

POSTANOWIENIE

z dnia 26 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez wykonawcę **PROMED Spółka Akcyjna, ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa**,

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) koszty postępowania odwoławczego wzajemnie znosi;
- 3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **PROMED Spółka Akcyjna, ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa**, kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca - PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż urządzeń oraz aparatury stanowiącej wyposażenie nowo budowanego Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” (Pakiet nr VII), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.02.2014 r. pod nr 2014/S 040-065863.

Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”, czynności zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, w wyniku udzielenia wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 1 ustawy, wskutek czego opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) ustaleniu opisu przedmiotu zamówienia w wyniku zmian treści SIWZ w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego,

przez co doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, a także art. 38 ust. 4 ustawy ze względu na fakt, że dokonana przez zamawiającego zmiana treści SIWZ nie była uzasadniona, w szczególności w takim brzmieniu jak to zostało dokonane.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia, odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty, a tym samym narażony na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zarobku.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z żądaniami określonymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz przesłanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w sposób umożliwiający zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem tego terminu, a także uiszczenie wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następujące argumenty.

Przedmiotem zamówienia jest zakup urządzeń i aparatury stanowiących wyposażenie nowobudowanego Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego. Zadanie podzielono na 8 części. W ramach pakietu nr 7 znajdują się stoły operacyjne, których zaofiarowaniem jest zainteresowany odwołujący. W stosunku do treści SIWZ zadano wiele pytań, na które zamawiający sukcesywnie odpowiadał. Istotna pula wyjaśnień została opublikowana w dniu 9 maja 2014 r. W ich rezultacie nastąpiła zmiana SIWZ, która narusza wskazane przepisy ustawy.

Pierwotny opis stołów operacyjnych na mobilnej kolumnie z wymiennymi blatami (jedna z pozycji części VII zamówienia) zawierał w pkt 35 wymagania w stosunku do blatu pediatrycznego określając jego szerokość na „min. 360 mm” (punkt 35 tabeli załącznika nr 1 do SIWZ). Zamawiający nie sprecyzował, czy wymóg ten określa szerokość blatu łącznie z szynami bocznymi, czy też bez ich uwzględnienia, wobec czego powinien on być interpretowany jako całkowita szerokość blatu - ergo: mierzona także z szynami bocznymi. Tak określony wymóg spełniały produkty znajdujące się w ofercie wiodących producentów stołów operacyjnych z wymiennymi blatami takich, jak np. Maquet (którego blat pediatryczny ma szerokość 365 mm bez szyn bocznych i co najmniej 420 mm z szynami bocznymi), oferowany przez odwołującego Trumpf (420 mm bez szyn bocznych, a 470 mm z szynami bocznymi), czy też OPT (360 mm bez szyn bocznych i co najmniej 410 mm z szynami).

W dniu 09.05.2014 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej odpowiedzi na pytania wykonawców, w ramach których znalazła się odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 17.03.2014 r. dotycząca ww. punktu 35 tabeli opisu przedmiotu zamówienia (strona 42 wyjaśnień), która zmodyfikowała całkowicie pierwotne brzmienie wymogu. Na pytanie: *„Czy Zamawiający w punkcie 35 - szerokość blatu pediatrycznego - miał na myśli maksymalną szerokość blatu max. 360 mm, a nie minimalną wartość? Jeżeli tak to czy Zamawiający dopuści do zaofiarowania wysokiej klasy blat pediatryczny o szerokości 365 mm? Pragniemy zauważyć, iż wymóg zaofiarowania blatów o szerokości min. 360 mm pozwoli na zaofiarowanie blatów standardowych o szerokości 550-600 mm i szerszych np.: blatów do bariatryi.”*, Zamawiający odpowiedział: **„TAK, max. 36 cm”**.

W wyniku ww. odpowiedzi wszyscy potencjalni wykonawcy zostali pozbawieni możliwości złożenia ważnej oferty, ponieważ żaden z producentów stołów operacyjnych z wymiennymi blatami nie spełnia po tej modyfikacji wszystkich wymaganych parametrów łącznie. W szczególności w wyniku tej odpowiedzi nie może złożyć oferty odwołujący na stoły operacyjne marki Trumpf - uznanego na całym świecie niemieckiego producenta kompleksowego wyposażenia sal operacyjnych. Firma Trumpf jest jednym ze światowych liderów i w odróżnieniu od m.in. firmy Maquet całe swoje wyposażenie produkuje

w Niemczech. Dodatkowo odwołujący nadmienił, że firma Trumpf jako jedna z nielicznych posiada w swojej ofercie zarówno najwyższej klasy stoły operacyjne z wymiennymi blatami jak i tradycyjne mobilne.

Gdyby powyższa zmiana (w miejsce parametru o wartości „min. 360 mm” wprowadzono wartość „max. 36 cm”) nie nastąpiła, odwołujący mógłby złożyć ważną ofertę na cały pakiet VII ze stołami operacyjnymi Trumpf, których odwołujący jest autoryzowanym dystrybutorem. W przypadku omawianej pozycji, odwołujący mógłby złożyć ofertę ze stołem serii TruSystem, który spełnia wszystkie wymagania zamawiającego za wyjątkiem ww. szerokości blatu pediatrycznego (posiada on bowiem szerokość 420 mm mierzoną bez szyn bocznych, czyli 470 mm wraz z szynami bocznymi). Odwołujący podkreślił, że również stoły operacyjne produkowane przez firmę Maquet spełniają wszystkie wymagania zamawiającego dotyczące stołów operacyjnych mobilnych, stołów operacyjnych mobilnych ginekologicznych i stołów operacyjnych z wymiennymi blatami na kolumnie mobilnej - poza szerokością wspomnianego blatu pediatrycznego (365 mm bez szyn bocznych, czyli co najmniej 420 mm wraz z szynami bocznymi).

Biorąc pod uwagę różnice pomiędzy poszczególnymi szerokościami występującymi u różnych producentów (blat OPT - co najmniej 410 mm z szynami, blat Maquet - co najmniej 420 mm z szynami), dopuszczenie stołu firmy Trumpf o szerokości (mierzonej bez szyn bocznych) 420 mm, w żaden sposób nie wpłynie na wartość użytkową przedmiotu zamówienia, ponieważ jest to blat (podobnie jak w przypadku innych producentów) o około 30%-40% węższy od standardowych blatów operacyjnych. Blat pediatryczny z założenia ma służyć do przeprowadzania różnego rodzaju operacji - począwszy od niemowląt po dzieci, co najmniej kilkuletnie. Oczywistym jest, że blat pediatryczny nie może mieć standardowej szerokości (550 mm-600 mm), ponieważ ma zapewnić swobodny i niczym nieskrępowany dostęp operatorów do pola operacyjnego podczas operacji niemowląt. Odwołujący wskazał, że jednocześnie ma być zapewniony komfort i pełne bezpieczeństwo podczas ułożenia na stole zarówno najmniejszych pacjentów jak i kilkuletnich dzieci. W związku z tym blat taki nie może być skrajnie wąski, ponieważ nie gwarantowałby bezpieczeństwa ze względu na możliwość zsunęcia się ze stołu. Wskazał, że należy mieć na uwadze, iż blat pediatryczny ma także zagwarantować możliwość operacji dzieci kilkuletnich, dlatego też musi zapewniać odpowiednią szerokość umożliwiającą bezpieczne ułożenie kilkuletniego pacjenta. Z tego też względu szerokość blatu pediatrycznego (bez szyn bocznych, które są elementem dodatkowym) powinna oscylować w pomiędzy 36 cm, a 44 cm.

Blat pediatryczny Trumpf zapewnia najlepszy dostęp do pola operacyjnego nawet w przypadku najmłodszych pacjentów, ponieważ jest on osadzony na kolumnie z najmniejszą i najbardziej płaską podstawą na rynku. Konstrukcja i wymiary tej podstawy

pozwalają operatorom na wygodne postawienie na niej stóp i swobodne podejście do pola operacyjnego z każdej ze stron. Dzięki temu blat pediatryczny Trumpf gwarantuje niczym nieskrępowany dostęp operatorów do pacjentów od niemowląt począwszy, przy jednoczesnym zagwarantowaniu bezpiecznego ułożenia pacjenta bez ryzyka zsunęcia się. Odwołujący podniósł, że oferowana szerokość w stole serii TruSystem marki Trumpf różni się od stołów innych producentów o zaledwie 5-6 cm łącznej szerokości. Zarazem różnica ta rozkłada się na dwie strony blatu, co daje rozbieżność w szerokości blatu pomiędzy wspomnianymi producentami rzędu 2-3 cm po każdej ze stron. W praktyce jest to różnica minimalna i niezauważalna, przez co oferowane rozwiązanie jest absolutnie równorzędne względem innych producentów i całkowicie spełnia najwyższe wymagania praktyki klinicznej.

Mając na uwadze powyższe, zmiana SIWZ dokonana na skutek odpowiedzi zamawiającego z dnia 09.05.2014 r. spowodowała, że opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję, gdyż uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, ale także praktycznie wszystkim obecnym na rynku producentom asortymentu objętego pakietem VII.

Odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia odpowiedzi na pytanie 6 ze strony 42 pisma zamawiającego z 09.05.2014 r. (dotyczące parametru 35 dla stołu operacyjnego na mobilnej kolumnie z wymiennym blatem) lub zmiany pkt 35 w opisie stołu operacyjnego na mobilnej kolumnie z wymiennym blatem i nadanie mu brzmienia: „*Szerokość blatu (z szynami bocznymi) max. 47 cm*”.

Uzasadniając swoje żądanie odwołujący wyraził przekonanie, że intencją zamawiającego mogło nie być doprowadzenie do zaistniałej sytuacji (analiza udzielonych odpowiedzi wskazuje raczej na wolę zamawiającego otwarcia SIWZ na różne produkty, a tym samym nie ograniczania konkurencji), która być może jest także wynikiem tendencyjnie sformułowanego pytania przez wykonawcę. Można się domyślać, że jego autorem był podmiot zainteresowany dostawą blatów firmy Maquet, o czym świadczy sugerowanie w pytaniu, aby stoły miały maksymalną szerokość 365 mm, czyli dokładnie tyle ile mają blaty ww. producenta. Analiza kompleksowa parametrów nakazywała każdemu profesjonalście zaoferowanie blatów pediatrycznych przeznaczonych dla grupy najmłodszych pacjentów i nikt zapewne nie wystosował propozycji blatów standardowych. Więc pierwotny opis SIWZ, choć rzeczywiście niefortunny, nie stanowił ryzyka dla zamawiającego. Posłużył natomiast któremuś z wykonawców, jako pretekst do zasugerowania zmiany, której celem nie był interes zamawiającego, jak mogłoby wynikać z treści pytania, lecz pozbawienie możliwości złożenia oferty na blaty Trumpf, stanowiące najpoważniejszą konkurencję dla wyrobów marki Maquet.

Odwołujący wskazał, że jeśli ma rację w swoich przypuszczeniach nt. genezy zmiany opisanego pkt 35, to tym bardziej wskazane postanowienie SIWZ zasługuje na modyfikację.

Zwłaszcza, że jego obecna treść skutkuje kwalifikacją SIWZ jako sprzecznej z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, zaś sama zmiana specyfikacji nie może być uznana za uzasadnioną w myśl art. 38 ust. 4 ustawy. Opis przedmiotu zamówienia (w zakresie pakietu VII, stoły operacyjne na mobilnej kolumnie z wymiennymi blatami, poz. 35) utrudnia uczciwą konkurencję, bezpodstawnie eliminując wyroby oferowane przez odwołującego, które zdecydowanie nadają się do zastosowania zgodnie z przeznaczeniem zamawiającego. Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję. Wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.”*

Jako nawiązanie do powyższego orzeczenia wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: *„Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.”* Tożsame stanowisko zostało przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09.

Reasumując odwołujący podkreślił, że złożenie odwołania wynika z braku możliwości zastosowania na obecnym etapie innych środków formalnych w celu doprowadzenia do usunięcia sprzeczności w SWIZ i umożliwienia złożenia odwołującemu ważnej oferty.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uznał, że odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Zamawiający - Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2014 r. odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w ten sposób, iż dokonuje zmiany pkt 35 w opisie stołu operacyjnego na mobilnej kolumnie z wymienionym blatem (Pakiet VII Zamówienia) i nadaje mu brzmienie: *„Szerokość blatu pediatrycznego bez szyn bocznych mieści się w granicach 360-420mm, a z szynami bocznymi w granicach 410-470mm”.*

W uzasadnieniu pisma zamawiający przedstawił wersję pkt 35 opublikowaną na swojej stronie internetowej w dniu 26 lutego 2014 r. Wskazał, że w dniu 9 maja 2014 r. opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców w ramach, których w odpowiedzi nr 10 znalazła się

odpowieź na pytanie nr 6 z dnia 17 marca 2014 r., dotycząca ww. punktu. Na udzieloną przez zamawiającego odpowiedź zostało wniesione odwołanie. W związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający zmienił treść pkt 35 w przedstawiony wyżej sposób.

Zamawiający wskazał, że wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 19 maja 2014 r. i do zamawiającego nie wpłynęło żadne przystąpienie (22 maja 2014 r.). Wskazał też, że Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron - zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp. Jednocześnie wniósł o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazanie zwrotu uiszczanego wpisu, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza - biorąc pod uwagę, że uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie budziło wątpliwości, w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca (termin zgłoszenia przystąpienia upłynął w dniu 22 maja 2014 r.) - umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. Zamawiający wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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) i nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: