

Sygn. akt 1455/07

**WYROK/POSTANOWIENIE\***

**z dnia 2 stycznia 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś  
Grzegorz Mazurek**

**Protokolant: Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu / w ~~dniach~~\* 2 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, Al. W. Witosa 26, Opole** protestu / ~~protestów~~\* z dnia 21 listopada 2007 r.

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

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, Warszawa**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ..... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz ....., stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu .....
  
- 3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych ) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, Warszawa**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę implantów chirurgicznych (kręgosłupowych i czaszki) TZP/2-233/83/07. Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2007/S 178-217586 w dniu 15.09.2007r.

Zamawiający w dniu 22.10.2007r., zawiadomił Wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia, wskazując w zakresie zadania 1a, ofertę złożoną przez STRYKER Polska Sp. z o.o. z Warszawy.

W dniu 29 października 2007r. Odwołujący – Medtronic Poland Sp. z o.o. z Warszawy, wniósł protest na zaniechanie odrzucenia w zadaniu 1a wybranej oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, żądając unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1a, odrzucenia oferty STRYKER i dokonania ponownej oceny ofert. W dniu 5 listopada 2007r., Zamawiający uwzględnił protest w całości i dokonał ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania 1a. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp., wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zachowanie przez okres 6 miesięcy od implantacji co najmniej 90% własności mechanicznych zastosowanego implantu, a w dniu 14 listopada 2007r. dokonał ponownie wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1a, wskazując na ofertę STRYKER. Na powtórzoną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1a, Odwołujący wniósł w dniu 21 listopada 2007r protest, a w związku z jego oddaleniem przez Zamawiającego, w dniu 03 grudnia 2007 r. wniósł odwołanie do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący, zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez STRYKER,
- art. 183 ust. 5 pkt 1 pzp. poprzez zaniechanie powtórzenia oprotestowanej czynności i wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez STRYKER, odrzucenie oferty wskazanego Wykonawcy oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w części 1a zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku jego uwzględnienia w zakresie wskazanej oferty STRYKER w zadaniu 1a, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza.

Po rozpatrzeniu stanowiska stron, a także przedłożonych na rozprawie dokumentów, Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, zważył, jak poniżej.

Spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczy kwestii braku potwierdzenia w wybranej, jako najkorzystniejsza ofercie złożonej przez STRYKER, zachowania własności mechanicznych zastosowanego implantu.

Za bezsporne ustalono, iż w wybranej ofercie Wykonawca zaproponował dla pakietu 1a (stabilizacja międzytrzonowa) implant Solis RS, którego producentem jest sam Wykonawca, tj. Stryker Polska Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, pomimo uzupełnienia dokumentów, wybrana oferta jest niezgodna z SIWZ, gdyż nie zawiera informacji przedstawiających proces wchłaniania klatek międzytrzonowych szyjnych w czasie, niezbędnych do potwierdzenia oczekiwanej przez Zamawiającego własności określonej w załączniku nr 1b pkt 1 do SIWZ, tj. „Wsuwane wchłaniane klatki szyjne umożliwiające realizację techniki Smith-Robinson”. W ocenie Odwołującego uzupełniony przez Wykonawcę dokument nie potwierdza parametrów zaoferowanego implantu Solis RS o wytrzymałości mechanicznej równej 5,2 kN (wskazanego w załączonej do oferty broszurze informacyjnej). Wykonawca uzupełniając dane dotyczące własności mechanicznych zastosowanego implantu potwierdził wytrzymałość mechaniczną w momencie implantacji równą 7 kN, co w ocenie Odwołującego stanowiło modyfikację treści złożonej oferty i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 pzp.

Dodatkowo, dokument uzupełniony przez STRYKER, zdaniem Odwołującego, wskazuje, iż nie jest on wykresem dotyczącym implantów szyjnych, a lędźwiowych, co wcześniej w pierwotnej ofercie zostało wyraźnie zaznaczone. W uzupełnieniu oferty zaprezentowano ten sam wykres, który w ofercie obrazował właściwości implantu lędźwiowego, jedynie inaczej go opisując.

Skład Orzekający Izby uznał stawiane przez Odwołującego zarzuty za nieuzasadnione.

Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowany przez wybranego wykonawcę wchłanialny cage szyjny, nie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. dokumenty nie mogą być uznane za wystarczające do podważenia zgodności zaoferowanego implantu z wymaganiami Zamawiającego. Kwestionowany przez Odwołującego wykres obrazujący wytrzymałość mechaniczną implantu wykonanego z poddanego badaniu materiału PLLA, określa wytrzymałość zastosowanego implantu na poziomie 5,2 kN. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż Wykonawca dokonał modyfikacji treści złożonej oferty ponieważ oba wykresy, zarówno ten pierwotnie przedłożony w ofercie, jak i dołączony w wyniku uzupełnienia treści oferty, wskazują na taki sam poziom wytrzymałości mechanicznej implantu Solis RS, tj. 5,2 kN, którego badania przeprowadzone zostały na modelu zwierzęcym. Jedyne różnica, jak występuje pomiędzy obydwoma dokumentami wynika

z oznaczenia, iż pierwszy złożony w ofercie dokument dotyczył implantu lędźwiowego, a uzupełniony implantu szyjnego. Ponieważ obok wskazanych wykresów, Wykonawca przedłożył dodatkowe dane dotyczące oferowanego implantu Solis RS, Skład Orzekający Izby nie uznał zarzutu braku w ofercie wybranego Wykonawcy dokumentów dotyczących wytrzymałości implantu szyjnego. Ponadto sam Zamawiający nie żądał określenia w ofercie poziomu wytrzymałości oferowanego implantu, jedynie wymagał, aby własności mechaniczne zastosowanego implantu były zachowane przez okres 6 miesięcy od implantacji co najmniej w 90 %. Na potwierdzenie utrzymania tych własności, żądał przedstawienia danych potwierdzających spełnianie tego wymagania. Wybrany Wykonawca załączył opis wyrobu medycznego wraz z wykresem obrazującym wytrzymałość implantu w czasie. Podniesiony dopiero na rozprawie zarzut co do formy przedstawionego wykresu, który został dołączony w wersji angielskojęzycznej, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji. Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, wskazując wyłącznie na uchybienie co do formy załączonego wykresu. Sam Odwołujący nie zaprzeczył, iż oferowany case spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego. Swoje żądania opiera wyłącznie na zarzucie braku złożenia w wybranej ofercie danych potwierdzających zachowanie własności mechanicznych przez wskazany przez Zamawiającego okres. Zamawiający za wystarczający uznał załączony wykres liniowy obrazujący wytrzymałość implantu w czasie. Skład Orzekający Izby stwierdził, iż wykres ten posiada określenie w języku angielskim wyrażen „tygodnie” oraz „wytrzymałość”, natomiast nie przesądza to o niemożności prawidłowego odczytania danych z wykresu, na którym wskazano w % skale wytrzymałości oraz liczbowo ilość tygodni.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy, Skład Orzekający Izby ocenił działania Zamawiającego za prawidłowe. Zgodnie z żądaniami zgłoszonymi w pierwszym proteście, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez STRYKER, odrzucenie oferty wskazanego Wykonawcy oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w części 1a zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Protestującego. Zamawiający uwzględniając protest zobowiązany był powtórzyć czynność badania i oceny złożonych ofert. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy określonych wymagań. Ponieważ Wykonawca uzupełnił brakujące dokumenty, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty. Działania Zamawiającego nie ograniczyły Odwołującego w prawie wniesienia środków ochrony prawnej.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy stwierdzono jak w sentencji.  
O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z wynikiem sprawy na podstawie art. 191 ust.  
6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych  
(Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*