

**WYROK**

**z dnia 21 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 7 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

**A. Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 227/14**

**B. Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 229/14**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu specjalistycznego dla Kliniki Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu oraz dla Kliniki Chirurgii Urazowej i Chirurgii Ręki* (nr postępowania 2USK/DZP/PN-169/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**A. Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 227/14**

**B. Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 229/14**

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 227/14 i nakazuje zamawiającemu w zadaniach nr 14 i 15: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie z uwzględnieniem tej oferty badania i oceny ofert.**
- 2. Oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 229/14.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża – w sprawie o sygn. akt KIO 227/14 przystępującego, a w sprawie o sygn. akt KIO 229/14 odwołującego – Biomet**

**Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących: Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2.** zasądza od **przystępującego: Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego: Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa sprzętu specjalistycznego dla Kliniki Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu oraz dla Kliniki Chirurgii Urazowej i Chirurgii Ręki* (nr postępowania 2USK/DZP/PN-169/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_233-403936 z 30 listopada 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.usk.wroc.pl), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.584.373,30 zł, co stanowi równowartość 1.140.505,00 euro.

14 listopada 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną lub faksem zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty: w zadaniach nr 12 i 15 – oferty złożonej przez Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Biomet”}, a w zadaniu nr 34 – oferty złożonej przez Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Johnson & Johnson”}, a także o odrzuceniu w zadaniach nr 12 i 15 – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – oferty złożonej przez Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Comesa”}.

{KIO 227/14}

7 lutego 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Comesa Polska sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty oraz wyboru w zadaniach nr 12 i 15 oferty Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Comesa w zadaniach nr 12 i 15, podczas

gdy treść tej oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

2. Art. 26 ust 4 – przez zaniechanie wezwania Comesa do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonych do oferty oświadczeń i dokumentów dla trzpienia Straight Stem.
3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 – przez zaniechanie wyboru oferty Comesa jako najkorzystniejszej w zdaniach nr 12 i 15.
4. Art 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniach nr 12 i 15:

1. Unieważnienia wyboru oferty Biomet jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Comesa.
2. Dokonania powtórnej oceny oferty Comesa.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ przedmiotem zamówienia było:

– w zadaniu nr 12 (zestaw 12) Pierwotna cementowana endoprotezoplastyka stawu biodrowego – *trzebień cementowy kobaltowo chromowy bezkołnierzowy w dwóch płaszczyznach posiadający kształt klina, zwężający się dystalnie, spłaszczony, samocentrujący się w kanale szpikowym (nie wymagający centralizatora), bez kołnierza, konus 12/14mm;*

– w zdaniu nr 15 (zestaw 15) Endoproteza biodra bi-polarna – *trzebień cementowy bezkołnierzowy w dwóch płaszczyznach posiadający kształt klina, zwężający się dystalnie, spłaszczony, samocentrujący się w kanale szpikowym (nie wymagający centralizatora), bez kołnierza, konus 12/14mm.*

Z kolei Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – uznając, że zaoferowana przez niego w powyższych zadaniach endoproteza dysponuje trzpieniem Straight Stem posiadającym kołnierz.

Odwołujący podniósł, że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ, gdyż zaoferowane w zadaniach nr 12 i 15 trzpienie cementowe typu Straight Stem są trzpieniami bezkołnierzowymi (bez kołnierza), których konstrukcja zasadniczo różni się od konstrukcji i funkcji trzpienia kołnierzowego. Odwołujący wyjaśnił, że głównym elementem trzpienia kołnierzowego jest oparty na kości korowej kołnierz, który ma ograniczać możliwość migracji trzpienia do wnętrza kanału udowego. Wadą tej konstrukcji jest to, że podczas użytkowania kołnierz obłuzowuje się, powodując ucisk na kość korową, a w konsekwencji jej ścieranie się i zużycie (lizę). Odwołujący oświadczył, że takie rozwiązanie konstrukcyjne nie jest

zastosowane w trzpieniu Straight Stem, który jest nowatorskim rozwiązaniem, po raz pierwszy na świecie wprowadzonym przez Maurica E. Müllera w 1977 r. Trzpień ten ma jedynie poszerzoną część proksymalną zakończoną półwałkiem i w całej swojej wysokości przynasady jest równy, a zatem nie ma wystającego rantu, pierścienia, krezy czy kołnierza. Odwołujący powołał się na to, że potwierdzają to załączone do oferty rysunki. Odwołujący dodał, że trzpień ten ma konstrukcję podwójnego klina, jest wyposażony w antyrotacyjne rowki i jest trzpieniem samocentrującym się w kanale kości udowej. Odwołujący stwierdził, że trzpień Straight Stem nie jest oparty na kości korowej – jest wprowadzany w kość korową bezkołnierzowo, a taka konstrukcja eliminuje ryzyko obluzowań i ewentualnych stanów zapalnych.

Zdaniem Odwołującego niezasadne jest uznanie Straight Stem za trzpień kołnierzowy tylko na podstawie nieprawidłowego tłumaczenia w polskiej wersji językowej broszury producenta. Odwołujący wyjaśnił, że tłumaczenie to nie oddaje rozwiązania zastosowanego w konstrukcji trzpienia Straight Stem, widocznego w załączonej broszurze. Według Odwołującego prawidłowo przetłumaczone ang. słowo „collar” lub niem. słowo „kragen” na język polski oznacza również: pierścień, obrozę, chomać, kolię, czy krezę, a wszystkie te elementy w swojej budowie mają przypisaną – według słownika PWN – jedną wspólną cechę: otaczają na całym obwodzie. Odwołujący podkreślił, że trzpień Straight Stem jest zakończony półwałkiem, który nie otacza trzpienia na całym obwodzie, gdyż niewielki półwałek występuje jedynie fragmentarycznie z przodu i z tyłu. Odwołujący stwierdził, że analogiczne rozwiązania mają niemal wszystkie inne protezy bezkołnierzowe, gdyż w przeciwnym razie nie ma możliwości wprowadzenia spoiwa (cementu), które w przeciwnym wypadku przed związaniem mogłoby się przemieścić.

Odwołujący podniósł, że w treści oferty na zadania nr 12 i 15 złożył oświadczenie, zgodnie z którym zaoferowany trzpień Straight Stem jest trzpieniem bezkołnierzowym. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, w związku z wątpliwościami co do rozwiązania technicznego trzpienia Straight Stem, zobowiązany był wezwać Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez niego oświadczeń i dokumentów. Brak wezwania do takich wyjaśnień stanowi o naruszeniu art 26 ust. 4 pzp. Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Izby z 19 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 679/12), nawet w przypadku, gdy oferta zawiera braki, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy bez uprzedniego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp do wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów, z dokładnym opisaniem dlaczego zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje usunięcia braków.

Odwołujący wskazał, że konstrukcja trzpienia Straight Stem jako rozwiązanie pionierskie jest kopiowana przez inne firmy, między innymi przez Biomet, który zaoferował

dokładnie takie samo rozwiązanie. W związku z tym przyjęcie, że rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego jest równoznaczne z zaoferowaniem trzpienia kołnierzewego, powinno również skutkować odrzuceniem oferty Biomet.

Odwołujący zarzucił, że czynności Zamawiającego w postępowaniu ewidentnie świadczą o uprzywilejowaniu Biomet i dążeniu do wyboru oferty złożonej przez tego Wykonawcę, który zaoferował rozwiązanie tożsame jak Odwołujący.

{KIO 229/14}

7 lutego 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru i zaniechania odrzucenia w zadaniu nr 34 oferty złożonej przez Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechania wyboru w tym zadaniu oferty Biomet.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Johnson & Johnson.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Johnson & Johnson.
3. Art. 7 ust. 1 i 2 – przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniu nr 34:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Johnson & Johnson jako najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty Johnson & Johnson.
3. Powtórnego badania i oceny ofert.
4. Wyboru oferty Biomet jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że w zakresie zestawu numer 34 Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał zaoferowania Endoprotezy całkowitej pierwotnej stawu kolanowego z systemem rewizyjnym o następującej charakterystyce:

– w poz. nr 1 – *Endoproteza modułarna trzyczęściowa (część udowa, część piszczelowa, wkładka stawowa) w wersji z zachowaniem więzadła krzyżowego tylnego oraz w wersji tylnozwiązanej. Komponent udowy anatomiczny (prawy i lewy) ze stopu CoCr w minimum 9 rozmiarach. Opcjonalnie możliwość użycia wersji bezcementowej. Komponent piszczelowy ze stopu CoCr w minimum 7 rozmiarach, typu fixed bearing, łączony zatraskowo zapinką*

*z wkładką polietylenową. Opcjonalnie możliwość użycia komponentu piszczelowego z ruchomą wkładką (mobile bearing) oraz komponentu piszczelowego metalowego zintegrowanego na stałe z wkładką polietylenową (typu monoblok). Możliwość użycia wersji bezcementowej. Wkładka stawowa z polietylenu stabilizowanego przeciwutleniaczem w minimum 6 grubościach. Możliwość śródoperacyjnego wyboru wkładki zachowującej PCL, wkładki z tylną stabilizacją, wkładki z dodatkową stabilizacją więzadeł pobocznych, wkładki ruchomej typu mobile bearing.*

*– w poz. nr 2 – Endoproteza rewizyjna stawu kolanowego, modułarna, kłykciowa, tylnie związana. Komponent udowy anatomiczny w minimum 5 rozmiarach, wykonany ze stopu CoCr, z możliwością dokręcenia trzpieni przedłużających oraz klinów wyrównujących ubytki kostne. Komponent piszczelowy uniwersalny ze stopu CoCr, polerowany, występujący w dwóch wersjach: fixed bearing i mobile bearing. Wersja mobile bearing o niesymetrycznej powierzchni uniesionej na środku, dopasowanej do wkładki piszczelowej, w co najmniej 5 rozmiarach. Każda wersja komponentu piszczelowego z możliwością dokręcenia trzpieni przedłużających oraz klinów wyrównujących ubytki kostne. Możliwość założenia bezcementowego kołnierza (tulei) wykonanego ze sprasowanego tytanu o strukturze gąbki, do wypełnienia masywnego ubytku w piszczeli oraz adaptera offsetowego. Wkładka stawowa polietylenowa ruchoma, osadzana na centralnym bolcu tacy piszczelowej, w co najmniej 6 grubościach dla każdego rozmiaru części piszczelowej. Trzpień udowy i piszczelowy w co najmniej dwóch długościach. Możliwość zastosowania offsetu udowego 2,5mm, 5mm lub 7,5mm oraz offsetu piszczelowego 2,5mm lub 5mm. Bloczki udowe i piszczelowe w co najmniej dwóch długościach. Komplet stanowią: komponent udowy i piszczelowy cementowany, wkładka polietylenowa, trzpień udowy i piszczelowy, bloczek udowy i piszczelowy, adapter offsetowy piszczelowy.*

Pismem z 30 grudnia 2013 r. (znak: USK/DZP/PN-169/2013) Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, że dopuszcza możliwość zaoferowania w zakresie zestawu numer 34

*– w pozycji nr 1 – ...endoprotezy modularnej trzyczęściowej (część udowa, część piszczelowa, wkładka stawowa) w wersji z zachowaniem więzadła krzyżowego tylnego oraz w wersji tylnozwiązanej. Komponent udowy anatomiczny (prawy i lewy) ze stopu CoCr w minimum 8 rozmiarach. Opcjonalnie możliwość użycia wersji bezcementowej. Komponent piszczelowy tytanowy w minimum 7 rozmiarach, typu fixed bearing, Opcjonalnie możliwość użycia komponentu piszczelowego z ruchomą wkładką (mobile bearing). Możliwość użycia wersji bezcementowej. Wkładka stawowa z polietylenu wysokiej gęstości „cross-link”. w minimum 6 grubościach. Możliwość śródoperacyjnego wyboru wkładki zachowującej PCL, wkładki z tylną stabilizacją, wkładki z dodatkową stabilizacją więzadeł pobocznych, wkładki*

*ruchomej typu mobile bearing.*

– w poz. nr 2 – ...endoprotezy rewizyjnej stawu kolanowego, modularnej, kłykciowej, tylnie związanej. Komponent udowy anatomiczny w minimum 5 rozmiarach, wykonany ze stopu CoCr, z możliwością dokręcenia trzpieni przedłużających oraz klinów wyrównujących ubytki kostne. Komponent puszczelowy uniwersalny, występujący w dwóch wersjach: ze stopu tytanowego fixed bearing i ze stopu CoCr z wysoce polerowana powierzchnia górną mobile bearing., w co najmniej 5 rozmiarach. Każda wersja komponentu puszczelowego z możliwością dokręcenia trzpieni przedłużających oraz klinów wyrównujących ubytki kostne. Możliwość założenia bezcementowego kołnierza (tulei) zarówno przy komponencie udowym jak i puszczelowym wyrównującego ubytki kostne. Wkładka stawowa polietylenowa ruchoma, w co najmniej 6 grubościach dla każdego rozmiaru części puszczelowej. Trzpienie udowe i puszczelowe w co najmniej dwóch długościach. Bloczki udowe i puszczelowe w co najmniej dwóch grubościach. Komplet stanowią: komponent udowy i puszczelowy cementowany, wkładka polietylenowa, trzpień udowy i puszczelowy, bloczek udowy i puszczelowy, adapter off-setowy udowy.

Spółka Johnson&Johnson złożyła ofertę w zakresie zestawu nr 34, oferując dla pozycji nr 1 i 2 endoprotezę o nazwie handlowej Sigma, jednocześnie składając wraz z ofertą dokumenty mające stanowić potwierdzenie spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie wymaganego – oferowanego przedmiotu zamówienia (dział 7 pkt 7.1 SIWZ). Odwołujący podniósł, że Johnson & Johnson dokonał zmiany w formularzu ofertowo-cenowym w zakresie zestawu numer 34 poz. 2, polegającej na wpisaniu treści udzielonego wyjaśnienia (odpowiedzi nr 2 z pisma z 30 grudnia 2013 r.) w kolumnie 2 poz. 2:

– po pierwsze – z pominięciem treści: ... *Bloczki udowe i puszczelowe w co najmniej dwóch grubościach. Komplet stanowią: komponent udowy i puszczelowy cementowany, wkładka polietylenowa, trzpień udowy i puszczelowy, bloczek udowy i puszczelowy, adapter off-setowy udowy;*

– po drugie – z zawarciem dodatkowej treści: ... *doszyjkowe, stosowane w złamaniach przeskretarzowych. Średnica 6,5 mm w długościach od 60 mm do 130 mm z przeskokiem co 5 mm. Zaśleпки kaniulowane o przedłużeniu: 0 mm, 5 mm, 10 mm, 15 mm i 20 mm. Długość od 69 mm do 120 mm, ilość otworów od 3 do 8 na trzonie i 6 otworów na głowie płyty. Płyty prawe/lewe. Materiał stal.*

Zdaniem Odwołującego powyższe zmiany jednoznacznie wskazują na fakt, że Johnson&Johnson w sposób nieuprawniony dokonał zmian w zakresie formularza ofertowego oraz, co ważniejsze, zaferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami SIWZ, zarówno w zakresie wymagań pierwotnych, jak i zmienionych pismem



z dnia 30 grudnia 2013 r., wypełniając tym samym art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 pzp.

W opinii Odwołującego brak jest podstaw prawnych i faktycznych do traktowania udzielonych przez Zamawiającego 30 grudnia 2013 r. wyjaśnień, w odpowiedzi na pytanie nr 1 i 2, jako dokonanie zmian w wymaganiach podstawowych SIWZ. Z uwagi na brzmienie ostatniego zdania tego pisma *{Powyższe odpowiedzi nie powodują konieczności zmiany treści SIWZ i treści ogłoszenia. Termin składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian}*, wykonawcy muszą spełniać wymagania pierwotne opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego, bez ingerencji w załączniki stanowiące treść SIWZ.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zrezygnował z następujących parametrów granicznych przedmiotu zamówienia wskazanych w załączniku do SIWZ – formularzu cenowym:

{dla pozycji nr 1}

1. Komponent puszczelowy łączony zatraskowo zapinką z wkładką polietylenową.
2. Opcjonalnie możliwość użycia komponentu puszczelowego z ruchomą wkładką (mobile bearing), oraz komponentu puszczelowego metalowego zintegrowanego na stałe z wkładką polietylenową (typu monoblok);

{dla pozycji nr 2}

3. Każda wersja komponentu puszczelowego z możliwością dokręcenia trzpieni przedłużających oraz klinów wyrównujących ubytki kostne. Możliwość założenia bezcementowego kołnierza (tulei) wykonanego ze sprasowanego tytanu o strukturze gąbki, do wypełnienia masywnego ubytku w puszczeli oraz adaptera off-setowego.

4. Wkładka stawowa polietylenowa ruchoma, osadzana na centralnym bolcu tacy puszczelowej, w co najmniej 6 grubościach dla każdego rozmiaru części puszczelowej. Trzpień udowy i puszczelowe w co najmniej dwóch długościach. Możliwość zastosowania off-setu udowego 2.5 mm, 5mm lub 7.5 mm oraz off-setu puszczelowego 2.5 mm lub 5 mm.

Według Odwołującego ponieważ wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (pytanie nr 1 i 2) nie odnosił się do przywołanych powyżej parametrów, a Zamawiający udzielając odpowiedzi dopuścił zmianę opisu przedmiotu zamówienia jedynie w zakresie treści wniosku *{Tak. Zamawiający dopuszcza}*, tym samym zaoferowany przedmiot zamówienia w zakresie zestawu nr 34 winien spełniać również powyższe wymagania.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez Johnson & Johnson przedmiot zamówienia dla poz. nr 1 i 2 w postaci endoprotezy o nazwie handlowej Sigma nie spełnia powyższych wymagań, co wynika z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą, a w szczególności z materiału informacyjnego dla wyrobu medycznego o nazwie handlowej

SIGMA. Odwołujący dodał, że Zamawiający w rozdziale 7 pkt 7.1 SIWZ wymagał, aby każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego złożył wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia wymagań ...*dokładny opis oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego w formie prospektów, katalogów producenta, itp. w języku polskim*) – w przypadku braku powyższych dokumentów oferta zostanie odrzucona jako nie spełniająca wymogów Zamawiającego (z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 PZP). Jednocześnie należy w ZAŁĄCZNIKU NR 1 do SIWZ podać numer strony materiałów informacyjnych, na której wymagane parametry są potwierdzone oraz zaznaczyć (np. zakreślaczem) w materiałach informacyjnych, gdzie znajduje się potwierdzenie wymaganego parametru.

Zdaniem Odwołującego tożsame {do prezentowanego przez niego} stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10 września 2012 r. (sygn. akt 1835/12), wskazując, że: *Należy podkreślić, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź z dnia 26.07.2012 r., dopuszczająca również propozycje ofertowe Odwołującego, w żaden sposób nie wpływała na dotychczasowe wymaganie Zamawiającego odnoszące się do obowiązku posiadania przez przedmiot zamówienia powierzchni protezy pokrytej PMMA – substancją wspomagającą wiązanie cementu kostnego oraz śródoperacyjnego zgięcia stawu kolanowego minimum 150 stopni. Jednocześnie treść oświadczenia Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2012r. była jednoznaczna i wynikało z niej, że oferowany przedmiot zamówienia oczekiwanej przez Zamawiającego funkcjonalności nie posiada. Zatem skoro treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ, to zasadnym było skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uprzednio jednak upewniwszy się przez niego, co do istnienia okoliczności braku zaoferowania przez Odwołującego spornych parametrów.*

Odwołujący zaznaczył, że ustawa pzp nie pozostawia żadnej wątpliwości w zakresie obligatoryjnej konieczności odrzucenia każdej oferty w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które ukształtowało się w tym zakresie pod rządami ustawy pzp nie pozostawia również żadnych wątpliwości co do tego, że w takich jak ten przypadkach, Zamawiający nie może dowolnie interpretować prawa i musi bezwzględnie odrzucić każdą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W odwołaniu przywołano również wypowiedzi doktryny i orzecznictwa co do rozumienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w tym przepisie.

{KIO 227/14}

19 lutego 2014 Zamawiający przesłał do Izby faksem odpowiedź na odwołanie,

w której oświadczył, że – działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp – uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Comesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

{KIO 229/14}

17 lutego 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (pismo z 14 lutego 2014 r.), w której Zamawiający oświadczył, że – działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp – uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

{KIO 227/14 i KIO 229/14}

Na skutek przekazania przez Zamawiającego kopii odwołań – 10 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- A. Biomet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 227/14;
- B. Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 229/14.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

{KIO 227/14}

20 lutego 2014 r. Przystępujący Biomet zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Comesa.

{KIO 229/14}

19 lutego 2014 r. Przystępujący Johnson & Johnson zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Biomet.

{KIO 227/14 i KIO 229/14}

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o odrzucenie któregośkolwiek z wniesionych odwołań.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego wobec zgłoszonych sprzeciwów, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymali wniesione odwołania, a Przystępujący po stronie Zamawiającego wnieśli o ich oddalenie. Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo otrzymania prawidłowego zawiadomienia o ich terminie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołujących i Przystępujących) postępowania odwoławczego w obu sprawach, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska, zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie, zgłoszeniach przystąpień, sprzeciwach, a także wyrażone na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., wyjaśnień treści s.i.w.z. z 30 grudnia 2013 r., ofert złożonych przez Comesa, Johnson & Johnson oraz Biomet, a także z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec braku w przesłanej dokumentacji kluczowego dla sprawy załącznika nr 1 – formularza cenowego, zawierającego opis przedmiotu zamówienia, ze strony internetowej Zamawiającego pobrano plik zawierający ten załącznik i dokonano wydruków dla zadań objętych zarzutami odwołania.

Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Uczestników postępowania odwoławczego, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniach.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby obydwaj Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają ich możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 227/14 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 229/14 podlega oddaleniu.

Izba zaznacza na wstępie, że obie sprawy rozpoznane zostały w granicach zarzutów zawartych w poszczególnych odwołaniach, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Za ugruntowane w orzecznictwie Izby należy uznać stanowisko, że poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony. W konsekwencji, niezależnie od wymienienia na wstępie odwołania zarzutu naruszenia określonego przepisu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Okoliczności te mają decydujące znaczenie ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.* Z kolei w wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: *O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.*

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia

publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. W doktrynie prezentowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Podobnie w judykaturze wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami

s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców). Wstąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z., które nie mają istotnego charakteru.

W prowadzonym przez siebie postępowaniu Zamawiający *de facto* w całości przeniósł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do formularza cenowego, gdyż w dziale III s.i.w.z. pn. *Opis przedmiotu zamówienia* można jedynie dowiedzieć się, że zamówienie obejmuje dostawę sprzętu specjalistycznego dla Kliniki Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu oraz dla Kliniki Chirurgii Urazowej i Chirurgii Ręki, podzielonego na 31 zadana, przy czym dopuszczalne jest złożenie oferty na wszystkie lub niektóre spośród nich. Na podstawie treści działu IX poświęconego wadium można też ustalić, że zadania te nie są kolejno numerowane, gdyż nie ma zadań o nr 3, 4, 22 i 33, w konsekwencji ostatnie zadanie ma nr 35. W dziale XI pn. *Opis sposobu przygotowania oferty* wskazano, że oferta musi być sporządzona według wzoru formularza oferty i formularza cenowego stanowiących załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zawierać: m.in. Załącznik nr 1 – „Formularz cenowy”. Według zgodnych oświadczeń Uczestników postępowania odwoławczego obecnych na rozprawie, załącznik ten był udostępniany przez Zamawiającego wyłącznie w formie elektronicznej jako plik w formacie Excel do pobrania ze strony internetowej szpitala {okoliczność ta okazała się być nie bez znaczenia dla sprawy KIO 229/14}. W pliku zamieszczono arkusze dotyczące poszczególnych zadań {określanych tu mianem zestawów}, przy czym pierwsze kolumny zostały wypełnione przez Zamawiającego opisem danego asortymentu z podaniem zamawianej liczby sztuk. Pozostałe kolumny zostały przeznaczone na podanie przez wykonawcę ceny (jednostkowej netto i brutto, wartości netto, kwoty VAT i wartości brutto) oraz producenta i nazwy handlowej oferowanego asortymentu {w ostatniej kolumnie}. Oprócz tego, w dziale VII pn. *Wykaz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego*, Zamawiający zażądał przedstawienia m.in. dokładnego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia {brzmienie pkt 7.1 zostało adekwatnie zacytowane w odwołaniu Biomet}, który potwierdzałby spełnianie wymagań określonych w drugiej kolumnie arkuszy formularza cenowego, przy czym mógł to być prospekt, katalog producenta itp. Zamawiający oczekiwał ponadto wskazania w formularzu cenowym numeru strony – jak to określił – materiału informacyjnego, na której znajduje się potwierdzenie tych parametrów, a także zakresienia w tych materiałach tego miejsca.

{KIO 227/14}

Niesporne było, że Odwołujący sprecyzował w formularzach cenowych dla zadań nr 12 i 15, że oferuje trzpień producenta Zimmer o nazwie handlowej Straight Stem, dla których załączył ulotkę zatytułowaną *Orginal M.E. Müller Straigt Stem* {strony 92 - 95 dokumentów oferty}. Zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty Comesa w zadaniach nr 12 i 14: *Treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający wymagał do wskazanego systemu endoprotezy trzpienia „bez kołnierza”. Zaoferowana przez Wykonawcę endoproteza dysponuje trzpieniem Straight Stem posiadającym kołnierz*. Lakoniczne uzasadnienie nie ujawnia w jaki sposób Zamawiający doszedł do takiego wniosku. Nie sposób jednak nie zauważyć, że podejmując decyzję Zamawiający dysponował pismem z 16 stycznia 2014 r. przesłanym przez Biomet, w którym wskazano na stronę 93 dokumentów oferty, gdzie zamieszczono następujące zdanie: *Niewielki kołnierz na części bliższej służy do docięnięcia cementu, zapobiega zanurzeniu się trzpienia w cemencie, a wraz z dokładnie wypolerowaną powierzchnią trzpienia Straight Stem pozwala uzyskać bardzo stabilne zamocowanie implantu*. Również w toku rozprawy Przystępujący Biomet wywodził konieczność odrzucenia oferty Comesa wyłącznie z powyższego fragmentu ulotki producenta. Z kolei Odwołujący już w odwołaniu podkreślał, że przedmiotem jego oferty jest trzpień odpowiadający podanemu przez Zamawiającego opisowi, który nie został w żaden sposób zmodyfikowany w wypełnionych i podpisanych formularzach cenowych dla zadań nr 12 i 15. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uznał je w całości, również w tym przypadku nie precyzując, co przywiodło go do zmiany stanowiska. Ponieważ Zamawiający nie stawiał się na rozprawę nie wiadomo, która z jego decyzji oparta została na rzeczywistym zbadaniu zgodności z jego wymaganiami rozwiązania oferowanego przez Odwołującego Comesa. W ocenie Izby Zamawiający jako profesjonalista stosujący w praktyce leczniczej trzpień cementowe na każdym etapie dysponował możliwością podjęcia prawidłowej decyzji, gdyż ocenie podlegało rozwiązanie funkcjonujące na rynku od wielu lat {oryginał ulotki załączonej do oferty Biomet – załączonej do oferty w dwukrotnym pomniejszeniu – z bardzo wyraźnymi zdjęciami i rysunkami trzpienia Straight Stem można z łatwością odnaleźć na stronach internetowych producenta}.

Izba zważyła jednak, że Przystępujący Biomet na rozprawie nie podważył adekwatności zaprezentowanego w odwołaniu rozłącznego podziału konstrukcji trzpieni na kołnierzowe i bezkołnierzowe, opartych na zasadniczo odmiennej koncepcji biomechanicznej. W trzpieniu kołnierzowym element ten, znajdujący się na całym obwodzie górnej części trzpienia {stąd bywa nazywany również pierścieniem, kryzą, rantem}



po wprowadzaniu trzpienia do kanału udowej kości korowej styka się z wylotem tej kości, opierając się o nią, co ma swoje zalety {bezpośrednie przenoszenie obciążenia z implantu na kość; ułatwienie wstawiania}, ale i wady {stały ucisk na kość korową, który może powodować niepożądane efekty długofalowe w postaci ścierania kości i powstania stanów zapalnych}. Natomiast w trzpieniu bezkołnierzowym jego górna część po wprowadzeniu do kanału udowego nie styka się z wylotem tej kości i nie opiera się o niego, dzięki czemu nie ma ryzyka powstania negatywnych efektów związanych z tarciem kołnierza o kość. W ocenie Izby Przystępujący oparł swoje stanowisko wyłącznie na wyrwanym z kontekstu użyciu słowa „kołnierz”, podczas gdy całe zdanie jest elementem opisu sposobu wiązania trzpienia endoprotezy z cementem, a choć rolą przypisaną „małemu kołnierzowi” jest dociśnięcie cementu i zapobieżenie zanurzeniu się w nim trzpienia, nigdzie nie zostało napisane, że styka się on z wylotem kości korowej. Stanowisko przedstawione w odwołaniu znajduje również oparcie w złożonym na rozprawie w tłumaczeniu przysięgłym na język polski piśmie producenta Zimmer GmbH z 11 lutego 2014. r.: *Dodatkowy materiał obecny w obszarze szyjki prostego cementowego trzpienia Original Müller (dalej zwany „stoperem cementowym”) posiada jedynie funkcję ściskania cementu i jego zadaniem nie jest sprzyjanie przenoszeniu obciążenia ani kontrolowanie wstawiania. Zakotwiczenie prostego cementowego trzpienia Original Müller opiera się na zasadzie samo blokowania (samo blokowanie w korze przyśrodkowej i bocznej i lukach wypełnionych powierzchnią cementu w kierunku przednim i tylnym) i nie opiera się na kołnierzach. Stoper cementowy prostego trzpienia Original Müller jest mniejszy od kołnierza i występuje tylko w kierunku przednim i tylnym. W piśmie tym wskazano również, że w kilku referatach wskazuje się, że prosty cementowy trzpień Original Müller nie posiada kołnierza. Opisano również, że trzpień z kołnierzem ma metalową opaskę o szerokości kilku milimetrów wzdłuż całej szyjki (przednio, przyśrodkowo, tylnie), prezentując zdjęcie tego typu rozwiązania, na którym widać szeroki kołnierz na całym obwodzie górnej części trzpienia. Na rozprawie Odwołujący przedstawił również alternatywne tłumaczenie całej ulotki *Orginal M.E. Müller Straight Stem*, tym razem dokonane przez tłumacza przysięgłego, w którym nie użyto słowa „kołnierz” {*Mały półwałek proksymalny wywiera nacisk na cement, zapobiega całkowitemu zanurzeniu się trzpienia w cemencie, a w połączeniu z porowatą powierzchnią endoprotezy Straight Stem zapewnia bardzo stabilną fiksację implantu*}. Dzięki temu zrozumiał się wywód odwołania poświęcony niewłaściwemu przetłumaczeniu ang. słowa „collar”, gdyż wszystkie jego znaczenia w języku polskim stanowią słowa, dla których wspólnym elementem jest otaczanie czegoś na całym obwodzie. O ile za jakość pierwszego tłumaczenia odpowiada Odwołujący, o tyle wystąpienie w nim słowa „kołnierz” nie mogło być samoistną podstawą do automatycznego odrzucenia oferty. Wbrew stanowisku Przystępującego decydujące*

znacznie powinno mieć ustalenie, czy rzeczywiście trzpień cementowy Straight Stem należy do kategorii trzpieni kołnierzowych z punktu widzenia funkcji biomechanicznej protezy, a nie użycie w ulotce słowa „kołnierz” bez związku z tą funkcją. Zamawiający dysponował całą ulotką, czyli kontekstem w jakim zostało ono użyte, a w szczególności zdjęciami i rysunkami, zarówno samego trzpienia, jak i przekrojami obrazującymi jego osadzenie w kości. Jeżeli Zamawiający miał jakieś wątpliwości {Izba nie była w stanie stwierdzić na ile czytelna była ulotka załączona do oryginału oferty, gdyż Zamawiający nie przedstawił oryginału dokumentacji}, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, *de facto* opartej wyłącznie na okolicznościach podanych przez konkurenta, miał obowiązek zwrócić się do autora oferty o ich wyjaśnienie. W zależności od charakteru i zakresu tych wątpliwości, podstawą takiego wezwania mógł być art. 87 ust. 1 {przy wątpliwości co do treści wypełnionego formularza cenowego}, art. 26 ust. 4 {przy wątpliwości co do treści załączonej ulotki} albo oba te przepisy ustawy pzp.

Natomiast Przystępujący Biomet na rozprawie nie przedstawił żadnych dowodów podważających powyższe twierdzenia i dowody Odwołującego. Co więcej, Przystępujący nie zaprzeczył również zawartemu w odwołaniu stwierdzeniu, że oferowane przez Biomet trzpienie stanowią analogiczne rozwiązania z półwałkami, co zdają się potwierdzać zdjęcia zamieszczone w ulotce załączonej do oferty Biomet, a także ogólnie dostępne foldery dotyczące endoprotez typu Taperloc.

{KIO 229/14}

Okoliczności faktyczne przytoczone lub opisane w odwołaniu wymagają następującego uzupełnienia i omówienia. Pierwotne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 34 zacytowane w odwołaniu można uznać za w pełni adekwatne wyłącznie w zakresie poz. 1. Na rozprawie okazało się bowiem, że niesporna między Uczestnikami postępowania odwoławczego jest okoliczność, że zawarty w pliku w formacie Excel opis dla poz. 2 może wyświetlać się na ekranie komputera nie tylko w wersji przytoczonej w odwołaniu, jeżeli chodzi o trzy ostatnie zdania *{Możliwość zastosowania offsetu udowego 2,5mm, 5mm lub 7,5mm oraz offsetu puszczelowego 2,5mm lub 5mm. Bloczki udowe i puszczelowe w co najmniej dwóch długościach. Komplet stanowią: komponent udowy i puszczelowy cementowany, wkładka polietylenowa, trzpień udowy i puszczelowy, bloczek udowy i puszczelowy, adapter offsetowy puszczelowy}*. Podczas kilkakrotnych prób przeprowadzonych w toku rozprawy na pliku pobranym ze strony internetowej Zamawiającego, zdania te w ogóle nie wyświetlały się na ekranie, nie było ich również na wydrukach. Zamiast nich pojawiały się na podglądzie i wydruku fragmenty opisu innych zadań, co charakterystyczne, za każdym razem poprzedzone zniekształceniem ostatniego

słowa w poprzedzającym zdaniu {*Trzpienie udowe i piszczelowe w co najmniej dwóch długościach*} na *dług*, *długilny* lub *długjne*. Odnośnie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 30 grudnia 2013 r. należy uzupełnić, że zarówno pytanie 1, jak i 2 rozpoczynają się od następującego sformułowania: *Proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający w zadaniu nr 34 {pkt 1 albo pkt 2} dopuści...*, po czym następuje opis endoprotezy zacytowany w odwołaniu. Na tak zadane pytania Zamawiający odpowiedział jednobrzmiąco: *Tak, Zamawiający dopuszcza*. Odnośnie oferty złożonej przez Johnson&Johnson na zadanie nr 34, należy dodać, że opis w formularzu cenowym w poz. 1 w pełni odzwierciedla opis objęty pytaniem 1. Natomiast opis w poz. 2 jest zbieżny z pierwotnym opisem przygotowanym przez Zamawiającego, z tą różnicą, że zamiast ostatnich trzech zdań jest tam dodatkowa treść zacytowana w odwołaniu. Odwołujący Biomet pominął jednak, że również w jego ofercie opis zamieszczony w poz. 2 zadania 34 odbiega od opisu, który podał jako właściwy {choć w tym przypadku wystąpił inny wariant podmiiany ostatnich zdań}. W zadaniu 34 dla obu pozycji Johnson & Johnson zaoferował protezy DePuy International, dla których załączył 16-stronicowy katalog w języku polskim zatytułowany *Sigma.My knee. My life*. {w postępowaniu niesporne było, że zaoferowano protezy o nazwie handlowej Sigma}.

W ocenie Izby, niezależnie od tego jaka była intencja Zamawiającego, treść udzielonych przez niego 30 grudnia 2013 r. wyjaśnień treści s.i.w.z. w zakresie opisu poz. 1 i 2 zadania nr 34 mogła być przede wszystkim odczytana jako dopuszczenie możliwości zaoferowania endoprotez o parametrach opisanych w pytaniach zadanych przez Johnson&Johnson. Zarówno pytanie 1, jak i 2 zostały sformułowane *de facto* jako wniosek o dopuszczenie możliwości zaoferowania endoprotez odpowiadających alternatywnemu opisowi, który w kompletnej postaci został podany w ich treści. W przypadku poz. 1 ewidentne jest, że pytający zaproponował nie tylko zmniejszenie liczby wymaganych rozmiarów komponentu udowego z 9 na 8, a także dopuszczenie komponentu piszczelowego wykonanego nie tylko ze stopu CoCr, ale z tytanu {co nie było przedmiotem zarzutów odwołania, ale dobrze pokazuje, że udzielone wyjaśnienia wprost doprowadziły do zmiany pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia}. Wnioskowano również o rezygnację z wymagań: po pierwsze – aby komponent piszczelowy był *łączony zatraskowo zapinką z wkładką polietylenową*, po drugie – z opcjonalnego *komponentu piszczelowego metalowego zintegrowanego na stałe z wkładką polietylenową (typu monoblok)*. W zaproponowanym opisie fragmenty te, niestanowiące w pierwotnym opisie samodzielnych zdań, zostały celowo pominięte. Nieadekwatne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że wymagania w tym zakresie nie uległy zmianie, gdyż nie były przedmiotem pytania. Podobnie w odniesieniu do poz. 2 w treści pytania zaproponowano, aby dopuścić komponent piszczelowy uniwersalny – nie tylko *ze stopu CoCr, polerowany, występujący w dwóch*

wersjach: *fixed bering i mobile bering...* , ale również – *występujący w dwóch wersjach: ze stopu tytanowego fixed bering i ze stopu CoCr z wysoce polerowaną powierzchnią górną mobile bering...* {co również nie było przedmiotem zarzutów odwołania, ale ponownie obrazuje w jaki sposób wyjaśnienia doprowadziły do zmiany pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia}. Przede wszystkim w treści opisu zawartego w pytaniu 2 zaproponowano również, aby możliwość założenia bezcementowego kołnierza (tulei) nie ograniczała się do elementu *wykonanego ze sprasowanego tytanu, do wypełnienia masywnego ubytku w pieszczeli* {ten fragment ze środka zdania wyraźnie został pominięty}, wskazując zamiast tego na *Możliwość założenia bezementowego kołnierza (tulei) zarówno przy komponencie udowym jak i pieszczelowym wyrównującego ubytki kostne*. Podobnie zaproponowano rezygnację w opisie wkładki stawowej polietylenowej, aby była ona *osadzana na centralnym bolcu tacy pieszczelowej* {ponownie en fragment ze środka zdania opisu pierwotnego został wyraźnie pominięty}. Porównanie opisu pierwotnego i opisu sugerowanego w pytaniu uwidacznia, że wnioskowano również o zmianę polegającą na zmianie w określeniu kompletu adaptera offsetowego pieszczelowego na *adapter off-setowy udowy*. Z kolei skoro w treści opisu objętego pytaniem pozostawiono bez żadnych zmian w stosunku do pierwotnego opisu zdanie: {*Trzpienie udowe i pieszczelowe w co najmniej dwóch długościach.*} oraz zdanie: {*Bloczki udowe i pieszczelowe w co najmniej dwóch grubościach.*}, a pominięto znajdujące się pomiędzy nimi zdanie: {*Możliwość zastosowania offsetu udowego 2,5mm, 5mm lub 7,5mm oraz offsetu pieszczelowego 2,5mm lub 5mm.*}, trudno odczytać to inaczej niż jako wniosek o odstąpienie od niego. Niezależnie od tego w przypadku tego wymagania nie sposób rozliczać któregośkolwiek z wykonawców za brak jego spełnienia, gdyż znajdowało się w tej części pierwotnego opisu udostępnionego wykonawcom wyłącznie w wersji elektronicznej, która pojawiała się lub znikwała, z przyczyn niezależnych od wykonawców, o czym świadczy również treść formularza cenowego Odwołującego. Przystępujący nie może zatem ponosić negatywnych skutków braku zapewnienia przez Zamawiającego w tym zakresie jednobrzmiącego i pewnego opisu przedmiotu zamówienia.

Resumując i uzupełniając dotychczasowe szczegółowe rozważania pod kątem zarzutów zawartych w odwołaniu – znacznie udzielonych 30 grudnia 2013 r. wyjaśnień należy rozpatrywać przez pryzmat treści zadanych pytań i udzielonej na nie jednobrzmiącej odpowiedzi, z uwzględnieniem kontekstu, który stanowi przede wszystkim zestawienie opisów pierwotnych i objętych pytaniami. Dokonana powyżej analiza uwidocznia bezpodstawność zarzutów odwołania o konieczności spełnienia parametrów granicznych wymienionych w czterech punktach w uzasadnieniu odwołania {po dwa na każdą pozycję zadania nr 34}. Stanowisko Odwołującego nie jest zresztą ani precyzyjne, ani oparte na solidnych podstawach faktycznych. Z jednej strony w odwołaniu zarzucono niezgodność

oferty Przystępującego zarówno z pierwotnymi, jak i ze zmienionymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, żeby następnie wywieść, że wyjaśnienia treści s.i.w.z. nie wprowadziły zmian wymagań. To ostatnie twierdzenie okazało się być wyłącznie oparte na zamieszczonej przez Zamawiającego na końcu pisma z 30 grudnia 2013 r. uwadze, że udzielone przez niego odpowiedzi nie powodują konieczności zmiany treści s.i.w.z. i treści ogłoszenia. Abstrahując od jej trafności, nie ma wątpliwości, że służyła ona formalnemu uzasadnieniu braku przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert. Skoro Zamawiający dopuścił zaoferowanie w poz. 1 i 2 zadania nr 34 przedmiotu zamówienia o parametrach opisanych w treści pytań, za oczywiście niezasadny należy uznać zarzut nieuprawnionego dokonania przez Johnson & Johnson zmiany opisu przygotowanego przez Zamawiającego we wzorze formularza cenowego, gdyż treść oferty powinna odzwierciedlać dopuszczony w wyjaśnieniach z 30 grudnia 2013 r. opis przedmiotu zamówienia, jeżeli Przystępujący zdecydował się z tej możliwości skorzystać. Wobec ewidentnej zbieżności opisu poz. 1 zadania nr 34 z formularza cenowego Johnson & Johnson z treścią opisu objętego pytaniem 1, nie miało żadnego znaczenia dla sprawy zaprzeczanie przez Przystępującego na rozprawie, że dokonał zmiany w treści formularza udostępnionej przez Zamawiającego {przeprowadzone na rozprawie próby na pliku pobranym ze strony internetowej Zamawiającego wykazały, że w poz. 1 opis nie podlegał żadnym zmianom}. Skoro zaś w treści załączonego dokumentu dla endoprotez typu Sigma nie ma potwierdzenia niektórych parametrów pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi to dodatkowe potwierdzenie, że zadane przez Johnson & Johnson pytania stanowiły *de facto* wniosek o dopuszczenie możliwości zaoferowania endoprotez opisanych w sposób kompletny w ich treści. Wniosek ten Zamawiający rozpatrzył pozytywnie, wprost dopuszczając możliwość zaoferowania endoprotez o charakterystyce opisanej wyczerpująco w pytaniu 1 i 2.

Pozostają jeszcze do rozstrzygnięcia zarzuty podniesione wyłącznie w stosunku do poz. 2, dotyczące pominięcia w formularzu cenowym oferty Johnson & Johnson fragmentu opisu objętego pytaniem 2, a także zamieszczenia dodatkowej treści w stosunku do tego opisu. W ocenie Izby Odwoławczy przyznał w ten sposób, że wyjaśnienia z 30 grudnia 2013 r. prowadziły *de facto* do zmiany opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w przeciwnym razie nie byłoby podstaw do stawiania zarzutów niezgodności treści oferty z dopuszczonym przez Zamawiającego opisem objętym treścią pytania 2. Oba szczegółowe zarzuty należy uznać za niezasadne. Przede wszystkim zarzuty są nieadekwatne dla ustalonego powyżej stanu rzeczy, który polega na tym, że opis zamieszczony w formularzu cenowym Johnson & Johnson stanowi odzwierciedlenie pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem fenomenu przypadkowego zastępowania ostatnich trzech zdań tego opisu fragmentem opisu z innego arkusza, czyli w tym przypadku dodatkowej treści przytoczonej

w odwołaniu. Przystępujący oświadczył na rozprawie, że fragment o ...doszyjkowych, stosowanych w złamaniach przezkrętarzowych i zaślepkach kaniulowanych nie ma żadnego sensu w odniesieniu do endoprotez oferowanych w zadaniu nr 34, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Wobec tego w tym zakresie zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy. Z kolei w odniesieniu do zarzutu pominięcia ostatnich dwóch zdań opisu objętego pytaniem 2, Przystępujący nie tylko oświadczył na rozprawie, że elementy te są oferowane, ale wskazał również miejsca w folderze dotyczącym protez Sigma, gdzie znajduje to potwierdzenie. Przystępujący nie zaprzeczył temu na rozprawie. Skoro również w zakresie poz. 2 załączony dokument potwierdza parametry opisu dopuszczonego na mocy wyjaśnień z 30 grudnia 2013 r., należy uznać za niezasadny zarzut zaoferowania protez nieodpowiadających parametrom opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast poza zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu pozostaje problem wewnętrznej niezgodności oferty Johnson & Johnson – pomiędzy treścią opisu poz. 2 formularza cenowego, powielającego pierwotny opis przedmiotu zamówienia (według oświadczenia Przystępującego na rozprawie na skutek wadliwości zaszytej w pliku przygotowanym przez Zamawiającego) a treścią opisu wynikającego z załączonego dokumentu, potwierdzającego parametry opisu dopuszczonego na mocy wyjaśnień. Przystępujący oświadczył na rozprawie, że jego intencją było zaoferowanie rozwiązania objętego treścią pytania, gdyż tylko takie rozwiązanie jest w stanie dostarczyć. Jednak na podstawie przesłanej dokumentacji postępowania nie sposób stwierdzić nawet, czy wybierając ofertę Johnson & Johnson w zadaniu 34, Zamawiający miał świadomość istnienia tej rozbieżności, którą niewątpliwie należało uprzednio usunąć, aby nie było żadnych wątpliwości jaka jest treść tej oferty i co zostanie dostarczone po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując – Przystępujący był uprawniony do zaoferowania endoprotez odpowiadających opisowi, który został dopuszczony na mocy wyjaśnień treści s.i.w.z. z 30 grudnia 2013 r. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że zaoferowane endoprotezy typu Sigma nie odpowiadają temu opisowi, w istocie zarzut odwołania w tym zakresie opierał się wyłącznie na ogólnym stwierdzeniu, które nie zostało ani skonkretyzowane (nie sprecyzowano jakich parametrów tego opisu nie spełniają endoprotezy Sigma), ani udowodnione, choć to na Odwołującym ciążył – z mocy art. 190 ust. 1 pzp obowiązek udowodnienia twierdzeń, z których chciał wywieść skutek w postaci odrzucenia oferty Przystępującego.

{KIO 227/14 i KIO 229/14}

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach – stwierdziła, że:

**Sygn. akt: KIO 227/14**  
**KIO 229/14**

- w sprawie o sygn. akt KIO 227/14 odwołanie Comesa podlega uwzględnieniu, gdyż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.
- w sprawie o sygn. akt KIO 229/14 odwołanie Biomet podlega oddaleniu, gdyż Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzeczono, jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp. W pierwszej kolejności zaliczając do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 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). W sprawie o sygn. akt KIO 227/14 – stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego Biomet, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego Comesa poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy rachunku. Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 229/14 kosztami postępowania odwoławczego – stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a – został obciążony Odwołujący Biomet.

**Przewodniczący:** .....