o ostrzu w kształcie trójkątnym, zaoferowała trokary o kształcie trapezowym. Wykazywał on, iż wbrew stanowisku i twierdzeniom Zamawiającego, zaoferował trokary (przedmiot zamówienia) zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), tj. o ostrzu w kształcie trójkątnym. Jedynie warstwa ochronna miała kształt trapezu, podczas gdy warunki, jakie określił Zamawiający, odnosiły się bezpośrednio do trokarów i ich ostrzy, a nie warstwy ochronnej.

Podnosił, iż Zamawiający w załączniku 1a do SIWZ w pakiecie 5, na 5 str. tegoż załącznika, w poz. 1b i 1d określił, iż oferowane trokary mają mieć ostrze trójkątne. Podkreślał, iż zapisy te nie precyzują rozwarcia kąta w trójkątnym kształcie ostrza, dlatego też nie jest to istotne w świetle zapisów SIWZ, a decydujący jest sam trójkątny kształt. Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający nie wymagał, aby z ofertą wykonawcy składali próbki oferowanych urządzeń, dlatego też takie próbki nie zostały do oferty załączone. Wykazywał, iż krawędź ostrza oferowanego przez niego trokaru jest kształtem trójkątnym.

Odwołujący zwracał uwagę na fakt, iż w powołanym piśmie Zamawiający nie wspomina o kształcie obłym, co czynił na rozprawie. Podkreślał, że w SIWZ nie zostały zawarte informacje o kształcie ostrza i jego wierzchołku, które w jego ocenie powinny zostać zawarte w opisie. Wskazywał, iż ostrze trokara zaoferowanego przez Przystępującego również nie jest zakończone kątem ostrym. Wskazuje, iż kształt tego ostrza został uwidoczniiony na str. 9 zgłoszenia przystąpienia na zdjęciu opisanym, jako trokar zaoferowany przez Przystępującego. Odwołujący podnosił, iż wierzchołek ostrza tegoż trokaru również zakończony jest obłym kształtem, przyznając jednocześnie, iż zaokrąglenie wierzchołka jest mniejsze niż w sprzęcie przez niego oferowanym. Wobec powyższego wykazywał, iż trójkątność ostrza była kwestią umowną, a w SIWZ nie zawarto informacji, iż ostrze to musi być zakończone ostrym kątem. Nie zawarto także zakazu zaokrąglenia wierzchołka ostrza.

Stanowisko Zamawiającego – Szpitala Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Covimed Sp. z o.o. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania. Wyjaśniał on, iż ostrze o kształcie

trójkątnym powinno mieć kąt ostry jak w każdym trójkącie równobocznym. Bokami tegoż trójkąta zdaniem Zamawiającego powinny być krawędzie ostrza stykające się pod kątem ostrym, natomiast podstawę miałyby stanowić umowna linia prosta łącząca ramiona krawędzi ostrza wyznaczona poniżej krawędzi tnących, tj. zaostzonych. Wskazywał, iż rozwartość ramion trójkąta nie ma znaczenia dla definicji tej figury geometrycznej. Istotne jest to, że musi posiadać on 3 kąty, natomiast kształt obły tych kątów nie posiada.

Stanowisko Przystępującego – Covidien Polska Sp. z o.o.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Covimed Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Wnosił on o oddalenie odwołania. Wykazywał, że ostrze zaoferowanych przez Odwołującego trokarów nie mają kształtu trójkątnego, a obły, który nie ma żadnych kątów.

Wskazywał ponadto, iż ostrza te nie są zaostrome z obu stron, jak również, iż Odwołujący treścią oświadczenia zawartego w złożonych przez niego wyjaśnieniach treści oferty wprowadził w błąd Zamawiającego co do faktu posiadania przez oferowane przez niego trokary trójsłupowego zaworu umożliwiającego dokonanie desulfacji bez konieczności odłączenia od trokaru wężyka CO₂.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

3

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, oraz złożone wraz z odwołaniem: opinię prof. Stanowskiego z dnia 7.04.2010 r., opinię dr Ostrowskiego z dnia 21.01.2010 r., opis kielni o kształcie trójkątnym, trapezowym, opis noża do kosiarki WOLF, opis wanny agora i opis twarzy, a także opinię przedłożoną przez Zamawiającego sporządzoną przez prof. Strzelczyka z dnia 22.09.2010 r. jak również dowód z przeprowadzonych na rozprawie oględzin trokarów oznaczonych symbolami C0R63 oraz C0Q56 oferowanych przez Odwołującego.

Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opinii biegłego specjalisty w dziedzinie sprzętu do laparoskopii i elektrochirurgii, ponieważ fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami. Odmówiła również przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z oględzin zaoferowanego przez Przystępującego trokaru, ponieważ uznała, iż został powołany jedynie dla zwłoki. Ocena zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie była przedmiotem oceny Izby w rozpatrywanej sprawie, a ewentualna niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ, nie mogłaby wpłynąć na ocenę zarzutów podnoszonych w rozpatrywanej sprawie. Dlatego też, z uwagi na fakt, iż dowód ten nie miałby jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie, Izba odmówiła jego przeprowadzenia, jako zgłoszonego jedynie dla zwłoki.

Izba oceniając zasadność podnoszonych w odwołaniu zarzutów powstrzymała się

od rozstrzygnięcia w zakresie nowych zarzutów odnoszących się do oferty Odwołującego, które sformułował Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Uznała bowiem, że nie były one zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 września 2010 r., tym samym Odwołujący nie mógł się do nich odnieść we wniesionym odwołaniu. Izba zaś, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

4

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie analizy postanowień SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 1a do SIWZ w pakiecie 5, na 5 str. tegoż załącznika, w poz. 1b i 1d określił, iż oferowane trokary mają mieć ostrze trójkątne.

Odwołujący zaoferował w złożonej przez siebie ofercie trokary oznaczone symbolami C0R63 oraz C0Q56.

Izba ustaliła, że ostrza obu z oferowanych przez Odwołującego trokarów mają kształt owalny, a nie trójkątny, tak jak było to wymagane w powołanych zapisach SIWZ. Śadna część krawędzi ostrza trokaru nie jest odcinkiem prostym, a biegnie ona po łuku owalu. Wiedzą powszechną jest, iż trójkąt ma boki stanowiące odcinki prostej. Tym samym nawet jeśli by przyjąć, że wierzchołki trójkątnego kształtu mogłyby być w jakimś stopniu zaokrąglone, jak to podnosił Odwołujący, to nie sposób uznać kształtu owalnego ostrza zaoferowanych trokarów, w szczególności oznaczonego symbolem C0R63, czy choćby jego wycinka, za trójkątny. W ocenie Izby kształtowi ostrza oferowanych przez Odwołującego trokarów nie sposób przypisać jakichkolwiek cech trójkąta.

Oceniając zasadność dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, Izba uznała, iż dokonał on czynności odrzucenia w sposób prawidłowy. W uzasadnieniu swej czynności podał jedynie błędne uzasadnienie faktyczne, co w ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości samej czynności Zamawiającego. Tym samym Izba, w oparciu o materiał dowodowy zebrany w sprawie, uznała, iż Zamawiający w sposób uzasadniony uznał, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym, że powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Izba powyższe rozstrzygnięcie oparła w decydującym stopniu na przeprowadzonym na rozprawie dowodzie z oględzin oferowanych przez Odwołującego trokarów, uznając, iż dowód ten cechuje się większą wiarygodnością niż dokumentów prywatnie składane przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

5

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:

.....

6