

Sygn. akt KIO/UZP 201/08

WYROK
z dnia 19 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **St. JUDE Medical Sp. z o.o., Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego, Grudziądz, ul. Sikorskiego 32** protestu z dnia 19.02.2008 r.

przy udziale **Medtronic Poland Sp. z o.o., Warszawa, ul. Ostrobramska 101** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **St. JUDE Medical Sp. z o.o., Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **St. JUDE Medical Sp. z o.o., Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **St. JUDE Medical Sp. z o.o., Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa implantów neurochirurgicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 grudnia 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2007/S 237-288367.

Dnia 12 lutego 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, w ramach zadania nr 8, złożonej przez Medtronic Poland Sp. z o.o. (Medtronic). Decyzja Zamawiającego stała się podstawą do złożenia dnia 19 lutego 2008 r. protestu przez St. Jude Medical Sp. z o.o. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655). Protestujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Medtronic, w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Protestujący wyjaśnia, że zgodnie z pkt IV SIWZ wymaganą cechą neurostymulatorów rdzeniowych do leczenia bólu przewlekłego jest m.in. możliwość ustawienia jak największej ilości programów. Zdaniem Protestującego, takie sformułowanie SIWZ, tj. użycie słowa „program” w liczbie mnogiej zakłada, że oferowany sprzęt musi posiadać co najmniej dwa programy. Tymczasem neurostymulatory Medtronic nie pozwalają na ustawienie niezależnych od siebie programów. Przez „program” należy rozumieć niezależne, indywidualne ustawienie dla danego pacjenta – pakiet, pozwalający na stymulację wybranych partii ciała. Celem programów stymulacji jest taki dobór parametrów stymulacji, aby – w zależności od siły i lokalizacji bólów – prowadzić selektywną stymulację. Każdy indywidualny program pozwala na zmianę wszystkich podstawowych parametrów stymulacji. Dodatkowo, w każdym niezależnym programie istnieje możliwość ustawień podprogramów, które nie mogą być utożsamiane z programami, gdyż w podprogramie nie ma możliwości zmiany wartości bazowej – częstotliwości.

Od możliwości ustawienia indywidualnych programów należy odróżnić możliwość konfiguracji podstawowych parametrów stymulacji (w którą wyposażone są wszystkie neurostymulatory), takich jak : polaryzacja, częstotliwość, szerokość impulsu oraz jego amplituda.

Protestujący podkreśla, że oświadczenie Medtronic, iż oferowane neurostymulatory Itrel3 oraz Synergy 7427 posiadają możliwość ustawienia odpowiednio 24 i 64 niezależnych programów jest wynikiem błędnego przyjęcia, iż zaawansowana funkcja niezależnych

programów jest tożsama z podstawową możliwością konfiguracji parametrów podstawowych a neurostymulator Synergy 7427 posiada jedynie podprogram.

Protestujący zaoferował neurostymulatory, które posiadają możliwość ustawienia 24 niezależnych programów, przy czym wszystkie podstawowe parametry mogą być zmieniane. Dodatkowo, w każdym programie można ustawić dwa podprogramy.

Protestujący podkreśla, iż na rynku neurostymulatorów występują jedynie trzy firmy i każda z nich posiada w swojej ofercie urządzenia z możliwością wyboru wielu niezależnych programów, co oznacza, że pojęcie to jest znane każdemu producentowi neurostymulatorów.

Wobec powyższego Protestujący wniósł o odrzucenie oferty Medtronic oraz ponowne dokonanie czynności oceny ofert i wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Dnia 22 lutego 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił się Medtronic, wnosząc o oddalenie protestu.

Przystępujący stwierdza, że dnia 7 lutego 2008 r. został wezwany, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Przyłączający się złożył stosowne wyjaśnienia dotyczące ilości programów, a jakie można ustawić w zaoferowanych neurostymulatorach. Stymulator Irel 3 nominalnie pozwala uzyskać 24 programy a Synergy 64, biorąc pod uwagę jeden stały parametr stymulacji (napięcie, częstotliwość, czas impulsu).

Przystępujący zarzuca Protestującemu, że przedstawił własne definicje programów, podprogramów oraz parametrów stymulacji. Zwraca uwagę, że Zamawiający, jako profesjonalny podmiot dokonał opisu przedmiotu zamówienia, zaakceptował wyjaśnienia złożone przez Przystępującego a następnie wybrał jego ofertę.

Przystępujący podkreśla również, że zgodnie z pkt III SIWZ Zamawiający żądał dostarczenia próbek, miał więc do dyspozycji konkretne urządzenia i mógł dokonać empirycznego sprawdzenia, czy zaoferowane neurostymulatory spełniają wymagania w zakresie parametrów zawartych w SIWZ.

Stwierdza także, że w toku postępowania wykonawcy mają możliwość zadawania pytań dotyczących treści SIWZ, z czego Protestujący nie skorzystał.

Dnia 27 lutego 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu podał, że dokonywał oceny zgodności zaoferowanych implantów z opisem zamieszczonym w SIWZ w oparciu o dostarczone próbki. Oceny dokonywał powołany biegły.

Dodatkowo wszyscy wykonawcy złożyli oświadczenie w treści oferty, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem zamieszczonym w SIWZ i z wypełnionym formularzem cenowym. Zamawiający podkreśla, że posiada ponad roczne doświadczenie w stosowaniu neurostymulatorów Medtronic z bardzo dobrym skutkiem dla pacjentów.

Zdaniem Zamawiającego, interpretacja przez Protestującego pojęć „program” i „podprogram” jest niedopuszczalna na tym etapie postępowania, gdyż Protestujący mógł skorzystać z przysługującego mu prawa do uzyskania wyjaśnień treści SIWZ.

Zamawiający zwraca również uwagę, że wiarygodność Protestującego podważa fakt, że osoba wnosząca protest jeszcze do niedawna reprezentowała firmę Medtronic i rekomendowała neurostymulatory tej firmy.

Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 4 marca 2008 r. wniósł odwołanie. Podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Ponadto Odwołujący się opisał działanie neurostymulatorów, historię tych urządzeń, wyjaśnił definicję pojęcia „program” oraz porównał stymulatory jednoprogramowe i multiprogramowe.

Pierwsze neurostymulatory były to urządzenia jednoprogramowe, co oznacza, że w przypadku, gdy u danego pacjenta występowało więcej źródeł chronicznego bólu o zmiennym charakterze, praca neurostymulatora nie mogła być dostosowana ani do zmiany miejsca bólu ani do zmiany jego charakteru.

System multiprogramowania zapewnia pacjentowi możliwość wyboru najkorzystniejszego w danej chwili programu spośród wielu specjalnie dostosowanych do jego potrzeb i dostrojonych przez lekarza.

Neurostymulator Itrel 3 zapewnia stymulację jednoprogramową, gdyż został zaprojektowany zanim stworzono system multiprogramowy i nie był od tego czasu modyfikowany. Natomiast Synergy 7427 zapewnia jedynie zmianę niektórych parametrów bez możliwości dostosowania urządzenia do wybranej części ciała. Tymczasem powszechnie stosowana definicja „programu” zakłada, że w ramach jednego niezależnego programu możliwe jest odrębne ustawienie wszystkich czterech parametrów częstotliwości, amplitudy, szerokości impulsu oraz polaryzacji.

Medtronic produkuje również neurostymulatory posiadające możliwość multiprogramowania, ale nie zaoferował ich w przedmiotowym postępowaniu. Co więcej, na przykładzie tych najnowszych stymulatorów można stwierdzić, że producent definiuje pojęcie „programu” w taki sam sposób jak Odwołujący się.

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący się powołuje wydruki ze stron internetowych m.in. Medtronic, instrukcje Medtronic, dokumenty Medtronic i broszury informacyjne.

Odwołujący się podnosi, że Zamawiający powołuje się na opinię biegłego, który dokonał oceny zgodności próbek z opisem przedmiotu zamówienia. Opinia ta nie stanowiła załącznika do protokołu postępowania wbrew dyspozycji art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nie sposób stwierdzić kto był biegłym ani czego dotyczyła ekspertyza.

Odwołujący się zwraca uwagę na dokument z dnia 4 lutego 2008 r. „Ocena przedstawionych do przetargu implantów neurochirurgicznych” sporządzony przez Ordynatora Oddziału Neurochirurgii Zamawiającego, który zwiera stwierdzenie, że „produkty oferowane przez te firmy są w wysokim stopniu porównywalne i mimo pewnych różnic w oczekiwanym programowaniu – spełniają postawione wymogi”. Ponadto Odwołujący się podkreśla, że Ordynator jako pracownik Zamawiającego nie jest osobą bezstronną i nie można przyjąć, że jego opinia jest opinią biegłego.

Odwołujący się podnosi, że ze spornego postanowienia SIWZ w oczywisty sposób wynika, iż zaoferowany sprzęt musi posiadać funkcję multiprogramowania (możliwość ustawienia więcej niż jednego programu) i w związku z powyższym zwracanie się do Zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie nie było konieczne.

Zdaniem Odwołującego się interpretacja SIWZ przeczy również regułom interpretacyjnym ustanowionym w art. 65 § 1 k.c.

Dnia 18 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił Medtronic. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący podnosi, że Odwołujący się przekazał kopię odwołania bez załączników, co zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Zespołów Arbitrów, jak i Sądów Okręgowych powinno skutkować odrzuceniem odwołania. Zwraca również uwagę na § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 187, poz. 1327) oraz przepis art. 126 § 1 pkt 5 w zw. z art. 128 k.p.c. W pozostałym zakresie podtrzymuje zarzuty i żądania zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w pkt IV SIWZ dla zadania nr 8 wymagał m.in., aby neurostymulator posiadał „możliwość ustawienia jak największej ilości programów”. Istotą problemu dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie definicji „programu”. Pozwoli to bowiem na rozstrzygnięcie czy produkty zaproponowane przez Przystępującego i Odwołującego się spełniają w istocie wymagania Zamawiającego. Na rozprawie strony przyznały, że każda zmiana parametrów powoduje powstanie nowego programu, czyli każda konfiguracja parametrów stymulacji tworzy nowy program. W świetle takiego stanowiska stron Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wystarczyło zaoferowanie neurostymulatora, który daje możliwość zmiany parametrów stymulacji a w konsekwencji pozwala na tworzenie nowych programów. Możliwości kombinacji parametrów zapewniają urządzenia zaoferowane przez Medtronic i wobec powyższego należy uznać, że spełniają wymagania określone w SIWZ.

Z całą pewnością należy stwierdzić, że urządzenia zaoferowane przez Odwołującego się zaliczają się do grupy urządzeń bardziej zaawansowanych technologicznie, bowiem programy można zapisać (zdefiniować) w generatorze neurostymulatora, co powoduje, że urządzenie jest bardziej komfortowe dla pacjenta. Tak więc walory zaoferowanych przez Odwołującego się urządzeń są niepodważalne. Jednakże należy stwierdzić, że neurostymulator, który nie charakteryzuje się tą cechą i został zaoferowany przez Medtronic spełnia również wymagania Zamawiającego. Różnica polega na tym, że programów (różnych układów konfiguracji) nie można zdefiniować w generatorze urządzenia, ale po wykasowaniu dotychczasowych ustawień, możliwe jest kolejne skonfigurowanie parametrów stymulacji a więc możliwe jest ustawienie nowego programu. Fakt, że nie następuje zapisanie w pamięci urządzenia kolejnych ustawień a więc kolejnych programów, świadczy jedynie o tym, że urządzenia te można zaliczyć do grupy urządzeń prostszych, mniej zaawansowanych, jednakże w świetle powyższego nie sposób uznać, że produkty te nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Zauważyć należy, że Zamawiający żąda możliwości ustawienia a nie predefiniowania programów czy zaoferowania niezależnych programów. Fakt, że jeden z parametrów stymulacji jest stały nie przeczy możliwości tworzenia programów, w sytuacji kiedy pozostałe parametry mogą być zmieniane. I Odwołujący się ten fakt na rozprawie potwierdził.

Odwołujący się powołuje się na dokument stanowiący załącznik nr 6 do odwołania, z którego wynika, że neurostymulator Itrel 3 zapewnia stymulację jednoprogramową. Oznacza to, że w danej chwili pacjent ma do dyspozycji jeden program, który zdefiniował lekarz. Jednakże, jak wyjaśnił Przystępujący i co przyznał Odwołujący się, w stymulatorze tym można zmienić konfigurację parametrów i tym samym utworzyć nowy program. Zatem urządzenie to umożliwia ustawianie programów w takiej ilości, które wyczerpują możliwość konfiguracji zmiennych, którymi są określone parametry stymulacji. Z przywołanego dokumentu wynika bowiem, że neurostymulatory mają szeroki zakres programowanych parametrów i trybów. Urządzenie to jednak nie posiada cechy zapamiętywania kolejnych programów, ale w świetle zapisów SIWZ Zamawiający tego nie wymagał.

Odwołujący się powołuje się również na dokumenty załączone do odwołania a dotyczące urządzenia Synergy 7427. Jak wynika z powyższych dokumentów produkt ten może posiadać jeden lub dwa programy. Odwołujący się podkreśla, że nie są to jednak programy niezależne. Argumentację tę należy uznać za chybioną, gdyż podobnie jak w przypadku urządzenia Itrel 3, produkt ten zapewnia różne możliwości konfiguracji parametrów stymulacji, a więc utworzenie (ustawienie) co najmniej dwóch programów i w tym zakresie spełnia wymagania Zamawiającego.

Zarzut, że Zamawiający nie miał wiedzy, jaki produkt chce zakupić nie może się ostać. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez biegłego, specjalistę z dziedziny neurochirurgii. Co więcej, pojęcia, którymi posługuje się Zamawiający, jak i Odwołujący się są tożsame, zwłaszcza jeżeli chodzi o definicję „programu”. Podkreślić również należy, że produkty były również oceniane, na podstawie dostarczonych próbek, pod kątem zgodności z SIWZ przez tego samego biegłego, który wydał pozytywną opinię w tym przedmiocie. Trudno też podważać obiektywność biegłego, który został wskazany przez Zamawiającego jako autorytet w dziedzinie neurochirurgii i który będąc Ordynatorem Oddziału Neurochirurgii będzie z tych produktów korzystał.

Dowodu z dokumentu – opinia dr Teodora Goroszeniuka - skład orzekający nie wzię pod uwagę z powodu przedstawienia dokumentu w języku angielskim. Na podstawie przepisu art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 18 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim a wszystkie dokumenty sporządzone w języku obcym strona, która się na nie powołuje zobowiązana jest przedstawić ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*