

Sygn. akt: KIO/UZP 1270/09

WYROK
z dnia 26 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Renata Tubisz**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez "**Johnson & Johnson**" Poland Sp. z o.o., ul. **Łżecka 24, 02-135 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce** protestu z dnia 4 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża "**Johnson & Johnson**" Poland Sp. z o.o., ul. **Łżecka 24, 02-135 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Hżecka 24, 02-135 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., ul. Hżecka 24, 02-135 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów szewnych, prowadzonym o w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 86 - 124135 z 6.05.2009 r.), w dniu 6 sierpnia 2009 r. został wniesiony protest (datowany 4 sierpnia 2009 r.), a następnie odwołanie przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. Złożenie protestu nastąpiło wskutek powiadomienia w dniu 29 lipca 2009 r. o wyborze najkorzystniejszych ofert w częściach zamówienia, oznaczonych jako pakiety nr 2, 9 i 11.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Kielcach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz.1655, z 2008 r. Nr 171 poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, dalej: ustawa Pzp), tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 i 3 tej ustawy przez:

- 1) wybór ofert najkorzystniejszych z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych,
- 2) zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w pakietach nr: 2, 9 i 11;
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert w pakietach nr: 2, 9 i 11;
- 3) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w pakietach nr: 2, 9 i 11.

Odwołujący oświadczył, że jako uczestnik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiada interes prawny w rozstrzygnięciu protestu zgodnie ze zgłoszonymi żądaniami.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu odwołujący stwierdził, iż doszedł do przekonania, że czynność wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach oznaczonych jako pakiety nr: 2, 9 i 11 rażąco narusza przepisy ustawy, a także jego interes prawny. Czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty dotknięta jest wadą, albowiem narusza dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem w świetle obowiązujących przepisów tej ustawy, powinna zostać uznana za błędną. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 treść oferty ma odpowiadać treści SIWZ, co oznacza, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w opisie pakietów zawarł szereg szczegółowych wymagań, którym winny odpowiadać oferowane wyroby – materiały szewne. Tymczasem, za najkorzystniejsze uznane zostały oferty, których treść, zdaniem odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ, i tak:

1) część (pakiet) nr 2 - za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę nr 10, złożoną przez Hand - Prod Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie. W pozycji nr 3 Hand-Prod zaoferował igłę odwrotnie tnącą. Zaoferowany produkt nie spełnia wymogów SIWZ. Pomimo zgodności opisu katalogowego (podaje on, że zaoferowana igła jest igłą tnącą), dostarczona próbka produktu wskazuje, że nie spełnia on wymagań stawianych przez zamawiającego. W odpowiedzi na pytania zadane w dniach 20.05.2009 r. oraz 9.06.2009 r., zamawiający zrezygnował z mechanizmu blokującego oraz dopuścił igłę o długości 19 mm, jednak miała to być igła tnąca, a nie odwrotnie tnąca - jaką zaoferował Hand - Prod. Obraz graficzny opisujący przedmiot zamówienia wyraźnie wskazywał na igłę konwencjonalnie tnącą, z opisem tnąca. W obrębie pakietu 2 zamawiający różnicował, jeśli zamówienie miało opiewać na igłę odwrotnie tnącą, czego przykładem jest pozycja 1 pakietu 2 oraz odpowiedź na pytanie z dnia 20.05.2009 r. o dopuszczenie igły odwrotnie tnącej w pozycji 5, gdzie przedmiotem zamówienia była igła o takim samym rodzaju ostrza jak w pozycji 3. W obrębie innych pakietów (pakiet 9 pozycja 29, pakiet 10 pozycja 5), gdzie zamawiający wymagał igły tnącej z obrazem graficznym igły konwencjonalnie tnącej, a więc o takim samym rodzaju ostrza jak w pozycji 3 pakietu 2, również w odpowiedziach na pytania: odpowiednio z dnia 14.05.2009 r. oraz z 9.06.2009 r., zamawiający nie dopuścił igły odwrotnie tnącej. W przekonaniu odwołującego, zamawiającemu wyraźnie chodziło o igłę konwencjonalnie tnącą. Jeśli oferent chciał

zapropnować igłę o innym rodzaju ostrza, należało zadać pytanie o jej dopuszczenie;

2) część (pakiet) nr 9 - za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę nr 12 złożoną przez Covidien Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Oferta Covidien nie odpowiada treści specyfikacji w następującym zakresie:

- a) w pozycji 22 - Covidien zaoferował szew z igłą o długości 26 mm, podczas gdy zamawiający wymagał długości igły 31 mm;
- b) w pozycji nr 35, 38 - zaoferowany produkt nie spełnia wymagań SIWZ, zaoferowano szew o długości nici 45 cm, podczas gdy zamawiający wymagał długości nici 75 cm;
- c) w pozycji nr 39 - zaoferowany produkt nie spełnia wymagań SIWZ, zaoferowano igłę o długości 5,5 mm, podczas gdy w specyfikacji zamawiający wymagał szwu o długość igły 8 mm, w odpowiedzi na pytania z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił długość igły 6 mm;
- d) za sprzeczne z treścią SIWZ, odwołujący uznał zaoferowanie szwu typu Polysorb, gdyż zamawiający określił podtrzymywanie tkankowe na 30, 35 dni. Z dostępnych informacji katalogowych firmy Covidien wynika, że efektywny okres podtrzymywania tkankowego szwu Polysorb wynosi około 3 tygodnie. Odpowiednio jest to: 80% po 14 dniach oraz po 3 tygodniach w przybliżeniu 30%. Zamawiający wymagał szwu o efektywnym okresie podtrzymywania 4 - 5 tygodni, a nie 3 tygodnie. Jest to dość istotna różnica, zwłaszcza jeśli szew zostanie użyty do implantacji w przypadku struktur anatomicznych, które goją się w okresie powyżej 3 tygodni.

3) część (pakiet) nr 11 - za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę nr 10 złożoną przez Hand – Prod Sp. z o. o., która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pozycji nr 3, zaoferowano szew z igłą odwrotnie tnącą, zamawiający wymagał igły konwencjonalnie tnącej, kosmetycznej, dwuwklęsłej. Dostarczona próbka produktu wskazuje, że zaoferowana igła jest igłą odwrotnie tnącą, niekosmetyczną. W odpowiedzi na pytania z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił igłę ostrą, ale z zachowaniem pozostałych parametrów bez zmian. Na zadane pytanie: "czy zamawiający dopuści w pakiecie 11 poz.3 igłę ostrą? pozostałe parametry bez zmian? udzielono odpowiedzi: „Tak." Tym samym dopuszczona została igła tnąca, niekosmetyczna, ale z zachowaniem jej pierwotnych parametrów, tj. długości igły, długości i grubości nici, jak i jej rodzaju ostrza - igła konwencjonalnie tnąca.

Z poczynionych ustaleń faktycznych oraz z dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący wywodził obowiązek zamawiającego, odrzucenia ofert, których treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec

powyższego uznał zaniechanie odrzucenia wskazanych ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ za rażące naruszenie ustawy Pzp. Wskazał, iż konsekwencją takiego zaniechania będzie nieważność umowy, zawartej w obarczonym wadą postępowaniu, wynikająca z treści art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Covidien oraz Hand - Prod zaoferowały wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w SIWZ. Odwołujący podnosił, iż doznał uszczerbku w interesie prawnym, na skutek zaniechania wyboru złożonej przez niego oferty pomimo, iż w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, była ofertą najkorzystniejszą.

Pismem doręczonym dnia 17 sierpnia 2009 r., zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu zamawiający odpierał zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc:

Ad.1

- a) opis katalogowy w pakiecie 2 w pozycji 3 firmy Hand - Prod jest zgodny z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- b) ocena próbki dokonana przez ordynatora Oddziału Kardiochirurgii również potwierdza zgodność opisu katalogowego, nie stwierdza nieprawidłowości. Ocena punktowa jest porównywalna z oceną punktową firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o.

Ad.2

- a) w pakiecie 9, pozycja 22, zamawiający wymagał długości igły 31mm, oferent - firma Covidien zaoferowała szew i igłę 31 mm, co jest zgodne z SIWZ, zatem zarzut jest bezzasadny;
- b) w pakiecie 9, w pozycji 35 i 38, zamawiający wymaga długość nici 75 cm, firma Covidien zaoferowała również długość nici 75 cm, co jest zgodne z SIWZ, zatem zarzut jest bezzasadny;
- c) w pakiecie 9, w pozycji 39, zamawiający wymagał igły o długości 8 mm, firma Covidien zaoferowała również igłę o długości 8 mm, co jest zgodne z SIWZ, zatem zarzut jest bezzasadny;
- d) w SIWZ zamawiający określił: szew syntetyczny, wchłaniający, wielowłóknowy, powlekany, okres podtrzymywania tkanek 30,35 dni, okres wchłaniania do 70 dni. Oferent firma Covidien proponuje szew Polysorb. Na ulotkach nici jest umieszczona informacja "brak znaczącego podtrzymania tkankowego w 35 dniu," co oznacza, iż dla różnych rozmiarów to podtrzymanie może być bardzo różne,

choć zapewne nie przekracza 10% USP. Zamawiający zaznaczył, że materiał w produkcji obu szwów (Coated Vicryl firmy Johnson & Johnson i Polysorb firmy Covidien jest ten sam). Mechanizm rozpuszczenia również - hydroliza. Szwy te używane są zamiennie w wielu ośrodkach w Polsce i na świecie - jako odpowiedniki. Dostarczone próbki szwów chirurgicznych Coated Vicryl i Polysorb były oceniane przez lekarzy, ocena jest porównywalna. Brak jest zastrzeżeń dla rodzaju nici Polysorb, nici te były już używane przez zamawiającego.

Ad.3

w pakiecie 11, w pozycji 3, zamawiający wymagał szwu z igłą konwencjonalnie tnącą kosmetyczną, dwuwkłęską. W odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 9.06.2009 r., zamawiający dopuścił igłę ostrą, pozostałe parametry bez zmian. Oferent Hand-Prod w pozycji 3 złożył ofertę na produkt, którego opis katalogowy jest zgodny z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego. Ocena jakości próbki dokonana przez ordynatora Oddziału Otolaryngologii nie stwierdza nieprawidłowości. Ocena punktowa jakości jest porównywalna z oceną jakości próbki firmy Johnson & Johnson.

Z wymienionych wyżej względów, zamawiający uznał protest za pozbawiony uzasadnionych podstaw.

W odwołaniu wniesionym w dniu 26 sierpnia 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej na część: 2,9 i 11;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w częściach oznaczonych jako pakiety nr 2, 9 i 11;
- 3) odrzucenia ofert złożonych przez Hand - Prod Sp. z o.o. oraz Covidien Polska Sp. z o.o. na wymienione wyżej części zamówienia;
- 4) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część: 2,9,11 zamówienia.

Odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w uzasadnieniu protestu. Podał, iż jako uczestnik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, posiada interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania zgodnie ze zgłoszonymi żądaniami.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia, iż czynność wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach przez niego kwestionowanych, winna być uznana za błędną. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, co oznacza, że oferta w zakresie istotnych postanowień, do których należą właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, musi

odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w specyfikacji. Zamawiający w opisie części zamówienia (pakietów) zawarł szereg szczegółowych wymagań, którym powinny odpowiadać oferowane wyroby. Tymczasem, za najkorzystniejsze uznane zostały oferty, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wywodził, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi podstawę do odrzucenia oferty w razie niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ, z czego wynika obowiązek odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji, zaniechanie tych czynności należy uznać za rażące naruszenie ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania. Dla odwołującego nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Covidien i Hand - Prod zaoferowały wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w SIWZ. Nie dokonując czynności odrzucenia ofert złożonych przez Covidien i Hand - Prod, zamawiający nie dokonał poprawnej i rzetelnej oceny złożonych w postępowaniu ofert, przez co dopuścił się naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp, a odnoszących się do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W udzielonej odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1270/09 zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zamawiający stwierdził, iż po ponownym, wnikliwym przeanalizowaniu zarzutów odwołania, doszedł do następujących wniosków:

Do ad. 1. Odnośnie zarzutu odwołującego, iż w pakiecie nr 2 wybrano igłę odwrotnie tnącą wbrew warunkom SIWZ, zamawiający podkreślił, iż w SIWZ wymagał igły tnącej. Z oferty firmy Hand-Prod wynika, iż zarzut odwołującego jest bezpodstawny, bowiem zaoferowano właściwą igłę wymaganą zgodnie z SIWZ (przekazał w załączeniu kserokopię str. 73 złożonej oferty oraz ocenę użytkowników przedstawionych próbek). Zamawiający podał, iż dokonał wyboru oferty w oparciu o kryteria oceny, obejmujące również cenę. Oferta odwołującego była znacznie droższa od wybranej oferty (o 411 267,77 zł.). Podnosząc powyższe, odwołujący i tak nie uzyskałby zamówienia, bowiem jako przedstawiający wydatnie droższą ofertę, nie ma w tym wypadku interesu prawnego.

Do ad. 2 a i b. Zamawiający w SIWZ wymagał kilku parametrów spełnianych jednocześnie. Oczekiwano nici chirurgicznych o wymiarze 2,0, o długości nitki 75 cm oraz igły 1/2 koła i długości 31 mm i igły okrągłej. Wybrana firma Covidien (oferta nr 12 poz. 22) zaoferowała szew chirurgiczny Polysorb, dokładnie posiadający parametry wymagane przez zamawiającego i takie nici byłyby kupowane przez zamawiającego, zgodnie z załącznikiem do umowy (w załączeniu SIWZ, pakiet 9 poz. 35 i 38, strona 21, 22 i str. 13 oferty). Zamawiający, zgodnie z wymogami SIWZ (poz. 35-38 str. 13) oceniał przez użytkownika dr

Tomasza C. próbkę, która to ewidentnie i faktycznie spełniała wymagania zamawiającego opisane w SIWZ. Nadto zamawiający wybrał ofertę tańszą od ceny zaoferowanej przez Johnson & Johnson o kwotę 159 060,64 zł, a więc brak jest po stronie wymienionego wykonawcy interesu prawnego do kwestionowania wybranej oferty;

Do ad. 2 c. Nie jest również zasadny, w przekonaniu zamawiającego, zarzut wyboru w pozycji nr 39 produktu nie spełniającego wymagań SIWZ, ponieważ zamawiający wymagał 8 mm długości igły, a taką właśnie zaoferował wybrany wykonawca, co wynika z pakietu nr 9 poz. 39 załącznika oferty Covidien Polska Sp. z o.o.;

Do ad. 2 d. Odnośnie cech nici chirurgicznych w odniesieniu do długości podtrzymywania tkanek, to zamawiający podkreślił, iż okres podtrzymywania tkankowego uzależniony jest od rozmiaru nici chirurgicznych. I tak zarówno nici Vicryl, oferowane przez Johnson & Johnson jak i nici Polysorb, posiadają okres podtrzymywania tkanek do dwóch tygodni, przy porównywalnym rozmiarze nici u obu wykonawców (w załączeniu przedstawił str. 305 oferty Covidien i katalogu Johnson & Johnson). Zwrócił uwagę na identyczny okres wchłaniania. Zamawiający wybierając dane nici uznał też, że jakościowo są one porównywalne, o czym mowa w ocenie punktowej jakości nici, przyznanej przez użytkowników.

Do ad. 3. Za nieprawdziwe uznał zamawiający stwierdzenie, iż firma Hand-Prod Sp. z o. o. złożyła ofertę na igłę odwrotnie tnącą. Oferta, katalog i próbka potwierdzają wymagania SIWZ.

Tak więc zamawiający stwierdził, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie przetargowe, nie znajdował podstaw do odrzucania ofert wybranych firm na części nr: 2,9,11 zamówienia, bowiem po starannej ocenie ich zgodności z wymaganiami, uznał, że obiektywnie spełniały one warunki SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, oferty Covidien Polska Sp. z o. o., oferty Hand – Prod Sp. z o. o., pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba ustaliła oraz zważyła co następuje.

Według zgodnego oświadczenia stron, okres związania ofertą, wynoszący 60 wraz z dniem składnia ofert 16.06.2009 r. nie upłynął, gdyż uległ ustawowemu zawieszeniu wskutek wniesienia protestu. Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. na podstawie art. 181 ust. 2a Pzp wezwał wykonawców Hand – Prod Sp. z o. o. oraz Covidien Polska Sp. z o. o. do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Odwołującego zamawiający nie wzywał do przedłużenia ważności wadium. Wykonawcy Covidien Polska Sp. z o. o. i Hand - Prod Sp. z o. o. przedłożyli aneksy do gwarancji wadialnych, przedłużające ich ważność. Natomiast odwołujący nie przedłużył wadium ani nie wniósł nowego wadium. Na dzień rozpatrywania sprawy, oferta odwołującego nie pozostawała zabezpieczona wadium. Okres ważności złożonej gwarancji bankowej GK09-1460013 Banku City Handlowy z 26 maja 2009 r. wyznaczony był do dnia 16 października 2009 r. Zgodnie z art. 190 ust. 2 Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Postępowanie zostało podzielone na 26 części zwanych pakietami.

Odwołujący kwestionuje dokonany wybór ofert na części:

Nr 2, poz. 3; Nr 9 – poz. 22, poz. 35, poz. 38, poz. 39; Nr 11 – poz. 3.

W rozdziale XVII kryteria oceny ofert, zamawiający podał:

- cena oferty – 75%
- ocena techniczna - walory techniczno użytkowe 25%, gdzie ilość uzyskanych punktów miała być przemnożona przez wagę kryterium.

Ocena jakościowa w odniesieniu między innymi do pakietów 2,9 i 11 miała być dokonywana w oparciu o podkryteria:

1. rodzaje rozwiązań konstrukcyjnych zapewniających stabilność igły w imadle;
2. odporność igły na złamania, wygięcia;
3. ostrość igły po wielokrotnym przejściu przez tkanki;
4. łatwość wiązania nici;
5. pewność węzła po zawiązaniu;
6. odporność nitki na zerwanie;
7. pamięć skrętu;
8. trwałość połączenia igły z nitką.

Jakość miała być oceniana na podstawie przedstawionych próbek (rozdział X pkt 2.3 SIWZ) w odniesieniu do wymienionych pozycji poszczególnych pakietów:

- Nr 2 poz. 3,4,9,10,11;

- Nr 9 poz. 1,18,19,20,24,31,32,35,36,40,41,43,44;
- Nr 11 poz. 3 i 4.

W rozdziale X SIWZ – dokumenty wymagane, zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą:

Pkt 2.2 materiałów informacyjnych (katalogów oferowanych produktów, z zaznaczeniem pakietu oraz pozycji, której dotyczą, pozwalające zamawiającemu na stwierdzenie wymaganych parametrów.

W rozdziale X 2.3 SIWZ zamawiający wymagał nadesłania próbek po 1 sztuce wyłącznie do wymienionych pozycji pakietów, tych które podlegały ocenie w kryterium jakości.

Na stronie 11 SIWZ, zamawiający zamieścił legendę, zawierającą symbole graficzne oznaczonych parametrów poszczególnych rodzajów igieł, podane w opisie pozycji dla poszczególnych pakietów w formularzach ofertowych.

Dla kwestionowanych części i pozycji zamówienia zamawiający ustanowił następujące wymagania w odniesieniu do parametrów, którymi szwy miały się obligatoryjnie charakteryzować:

część 2 szew syntetyczny, niewchłaniający, jednowłóknowy, polipropylenowy, należało podać

- poz. 3 wyszczególnienie/nazwa handlowa, rozmiar 3/0, długość nitki podana lub dłuższa 75 cm, opis igły 3/8 koła, długość igły +- 10%, - 35 mm, symbol igły – igła tnąca (mechanizm blokujący) ilość sztuk 2400; odpowiedzią na pytanie 16 z dnia 9.06.2009 r. zamawiający odstąpił od wymagania mechanizmu blokującego, odpowiedzią na pytanie 14 pismem z dnia 14.05.2009 r. zamawiający dopuścił igłę 19 mm;

część 9: szew syntetyczny wchłaniający wielowłóknowy, powlekany, okres podtrzymywania tkanek 30,35 dni, okres wchłaniania do 70 dni; należało podać:

- poz. 22, nazwa, rozmiar 2/0, długość nitki podana lub dłuższa 75 cm, opis igły p1/2 koła, długość igły +- 10%, - 31 mm, symbol igły – igła okrągła, ilość sztuk 360;
- poz. 35, nazwa, rozmiar 4/0, długość nitki podana lub dłuższa 75 cm, opis igły 3/8 koła, długość igły +- 10%, - 16 mm, symbol igły – igła tnąca, ilość sztuk 600;
- poz. 38 nazwa, rozmiar 5/0 długość nitki podana lub dłuższa 75 cm, opis igły 3/8 koła, długość igły +- 10%, - 16 mm, symbol igły – igła tnąca, ilość sztuk 120;
- poz. 39, nazwa, rozmiar 6/0, długość nitki podana lub dłuższa 45 cm, opis igły p 1/2 koła, długość igły +- 10%, - 8 mm, symbol igły – szpatuła, ilość sztuk 300; odpowiedzią na pytanie 28 z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił igłę o długości 6 mm;

część 11: szew syntetyczny, wchłaniający, pleciony, powlekany, zbudowany z kopolimeru kwasu glikolowego i mlekowego, okres podtrzymywania tkanek do 10 dni, okres wchłaniania do 42 dni,

- poz. 3, należało podać - nazwę, rozmiar 3/0, długość nitki podana lub dłuższa 75 cm, opis igły 3/8 koła, długość igły +- 10%, - 16 mm, symbol igły - igła konwencjonalnie tnąca, kosmetyczna II generacji, dwuwkłęśta PRIME, ilość sztuk 1440, odpowiedzią na pytanie 40 z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił igłę ostrą, pozostałe parametry bez zmian. Odpowiedzią na pytanie 28 z dnia 14.05.2009 r. zamawiający dopuścił nić o czasie podtrzymywania tkanek 10 – 14 dni.

Na część 2 zamówienia oferty złożyli; odwołujący Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. Hand - Prod Sp. z o. o. i Covidien Polska Sp. z o. o. Oferta Covidien na wymienioną część została ostatecznie odrzucona. Zamawiający wybrał ofertę Hand – Prod Sp. z o. o., z ceną 687 560,17 zł., odwołujący zaoferował cenę 1 098 827,94 zł.

Na część 9 zamówienia oferty złożyli: odwołujący Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. i Covidien Polska Sp. z o. o.; zamawiający wybrał ofertę Covidien Polska Sp. z o. o. z ceną 808 288,70 zł., odwołujący zaoferował cenę 967 349,34 zł.

Na część 11 zamówienia oferty złożyli: odwołujący Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. oraz Hand - Prod Sp. z o. o. Została wybrana oferta Hand – Prod z ceną 66 839,90 zł., odwołujący zaoferował cenę 108 420,96 zł.

W formularzu oferty na część 2, poz. 3 wykonawca Hand – Prod Sp. z o. o. podał nazwę handlową - Corolene, rozmiar 3/0, długość nitki 75 cm; 3/8 koła, długość igły 35 mm, symbol igły tnącej z dodatkiem litery „m,” kod produktu 20S20H. Przedstawiona karta katalogowa informuje: długość nici 75 cm, grubość nici 3/0, igła tnąca 3/8 koła, długość igły 19 mm.

Odwołujący potwierdził, iż opis w formularzu oferty i opis katalogowy jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Natomiast utrzymywał, iż próbka produktu według podanego kodu nie potwierdza wymagań. Izba stwierdza, że zaoferowany wyrób jest zgodny z SIWZ. Zamawiający nie obwarował tej pozycji żadnymi innymi wymaganiami niż tymi, które zostały przytoczone. Nie zostało określone, czy igła ma być igłą odwrotnie tnącą czy też konwencjonalnie tnącą. Zarówno wymagane parametry jak i sposób ich oceny w oparciu o karty katalogowe, podany w warunkach SIWZ, musiał być przez zamawiającego przestrzegany. Próbki służyły do oceny zaoferowanych szwów w kryterium jakości w oparciu o podane w SIWZ właściwości, wymagające oględzin produktu. Odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów, iż ocena jakościowa wyrobu zaoferowanego przez wykonawcę Hand – Prod jest niewłaściwa. Nie podnosił również żadnych zarzutów, iż wykonawca w formularzu oferty podał informacje nieprawdziwe, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp), czego mógłby dowodzić przy pomocy próbek, które przedstawił na rozprawie. Pełnomocnik zamawiającego pani Anna K., pełniąca funkcję Kierownika Działu

Zamówień Publicznych, oświadczyła do protokołu rozprawy, iż próbki, które zostały złożone, zawierały na opakowaniu opis parametrów zgodny z wyznaczonymi. Został zatem zaofertowany wyrób zgodny z wymaganiami SIWZ, co potwierdza przedstawiona karta katalogowa.

W formularzu oferty na część 9 zamówienia wykonawca Covidien Polska Sp. z o. o. - w poz. 22 podał: nazwę handlową produktu Polysorb, rozmiar 2,0, 75 cm, 1/2 koła 31 mm, symbol igły okrągłej, kod GL333, ilość 360, przedstawiona karta katalogowa informuje: 1/2 koła, igła 26 mm, nić 90 cm, symbol igły tnącej; Izba stwierdza, że w formularzu oferty, długość igły została podana w wielkości wymaganej 31 mm, natomiast karta katalogowa potwierdza długość igły mniejszą, wynoszącą 26 mm, nie mieszczącą się w granicach dopuszczalnej tolerancji +- 10%, zamawiający tłumaczył, iż fachowcy uczestniczący w ocenie produktu, uznali jego przydatność do zamierzonego użytku. Izba stwierdza, że zamawiający na etapie oceny ofert, nie może odstępować ani od podanych parametrów, ani od wyznaczonego sposobu oceny ich spełnienia. Przeciwnie działania zamawiającego godziłyby w zasady udzielania zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Izba nie podzieliła również argumentacji zamawiającego, że minimalna różnica w długości igły pozbawiona jest istotności. W przypadku tak precyzyjnych narzędzi jak szwy chirurgiczne, ich dokładne parametry należy oceniać jako istotne;

- w poz. 35 Covidien podał: Polysorb, rozmiar 4/0 długość nici 75 cm, 3/8 koła, igła 16 mm, symbol igły tnącej, kod SL1657, ilość 600; karta katalogowa informuje: 3/8 koła, igła 16 mm, nić 45 cm, symbol igły tnącej;

- w poz. 38 Covidien podał: rozmiar 5/0, długość nici 75 cm, 3/8 koła, igła 16 mm, symbol igły tnącej, kod SL 1656, ilość 120; karta katalogowa informuje: 3/8 koła, igła 16 mm, nić 45 cm.

W odniesieniu do poz. 35 i 38, wymienionego pakietu, Izba ustaliła, że długość nici została w formularzu oferty podana prawidłowo -75 cm, natomiast karta katalogowa dla podanego numeru, poświadczająca długość nici 45 cm. Izba stwierdza, że treść oferty Covidien Polska Sp. z o. o. w wymienionych pozycjach nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie dla poczynionych przez Izbę ustaleń pozostaje takie samo, jak podane dla poz. 22 części 9 zamówienia. Zamawiający na etapie oceny ofert nie może odstępować od wymaganych parametrów, jak i od sposobu oceny ofert, określonego w SIWZ.

- w poz. 39 Covidien podał: nazwa Polysorb, rozmiar 6/0, długość nitki 45 cm, 1/2 koła, długość igły 8 mm, symbol igły szpatuła, kod L1741, ilość 300 sztuk, karta katalogowa informuje: 1/2 koła, igła 6 mm, nici od 30 do 45 cm, igła Premium, szpatuła. W odpowiedzi na

pytanie z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił igłę o długości 6 mm. Izba stwierdza, iż zaoferowany produkt jest zgodny z wymaganiami SIWZ, według podanego sposobu oceny w oparciu o karty katalogowe.

W formularzu oferty na część 11 poz. 3 zamówienia, wykonawca Hand - Prod Sp. z o. o. podał: nazwa handlowa produktu OPTIME R, rozmiar 3/0 długość nitki 75 cm, 3/8 koła, długość igły 16 mm, symbol igły konwencjonalnie tnącej, kosmetycznej II generacji, dwuwklęsłej, PRIME, kod produktu 12s20e. Karta katalogowa podaje: igła tnąca, 3/8 koła igła 16 mm, nici 75 cm, grubość 3/0. Oprócz wyżej przytoczonych, dla poz. 3, części 11 zamówienia, zamawiający nie stawiał żadnych innych warunków odnośnie igły konwencjonalnie tnącej, dwuwklęsłej. Odpowiedzią na pytanie 40 z dnia 9.06.2009 r. zamawiający dopuścił igłę ostrą, pozostałe parametry bez zmian. Podany w SIWZ opis podanego znaku graficznego igły nie zawiera rozróżnienia na igłę odwrotnie tnącą. Opis katalogowy dla wymienionej pozycji informuje, iż jest to igła tnąca. Stąd zarzut zaoferowania w pakiecie 11, poz. 3 przez Hand – Prod, igły odwrotnie tnącej, w oparciu o oznaczenia na opakowaniu przedstawionej przez odwołującego próbki, nie znajduje uzasadnienia. Według podanego sposobu oceny w oparciu o dane katalogowe, wykonawca Hand – Prod, spełnił wymagania.

Izba ustaliła, iż materiały szewne dzielą się na wchłaniające oraz niewchłaniające. W odniesieniu do części 9 zamówienia zamawiający wymagał szwu wchłaniającego, wielowłóknowego, powlekanego, (np. kwas poliglikolowy, poliglaktyna). Materiały wchłaniające stopniowo ulegają rozpadowi w tkankach w drodze procesu hydrolizy, tracąc z czasem swoją wytrzymałość w zakresie podtrzymywania tkanek.

Z załączonej karty charakterystyki produktu Polysorb, zaoferowanego przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o. o. wynika, iż plecione szwy wchłaniające Polysorb wykonane są z Lactomer (syntetycznego poliesteru złożonego z glikolidu i laktydu – pochodnej kwasu glikolowego i mlekowego), wykazują działanie polegające na stopniowej utracie wytrzymałości na rozciąganie i następuje ostateczne wchłonięcie szwów w wyniku hydrolizy, która prowadzi do rozpadu kopolimeru glikolidu i laktydy na kwas glikolowy i mlekowy, które są z kolei wchłaniające i ulegają przemianom materii w ustroju. Karta charakterystyki podaje, że początkowa wytrzymałość węzła dla szwu Polysorb wynosi około 140% dla USP i EP. W okresie po dwóch tygodniach od wszczepienia wytrzymałość węzła wynosi około 80% i przekracza 30% po trzech tygodniach od wszczepienia. Szwy Polysorb, w zasadzie zostają w pełni wchłonięte pomiędzy 56 a 70 dniem od zastosowania.

Zaoferowane przez odwołującego szwy Coated Vicryl, wykonane z Poliglaktyny 910 (polimer kwasu mlekowego i glikolowego) połączonych w określonych proporcjach 9:1

wykazują okresy podtrzymywania tkanek: od 28 do 31 dni. Profil podtrzymywania 75% po 14 dniach, 40 – 50% po 21 dniach w zależności od grubości nici, 25% po 28 dniach przy grubości 6/0 i większej. Efektywny okres podtrzymywania wynosi od 28 do 35 dni.

Zarówno zaoferowany przez Covidien Polska Sp. z o. o. szew wchłaniany Polysorb, jak i zaoferowany przez odwołującego szew wchłaniany Coatet Vicryl z poliglaktyny, stanowią szwy syntetyczne wchłaniane. Okres podtrzymywania tkanek jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Omówione wyżej dowody – dokumenty opisujące zakres i sposób działania wymienionych materiałów, z których zostały wykonane zaoferowane szwy, świadczą o porównywalności tych wyrobów, ze względu na podobne właściwości i zastosowanie. Odwołujący nie przedstawił dowodów, iż okres podtrzymywania tkanek przez szwy Polysorb, zaoferowane przez wykonawcę Covidien, odbiegają od wymagań zamawiającego. Izba przyjęła za wiarygodne i potwierdzone dowodowo informacją producenta, stanowisko zamawiającego, że oprócz ogólnych właściwości materiału, znaczenie dla okresu podtrzymywania tkanek ma również grubość nici, rodzaj splotu itp. Zarówno szew zaoferowany przez odwołującego jak i wykonawcy wybranego do realizacji 9 części zamówienia wykazują zbliżone działanie, a proces wchłaniania szwów z obydwu rodzajów materiałów, oparty jest na hydrolizie. Ostatecznie, w trakcie postępowania dowodowego, odwołujący odstąpił od zarzutów, iż szwy zaoferowane w części 9 zamówienia przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o. o. nie mają wymaganego okresu podtrzymywania tkanek.

Z porównania opisów określonych przez zamawiającego w formularzach oferty (załącznikach do SIWZ) na część 2, 9 i 11 zamówienia w odnośnych pozycjach z formularzami ofertowymi złożonymi przez wykonawców Hand – Prod. Sp. z o. o. oraz Covidien Polska Sp. z o. o. wynika, że zaoferowane zostały produkty o parametrach i właściwościach oczekiwanych przez zamawiającego i opisanych w SIWZ, za wyjątkiem pozycji 22,35 i 38 pakietu nr 9.

Opis w formularzach ofertowych firmy Hand Prod Sp. z o. o. w kwestionowanych pozycjach na część 2 i 11 zamówienia jest zgodny z opisem zamawiającego zawartym w SIWZ i potwierdzony opisem katalogowym według podanych oznaczeń, zatem zarzut odwołującego, że treść wymienionej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wybór ofert na część 2 i 11 naruszył art. 89 ust. 2 Pzp, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Izba stwierdziła, że wykonawca Covidien Polska Sp. z o. o. zaoferował w pakiecie 9 poz. 22, 35 i 38 wyrób zgodny z wymaganiami SIWZ, natomiast złożone karty katalogowe nie potwierdzają wymaganej długości nici (poz. 35 i 38) oraz długości igły (poz. 22). Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapowiedział dokonanie oceny i sprawdzenie, czy oferowany wyrób posiada wymagane właściwości w oparciu o informacje

zawarte w kartach katalogowych. Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp, zanim zamawiający odrzuci ofertę z tej przyczyny, iż załączony opis wyrobu nie potwierdza spełnienia wymagań, zobowiązany jest uprzednio wyczerpać procedurę określoną tym przepisem i wezwać wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Izba nie mogła jednak uwzględnić odwołania, w odniesieniu do części 9 zamówienia, nakazać unieważnienia wyboru oferty Covidien Polska Sp. z o. o. na część 9 zamówienia, nakazać dokonania ponownej oceny ofert, poprzedzonej obligatoryjną procedurą wezwania wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane parametry przedmiotu dostawy. Jak podano wyżej w uzasadnieniu niniejszego wyroku, na dzień rozpatrywania sprawy, odwołujący nie posiadał oferty zabezpieczonej wadium, zatem podlegał wykluczeniu z postępowania stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący potwierdził fakt, iż nie przedłużył ważności wadium. Należy przyznać rację odwołującemu, że zamawiający zaniechał obowiązkowej czynności wezwania go do przedłużenia wadium, jak nakazuje art. 181 ust. 2a Pzp. Zaniechanie to nie zwalniało jednak odwołującego od obowiązku przedłużenia wadium z własnej inicjatywy. Odwołujący korzystał ze środków ochrony prawnej i posiadał informacje dotyczące przynajmniej przybliżonej daty ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W oparciu o przepisy ustawy, był również świadomy skutków wykluczenia z postępowania, jakie powoduje brak zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą. Ustawodawca jedyne odstępstwa, w odniesieniu do wadium, ustanowił w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 2 i 3 Pzp, które w tym przypadku nie zachodzą, a wyjątki od zasady nie podlegają wykładni rozszerzającej. Z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności, odwołujący winien dołożyć należytej staranności i nie przeoczyć, iż nastąpił upływ terminu ważności wadium, powodujący utratę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Brak zabezpieczenia oferty wadium i podleganie obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, implikuje brak interesu prawnego po stronie odwołującego. Przepis art. 179 przyznaje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawcom, jeżeli „ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku” odnosi się więc wyraźnie do zindywidualizowanego interesu prawnego wykonawcy, polegającego na pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, co potwierdza przeważająca linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zaś domaga się aby w interesie publicznym, prowadzenia postępowania zgodnie z regułami wyznaczonymi ustawą, jego odwołanie zostało uwzględnione. Stwierdzenie braku interesu prawnego wykonawcy wnoszącego środek ochrony prawnej, zwalnia co do zasady Izbę z obowiązku merytorycznego rozpoznania zgłaszanych zarzutów. Innym

ograniczeniem nałożonym na Izbę, jest przepis art. 191 ust. 1a Pzp, który stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Bez wątpliwości oferta odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie może zostać wybrana, podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, zatem i z tej przyczyny odwołanie podlegało oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*