

Sygn. akt: KIO 110/15

WYROK
z dnia 28 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez wykonawcę S. & N. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Nysie, przy udziale wykonawcy STRYKER Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – S. & N. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę S. & N. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Szpital w Nysie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa implantów dla chirurgii urazowo- ortopedycznej, systemów do rekonstrukcji więzadła krzyżowego, brzeszczotów do piły oscylacyjnej, elektrod do VAPR3, zestawów do autotransfuzji, ortopedycznych zestawów do odsysania oraz zestawów do szycia łąkotec.” z podziałem na 18 części. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 19 stycznia 2015 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec zaniechania odrzucenia w zakresie zadania 5 oferty złożonej przez Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych co do części nr 5 zamówienia oraz unieważnienia czynności wyboru w tej części oferty złożonej przez Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie a także odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę co do części nr 5 zamówienia, jako sprzecznej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ].

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] W przetargu dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, w tym na relewantną dla niniejszego odwołania część nr 5 zamówienia, dotyczącą dostawy endoprotez całkowitych stawu kolanowego - cementowych. W zakresie wymogów przedmiotu dostawy objętego częścią nr 5, w Załączniku nr 2 do SIWZ zawarto następujący opis przedmiotu zamówienia [wymogi]: „Endoproteza całkowita stawu kolanowego — cementowa — system małoinwazyjny składająca się z: (a) Część udowa anatomiczna lewa/prawa z wbudowaną trzystopniową zewnętrzną rotacją, dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron z zachowaniem więzadeł wykonana ze stopu Co - Cr do tylnej stabilizacji wykonana ze stopu Co - Cr, (b) Taca piszczelowa tytanowa anatomiczna lewa/prawa dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron, gładko polerowana ze specjalnym mechanizmem zatraskowym, (c) Wkładka polietylenowa uniwersalna o grubościach: 9,11,13,15 i 18 mm, (d) Wkładka polietylenowa do tylnej stabilizacji o grubościach: 9,11,13,15,18,21,25 mm, (e) Cement kostny 40 g z antybiotykiem”.

[2] W toku postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcy w odniesieniu do powyższego opisu przedmiotu zamówienia objętego częścią nr 5 Zamówienia zadali pytanie: „Czy w zadaniu nr 5 Zamawiający dopuści system z wkładkami o grubości 10, 12, 14, 16 i 18 mm; pozostałe parametry zgodnie z SIWZ?” a pismem z dnia 4 listopada 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi (pytanie nr 32): "Zamawiający nie wyraża zgody".
Oferta Stryker Polska sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ:

Część udowa anatomiczna lewa/prawa z wbudowaną trzystopniową zewnętrzną rotacją, dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron	Endoproteza objęta ofertą nie posiada wbudowanej trzystopniowej zewnętrznej rotacji
Taca piszczelowa tytanowa anatomiczna lewa/prawa dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron, gładko polerowana ze specjalnym mechanizmem zatraskowym.	Endoproteza objęta ofertą nie posiada anatomicznej tacy piszczelowej tzn. osobnej dla nogi lewej oraz prawej. Posiadają jedną uniwersalną stosowaną w obu nogach
Wkładka polietylenowa uniwersalna o grubościach: 9,11,13,15 i 18 mm	Endoproteza objęta ofertą posiada wkładki o grubościach 10,12,14,16 i 18 mm
Wkładka polietylenowa do tylnej stabilizacji o grubościach: 9,11,13,15,18,21,25 mm	Endoproteza objęta ofertą posiada wkładki o grubościach 10,12,14,16 i 18 mm

Wobec powyższych odstępstw oferty Stryker Polska sp. z o.o. od jednoznacznie sprecyzowanych warunków zamówienia w zakresie jego części nr 5, oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konieczność odrzucenia przedmiotowej oferty jest tym bardziej oczywista, że - odnośnie grubości wkładek zastosowanych w endoprotezie Zamawiający jednoznacznie udzielił w dniu 4 listopada 2014 r. odpowiedzi na pytanie zadane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że nie dopuszcza endoprotez z wkładkami o grubościach 10, 12, 14, 16 i 18 mm, tj. grubościach zastosowanych w endoprotezach objętych ofertą Stryker Polska sp. z o.o.

Ponadto odstępstwa od wymogów SIWZ, które występują w ofercie Stryker Polska sp. z o.o. wpływają na wartość [cenę] endoprotez. Koszt wytworzenia endoprotez wg. parametrów Stryker Polska sp. z o.o. jest niższy niż koszt wytworzenia endoprotez spełniających wymogi Zamawiającego. Jedynym zaś kryterium rozstrzygającym o wyborze oferty była zaoferowana cena. W konsekwencji cena zaproponowana przez S. & N. sp. z o.o. była wyższa, gdyż uwzględniała koszt endoprotez spełniających wszystkie wymogi Zamawiającego. W tych warunkach, wybór oferty tańszej, w której niższa cena jest wynikiem także przyjęcia parametrów odmiennych, niż objęte SIWZ stanowi oczywiste naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy zgodnie z którym czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być podejmowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na odpowiedź na pytanie udzieloną w dniu 23 października 2014 r., w której dopuścił system zaproponowany przez Przystępującego, wskazując że w drugiej odpowiedzi - tej z 4 listopada 2014 r. - nie dopuścił wkładek o grubościach 10, 12, 14, 16 i 18 mm. Zamawiający podkreślił, że dopuścił dwa systemy endoprotezy stawu kolanowego: [pierwszy – zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, oraz drugi – zgodny z odpowiedzią na pytanie nr 4 z 23 października 2014 r.]. Zamawiający też wskazał, że Odwołujący powołał się na odpowiedź z 4 listopada 2014 r., pomijając wcześniejszą odpowiedź z 23 października 2014 r. Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie oznaczenia części zamówienia, dla której udzielono tej odpowiedzi popełniono oczywistą omyłkę pisarską, ale wyraźnie z niej wynika, że dotyczy ona endoprotezy stawu kolanowego.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Stryker Polska sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący może uzyskać zamówienie w tym postępowaniu.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sporną w sprawie jest kwestia dopuszczalności zaoferowania w postępowaniu [część 5 zamówienia] endoprotez o grubości tacy 8-10-12-15-18-21 mm.

W tej mierze Zamawiający wprowadził w SIWZ postanowienia, stawiające szereg wymagań co do przedmiotu oferty: *„Endoproteza całkowita stawu kolanowego - cementowa - system małoinwazyjny składająca się z: Część udowa anatomiczna lewa/prawa z wbudowaną trzystopniową zewnętrzną rotacją, dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron*

z zachowaniem więzadeł wykonana ze stopu Co –Cr do tylnej stabilizacji wykonana ze stopu Co – Cr. Taca piszczelowa tytanowa anatomiczna lewa/prawa dostępna w ośmiu rozmiarach dla każdej ze stron, gładko polerowana ze specjalnym mechanizmem zatraskowym. Wkładka polietylenowa uniwersalna o grubościach: 9, 11, 13, 15 i 18 mm Wkładka polietylenowa do tylnej stabilizacji o grubościach: 9, 11, 13, 15, 18, 21, 25 mm.”.

Jednocześnie Zamawiającemu zadano dwa pytania, mające znaczenie dla oceny oferty w zakresie części 5 zamówienia przez pryzmat postawionych wymagań:

- w dniu 16 października 2014 r. Przystępujący zwrócił się z następującym zapytaniem: „Pytanie do części 3: Czy Zamawiający dopuści do postępowania system endoprotezy stawu kolanowego o charakterystyce: „Endoproteza całkowita, cementowa, anatomiczna stawu kolanowego, modułarna; osadzana przy pomocy cementu PMMA, składająca się z 4 części: część udowa, anatomiczna (prawa i lewa); część piszczelowa ze stopu kobaltowo-chromowego; wkładka polietylenowa; opcjonalnie część rzepkowa. Endoproteza jednoosiowa w wymiarze A/P i M/L w wersji z zachowaniem więzadeł krzyżowych bądź bez zachowania więzadeł krzyżowych (tylnostabilizowalna). Wkładka typu fixed/mobile (na stałe łączona z płytą piszczelową ale o profilu umożliwiającym rotacje w stawie bez konfliktu elementów protezy między sobą i między tkankami miękkimi; Instrumentarium z możliwością cięcia w szczelinach oraz mierzenia śródszpikowego w części udowej i piszczelowej. Opcjonalnie możliwość zastosowania trzpienia przedłużonego oraz podkładek metalowych umożliwiających uzupełnienie ubytków zrębu kostnego. W skład kompletu wchodzi: część piszczelowa wykonana ze stopu kobaltowo-chromowego w 8 rozmiarach (1 szt), część udowa (prawa, lewa) po 9 rozmiarów dla każdej strony (1 szt.), wkładka polietylenowa o grubościach 8-10-12-15-18-21 mm (1 szt.)?”, na co Zamawiający 23 października 2014 r. udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą wyraził zgodę na tego rodzaju rozwiązanie [odpowiedź nr 4]. W końcowej części zestawu udzielonych odpowiedzi Zamawiający podał, że dokonuje zmiany SIWZ w rozdziale V ppkt 3, dotyczącym potwierdzenia zarejestrowania produktów medycznych.

- w dacie 29 października 2014 r. jeden z wykonawców zadał pytanie o treści: „Czy w zadaniu nr 5 Zamawiający dopuści system z wkładkami o grubości 10, 12, 14, 16 i 18 mm, pozostałe parametry zgodnie z siwz.” na co Zamawiający odpowiedział „Zamawiający nie wyraża zgody.”[odpowiedź na pytanie nr 32].

Na wstępie, podkreślenia wymaga, że rzeczą zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem

zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia. SIWZ opracowana na użytek postępowania winna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający – w związku z dokonaną zmianą – zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia – czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następczo – w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ”. Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: *„Izba podziela w tym zakresie pogląd Odwołującego, że Zamawiający odpowiadając na powyższe pytanie dokonał modyfikacji siwz w zakresie dotyczącym długości kabla UTP, który należy uwzględnić w kosztorysie ofertowym i zestawieniu materiałów ustalając długość tego kabla na ok. 7000 mb. Informacja ta nie musiała być, w ocenie Izby, opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert.”* oraz *„Obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia ciąży na Zamawiającym, który powinien powyższego dokonać zgodnie m.in. z art. 31 ust. 1 Pzp tj. za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający także decyduje o zmianach we wskazanych dokumentach. Modyfikacja siwz, aby była dla wykonawcy wiążąca, musi być mu udostępniona przez Zamawiającego i o ile nie zostanie skutecznie zakwestionowana w wyniku wniesienia odwołania – co do zasady należy przyjąć, iż obowiązuje.”* [wyrok KIO z 12 maja 2010 r. w spr. KIO 729/10].

Następnie udzielenia odpowiedzi wymaga, jakie znaczenie dla ukształtowania obowiązków wykonawców ubiegających się o zamówienie w części 5, ma wyjaśnienie z 23 października 2014 r., co do którego pytający [Przystępujący] wskazał niewłaściwą tj. 3 część zamówienia a nie 5, choć właściwie określił przedmiot tej części, wskazując, że pytanie dotyczy endoprotezy całkowitej, cementowej, anatomicznej stawu kolanowego a następnie przesądzenia wymaga, jaka jest wzajemna relacja dwóch wyjaśnień dotyczących endoprotez stawu kolanowego, w szczególności, czy w ich wyniku Zamawiający wyłączył

możliwość zaferowania o endoprotez o grubości tacy 8-10-12-15-18-21 mm.

Odpowiadając na pierwsze pytanie należało wziąć pod uwagę, że istotnie – najpierw wykonawca zadający pytanie a za nim Zamawiający w treści wyjaśnienia wskazywali na część 3 zamówienia, a nie części 5, odnosząc jednak ich zakres do endoprotez stawu kolanowego. Samo pytanie jak i odpowiedź jednoznacznie wskazują, że odnoszą się one do części 5, skoro mówią wyraźnie o endoprotezie stawu kolanowego, nawiązując dodatkowo do charakterystyki przedmiotu zamówienia opisanego nie w części 3, ale w części 5. Powyższe zatem wyraźnie przekonuje, że powyższe jest wynikiem jedynie omyłki, zaś udzielona odpowiedź nie mogła dotyczyć części 3, ale 5.

Jeśli zaś chodzi o wzajemną relację między dwiema udzielonymi odpowiedziami na pytania, to nie dotyczą one tego samego i wzajemnie się nie wykluczają. Jedynie na pierwszy rzut oka, Zamawiający w drugiej odpowiedzi, tej z 4 listopada 2014 r. wyłączył możliwość zaferowania endoprotez o grubości tacy 8-10-12-15-18-21 mm, co mogłoby pozostawać w sprzeczności z wcześniejszym wyjaśnieniem. Dostrzeżenia wymaga bowiem – po pierwsze – że w odpowiedzi na pierwsze pytanie, Zamawiający wyraził zgodę na możliwość zaferowania całego rozwiązania, z jego pełną charakterystyką, w ramach której mieści się taca o sześciu, następujących stopniach grubości: 8-10-12-15-18-21 mm [wyjaśnienie SIWZ z 23 października 2014 r.]. Tym samym, wskazaną odpowiedzią Zamawiający odstąpił od wcześniejszego wymagania, obejmującego jedynie pięć stopni grubości dla wkładki uniwersalnej oraz siedem dla wkładki do tylnej stabilizacji, zgodził się też na inne grubości wkładki [w miejsce: 9, 11, 13, 15 i 18 mm – dla wkładki uniwersalnej oraz 9, 11, 13, 15, 18, 21, 25 mm. – co do wkładki do tylnej stabilizacji, dopuścił jednolite dla obu rodzajów wkładek grubości: 8-10-12-15-18-21 mm]. Kolejne pytanie, na które Zamawiający odpowiedział 4 listopada 2014 r., dotyczyło natomiast dopuszczenia pięciu stopni grubości wkładek: 10, 12, 14, 16 i 18 mm. Rozwiązanie, na które w tym wypadku Zamawiający nie wyraził zgody obejmowało więc mniejszą skalę grubości wkładek [pięć a nie sześć], odnosiło się też do innych grubości niż we wcześniejszej odpowiedzi [14 i 16 mm]. Z tych względów nie sposób przyjąć, że Zamawiający drugim wyjaśnieniem SIWZ, z dnia 4 listopada 2014 r. dokonał ingerencji we wcześniejsze, dopuszczone przez siebie rozwiązanie. Drugie pytanie dotyczyło bowiem innych grubości wkładek i – co istotne – mniejszej niż wcześniej rozpiętości skali grubości wkładek. Obie odpowiedzi na pytania wiązały zatem w postępowaniu i nie pozostawały z sobą w sprzeczności. Oferta Przystępującego odpowiada zatem treści SIWZ i dopełniającym ją wyjaśnieniom.

Podkreślenia końcowo wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne winno być ukształtowane w sposób czytelny i jednoznaczny, zaś dokumenty opracowane na użytek

postępowania należy odczytywać z uwzględnieniem okoliczności danego postępowania, przyjmując, że stanowią one zespół spójnych i wzajemnie niesprzecznych informacji. Dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie, że nieścisłości, niedopowiedzenia oraz sprzeczności w SIWZ należy odczytywać w sposób, który nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców. Nieprecyzyjne, wprowadzające w błąd wykonawców brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień do tego dokumentu należy traktować na korzyść wykonawców. Doniosłość dokumentów, jakimi są SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu oraz wyjaśnienia SIWZ, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony określają one oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawcy i oferty, w tym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – wyznaczają granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w zakresie wyartykułowanym jednoznacznie i precyzyjnie w postępowaniu. Także ten argument przemawia za uznaniem za nieuzasadnione zarzutów odwołania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Skład orzekający: