

Sygn. akt: KIO 2977/20

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę ChM sp. z o.o., Lewickie 3B, 16-061 Juchnowiec w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o.

przy udziale wykonawcy Medgal sp. z o.o. z siedzibą w Księżyno zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2977/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ChM sp. z o.o., Lewickie 3B, 16-061 Juchnowiec i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ChM sp. z o.o., Lewickie 3B, 16-061 Juchnowiec tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy ChM sp. z o.o., Lewickie 3B, 16-061 Juchnowiec na rzecz Zamawiającego: Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie sp. z o.o. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę endoprotez i implantów dla Oddziału Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie sp. z o.o., znak sprawy: DZP/7/20 dotyczącej pakietu nr 31.

W dniu 5 listopada 2020r. Odwołujący: ChM sp. z o.o., Lewickie 3B, 16-061 Juchnowiec Kościelny otrzymał od Zamawiającego informację o czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medgal sp. z o.o. dotyczącej pakietu nr 31.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na wyborze w pakiecie nr 31 oferty Medgal sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która to podlegała odrzuceniu jako niespełniającej warunki w SIWZ uchybił następującym ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Medgal sp.z o.o. w pakiecie nr 31, lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo, że oferta złożona przez wykonawcę Medgal sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ, bowiem przedstawione przez wykonawcę wyroby nie potwierdzały faktu spełniania wymogów przewidzianych w SIWZ, stoją w sprzeczności z warunkami określonymi w SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wskazanymi powyżej naruszeniami art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze wskazanymi naruszeniami

3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medgal sp.z o.o. dotyczącej pakietu nr 31;

2) przeprowadzenie ponownej weryfikacji złożonych w toku przetargu ofert dotyczących pakietu nr 31,

3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczącej pakietu nr 31, a co za tym idzie dokonanie wyboru oferty ChM sp. z o.o. w pakiecie nr 31 oraz odrzucenie oferty wykonawcy Medgai sp. z o.o. dotyczącej pakietu nr 31 jako niespełniającej wymogów SIWZ, zgodnie z przepisami art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Ponadto wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania;
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w piśmie na okoliczność: wskazane w dalszej części uzasadnienia;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznania świadka Piotra S. (adres do doręczeń ChM sp. z o.o.) na okoliczność niespełniania wszystkich parametrów zgodnie z SIWZ,

4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

W ocenie odwołującego - wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona z powodu niespełniania wymogów wskazanych w SIWZ.

Zwrócił uwagę, że Formularz asortymentowo-cenowy przewidywał parametry, które miały posiadać oraz spełniać zgodnie z ich przeznaczeniem oferowane wyroby medyczne.

Według Odwołującego - na tyle istotne było to, iż zmiana niektórych parametrów lub nieroztropna rezygnacja z części funkcjonalności powodowałyby istotne ograniczenia w leczeniu schorzeń / urazów.

Wskazał, że Zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił parametry oraz funkcjonalności które miały spełniać oferowane wyroby, a oferta Firmy Medgal sp. z o.o. nie spełniała warunków SIWZ.

Zdaniem Odwołującego - w następstwie wyboru oferty firmy Medgal sp. z o.o. nie spełniającej parametrów spowodowało jednoznaczne ograniczenie możliwości leczenia schorzeń / urazów i doprowadziło do wyboru wyrobów niezgodnych z SIWZ, co potwierdzają:

- 1) treść SIWZ formularz cenowy pakiet 31 poz. 78. poz. 81, poz. 92,
- 2) wydruk ze strony Medgal sp. z o.o. na okoliczność innych parametrów wyrobów niż w SIWZ,
- 3) zeznania Piotra S. na okoliczność nie spełniania warunków SIWZ przez wyroby Medgal sp. z o.o., ograniczenia funkcjonalności i zakresu leczenia schorzeń . urazów w

przypadku wyboru oferty Medgal sp. z o.o.

W konsekwencji Odwołujący przyjął, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę, jako niespełniającą wymogów przewidzianych w SIWZ, bowiem produkty tego producenta z założenia nie posiadają paramentów przewidzianych w SIWZ.

Wyjaśnił, że Zamawiający ustanowił parametry produktów stanowiących przedmiot zamówienia uwzględniając cel jaki ma spełniać zamawiany wyrób medyczny - w tym przypadku bierze pod uwagę również techniki medyczne, procesy leczenia, procedury medyczne, występowanie urazów i schorzeń które są leczone przez Zamawiającego.

W przekonaniu Odwołującego - dokonanie istotnych zmian powodujących zmianę - ograniczenie - możliwości leczenia pacjentów stanowiłoby naruszenie w tym przypadku zasad uczciwej konkurencji.

Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać uzasadnione potrzeby zamawiającego, jako że Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby był on adekwatny do celu, któremu służy dane postępowanie o udzielenie zamówienia - co miało miejsce w tym przypadku poprzez określenie warunków w SIWZ.

Zarzucił, że złożenie oferty przez firmę Medgal sp. z o.o. odbiegającej w sposób istotny od warunków SIWZ stanowi celowe działanie ze strony oferenta i liczenie na niedopatrzenie przez Zamawiającego, iż oferowany wyrób medyczny nie spełnia określonych warunków w SIWZ.

Natomiast ze strony Zamawiającego, nie dokonanie pełnej i rzetelnej weryfikacji oferowanych wyrobów i wybranie przedmiotowej oferty przez Zamawiającego - która nie spełnia warunków określonych w SIWZ - wyrobów całkowicie odmiennych niż w SIWZ - powoduje istotne naruszenie ustawy Pzp.

Argumentował, że wybranie oferty Medgal sp. z o.o. poprzez dopuszczenie produktów o parametrach niezgodnych z SIWZ, innym zastosowaniu, produktów uboższych funkcjonalnie, o rozwiązaniach sprzecznych z SIWZ i prostszych technologicznie, a co za tym idzie tańszych w produkcji i dostawie przy jednoczesnym pierwotnie oczekiwaniem Zamawiającego od oferentów dostaw wyrobów medycznych o lepszych parametrach, większym spektrum leczenia i stosowania technik medycznych, w przypadku określenia w pierwotnej treści SIWZ parametrów o parametrach mniej wymagających mogłoby doprowadzić do złożenia ofert na inne wyroby.

Niemniej jednak takie postępowanie Zamawiającego jako gospodarza postępowania przetargowego który określa swoje potrzeby i późniejsze dokonywanie istotnych zmian i istotne odstępowanie od pierwotnych wymagań stanowi naruszenie zasad określonych w ustawie prawo zamówień publicznych w tym w szczególności zasad uczciwej konkurencji.

Powyższe uzasadnia – zdaniem Odwołującego - określenie i postawienie przed oferentami warunków przez Zamawiającego określonych w SIWZ i oczekiwanie, że oferty będą spełniać warunki określone w SIWZ.

Ponadto określenie warunków w SIWZ powoduje, iż oferenci muszą się do nich dostosować i liczą, iż pozostali oferenci złożą oferty spełniające warunki w SIWZ, a nie pójdą „na skróty” i złożą ofertę na produkty inne niespełniające wszystkich parametrów i przewidzianych warunków.

Zaznaczył, że Zamawiający zobowiązany jest do weryfikacji czy oferowane wyroby spełniają jego oczekiwania i spełnione warunki w SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający przygotowując ogłoszenie o zamówieniu określa parametry wyrobów oraz cel ich wykorzystania i opisując w pakiecie 31 w poz. 78 przedmiot zamówienia poprzez podanie Gwoździe udowe wsteczne z możliwością skośnego blokowania przez kłykcie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, technikę leczenia, przypadki które mogą zostać poddane leczeniu przy zastosowaniu oferowanego.

Powyższe – w ocenie Odwołującego – potwierdzają następujące dowody:

- 1) treść SIWZ formularz cenowy pakiet 31 poz. 78, poz. 81, poz. 92
- 2) wydruk ze strony Medgal sp. z o.o. na okoliczność innych parametrów wyrobów niż w SIWZ
- 3) zeznania Piotra S. na okoliczność me spełniania warunków SIWZ przez wyroby Medgal sp. z o.o., ograniczenia funkcjonalności i zakresu leczenia schorzeń. urazów w przypadku wyboru oferty Medgal sp. z o.o.
- 4) informacje skierowane do Zamawiającego przez ChM sp. z o.o. wraz z potwierdzeniem wysłania na platformę Zamawiającego w dniu 17.09.2020r. oraz 05.11.2020r.

W związku z powyższym, stwierdził, że przy założeniu naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp należało uznać, iż oferta firmy Medgal sp. z o.o. winna być odrzucona.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający mógł wnieść do Medgal sp. z o.o. o wyjaśnienie czy zastosowanie oferowanych przez nią wyroby spełniają wszystkie określone pierwotnie parametry / zastosowania/ możliwości wykorzystania oczekiwanych technik medycznych - sposobów leczenia.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający mógł również wnieść o np. dostarczenie próbek i dokonanie prezentacji w celu potwierdzenia, że oczekiwane techniki leczenia zostaną spełnione, lecz Zamawiający nie dokonał powyższych czynności w celu wyeliminowania zgłaszanych przez ChM sp. z o.o. braków i niezgodności znajdujących się w ofercie Medgal sp. z o.o.

W związku z powyższym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w powiązaniu z art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jak jest podnoszone jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Zauważył, że w pakiecie 31 w pozycji 78: Gwoździe udowe wsteczne z możliwością skośnego blokowania przez kłykcie, firma Medgal sp. z o. o. zaoferowała Gwóźdź udowy uniwersalny o numerach katalogowych: 2-07-305-xxx, 2-07-306-xxx, 2-07-307-xxx. 2-07-308-xxx. 2-07-317-xxx, 2-07- 318-xxx, 2-07-319-xxx, 2-07-320-xxx.

Wskazał przy tym, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraźnie określił, że gwoździe mają możliwość skośnego blokowania przez kłykcie, podczas gdy zaoferowane przez firmę Medgal sp. z o. o. gwoździe udowe uniwersalne nie posiadają otworów skośnych umożliwiających rekonstrukcję dalszej nasady kości udowej skośnymi śrubami kłykciowymi, również instrumentarium służące do zakładania zaoferowanych gwoździ nie posiada stosownych narzędzi i celowników pozwalających na skośne blokowanie w kłykcie.

Wyjaśnił, że zgodnie z informacjami zawartymi w katalogu firmy Medgal sp z o. o zaoferowane gwoździe udowe uniwersalne służą do zaopatrywania różnych złamań kości udowej, w tym złamań dalszej nasady wymagających jedynie poprzecznego blokowania, a zatem nie są to więc specjalistyczne anatomiczne gwoździe wsteczne dające wiele możliwości blokowania i rekonstrukcji dalszej nasady kości udowej za pomocą systemu wielu śrub prowadzonych w różnych kierunkach.

Dalej, zauważył, że w pakiecie 31 w pozycji 81 zamawiający wymagał gwoździa śródszpikowego do złamań dalszej nasady kości promieniowej, gdzie firma Meagal sp. z o. o. zaoferowała Gwóźdź śródszpikowy do przedramienia o numerach katalogowych: '1-09-12 ... '1-09-14 ..., '1-09-15.., oraz Gwóźdź śródszpikowy elastyczny o numerach katalogowych:

'105-06-131-300, '105-06-132-440. '105- 06-133-440, '105-06-134-440. '105-06-135-440 i '105-06-132-440.

Wyjaśnił, że pierwszy z zaoferowanych gwoździ '1-09-12..., '1-09-14. '1-09-15..., służy tylko i wyłącznie do leczenia złamań trzonów kości promieniowej i łokciowej, nie ma możliwości, aby za pomocą tego gwoźdźcia dokonać zespolenia złamania dystalnej części kości promieniowej w miejscu typowym „loco typico”, np złamania Collesa.

Zdaniem Odwołującego - ma on całkowicie niewłaściwy kształt, nieodpowiednią długość i niewłaściwie rozmieszczone otwory blokujące. Ponadto instrumentarium do tego gwoźdźcia nie zawiera narzędzi koniecznych do implantacji gwoźdźcia w złamaną nasadę dalszą kości promieniowej.

W swoim odwołaniu na ilustracji przedstawił podstawowe typy złamań dalszej nasady kości promieniowej, wyjaśniając, że w celu zespolenia takiego złamania należy zastosować gwoździe śródszpikowy o specyficznym kształcie, który musi być krótki, odpowiednio wygięty, aby mógł zostać wprowadzony w nasadę kości oraz posiadać otwory na wkręty blokujące wprowadzane do kości po obu stronach złamania.

Na ilustracjach w swoim odwołaniu przedstawił przykłady takiego gwoźdźcia z komentarzem, że kość promieniowa może również ulec złamaniu.

Argumentował przy tym, że tego typu złamania mogą być zespalane za pomocą gwoździ o zupełnie innej konstrukcji, są one długie i cienkie tak, aby wypełniały kanał szpikowy na całej długości kości.

Dalej, wywodził, że w tego typu gwoździach otwory blokujące rozmieszczone są na obu końcach gwoźdźcia w znacznej odległości od siebie i nie ma możliwości, aby przy takim rozmieszczeniu otworów ustabilizować złamanie w obrębie nasady dalszej kości promieniowej, dlatego służą one wyłącznie do leczenia złamań poprzecznych na trzonie kości. W odwołaniu przedstawił na rysunku przykład takiego gwoźdźcia.

Przedstawił również ilustracje gwoździ o numerach katalogowych '1-09-12..., '1-09-14..., '1-09-15. . zaoferowanych przez firmę Medgal w pozycji 81, z katalogu firmy Medgal, gdzie jak stwierdził są to typowe gwoździe do leczenia złamań trzonów, a nie wymagane przez zamawiającego w poz. 81 gwoździe do złamań dalszej nasady kości promieniowej.

Wyjaśnił, że drugi z zaoferowanych gwoździ 105-06-131-300, '105 -06-132-440. '105-06-133-440. '105-06- 134-440, '105-06-135-440 i '105-06-132-440 to gwóźdź elastyczny, gdzie tego typu gwoździe służą do leczenia złamań trzonów kości długich głównie u dzieci, ale też do obojczyka i kości przedramienia u dorosłych.

Przekonywał, że są to gwoździe pozbawione otworów do blokowania.

Zauważył przy tym, że idea zespalania gwoździem elastycznym polega na jego trójpunktowym oparciu o wewnętrzne korówki trzonu kości.

Wskazał również, że tym gwoździem nie można dokonać stabilizacji złamania dystalnej części kości promieniowej w miejscu typowym „loco typico”. Na ilustracji przedstawił gwóźdź tego typu.

W ocenie Odwołującego - żaden z zaoferowanych przez firmę Medgal sp. z o. o. w pozycji 81 gwoździ nie jest wymagany przez Zamawiającego gwoździem śródszpikowym do złamań dalszej nasady kości promieniowej.

Zdaniem Odwołującego - zaoferowane gwoździe są całkowicie innymi produktami, służącymi do zespalania innego typu złamań niż złamania dystalnego końca kości promieniowej, zatem nie spełniają one wymogów zawartych w specyfikacji.

Na potwierdzenie niezgodności oferty Medgal sp z o.o. należy wskazać, iż oferowane przez niego wyroby są stosowane w zależności od potrzeb oferenta nie patrząc na warunki SIWZ.

Według Odwołującego – zaoferowanie przez firmę Medgal sp z o. o. gwoździ o numerach katalogowych 1-09-12-xxx, 1-09-14-xxx, 1-09-15-xxx, tym razem już zgodnie z wymogami zaoferowała w pozycji 74 oraz gwoździ: 105-06-131-300, '105-06-132-440, 105-06-133-440, 105-06-134-440, 105-06-135- 440 i 105-06-132-440, w pozycji 75 świadczy o tym, że nie mogą one jednocześnie służyć do zupełnie innego celu, a wprowadzenie ich do oferty było dużym nadużyciem ze strony oferenta.

W odniesieniu do pozycji 92 - Ostrze do piłki oscylacyjnej do haluksów zwrócił uwagę, że firma Medgal sp. z o. o. zaoferowała ostrza o numerach katalogowych BJ H90120.9, BJ H90121.0, BJ H90121.2. BJ H90121.27, które mają długość 90 mm i szerokość 12 mm.

Przyznał przy tym, że pojęcie ostrza do haluksów jest mało precyzyjne, zakwestionował możliwość wykonywania osteotomii do operacji scarf czy chevron za

pomocą ostrza o długości 9 cm. Zaoferowane przez firmę Medgal sp. z o. o. ostrza nadają się co operowania dużych kości i nie spełniają opisu zawartego w pozycji 92.

Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Medgal sp. z o.o. z siedzibą w Księżyno, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 1 grudnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, wyniku postępowania, zgłoszenia przystąpienia z dnia 16 listopada 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 1 grudnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale III.2 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA postanowił, że opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 1 i 2 do SIWZ.

Izba stwierdziła, że załącznik nr 1 do SIWZ stanowił FORMULARZ CENOWY zawierający PAKIET 31 IMPLANTY, gdzie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie objętym sporem w następujący sposób pod l.p.

- 1) 78 - Gwoździe udowe wsteczne z możliwością skośnego blokowania przez kłykcie – 5 sztuk,
- 2) 81 - Gwóźdź śródszpikowy do złamań dalszej nasady kości promieniowej – 10 sztuk,
- 3) 92 - Ostrze do piłki oscylacyjnej do haluksów – 30 sztuk.

Dodatkowo, ustalono, że formularz nr 2 zawierał warunki dodatkowe dotyczące dostawy, a także odesłanie do formularza nr 1. Na formularzu tym wykonawcy mieli złożyć jedynie oświadczenie spełnia lub nie spełnia wymogów.

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Przystępujący złożył na formularzu załącznika numer nr 1 następujące oświadczenie w zakresie objętym sporem:

- 1) 78 - Gwoździe udowe wsteczne z możliwością skośnego blokowania przez kłykcie numer katalogowy 2-07-305-xxx 2-07-320-xxx, nazwa handlowa gwóźdź udowy uniwersalny, producent Medgal,
- 2) 81 - Gwóźdź śródszpikowy do złamań dalszej nasady kości promieniowej, numer katalogowy 1-09-12-xxx1-09-15-xxx 105-06-131-xxx 105-06-136-xxx, nazwa handlowa Gwóźdź do kości przedramienia i strzałkowej Gwóźdź elastyczny śródszpikowy, producent Medgal,
- 3) 92 - Ostrze do piłki oscylacyjnej do haluksów, numer katalogowy BJH90120.xxx BJ H90121.xxx nazwa handlowa ostrze, producent Medgal.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, wymaga wskazania, że do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 konieczna jest przede wszystkim identyfikacja trzech elementów:

- 1) konkretnej treści SIWZ,
- 2) konkretnej treści oferty,
- 3) stwierdzenie występowania kolizji pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

W omawianej sprawie - w przekonaniu Izby - Odwołujący nie udowodnił przesłanki związanej wykazaniem sprzeczności pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

Stosownie do art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Według Izby Odwołujący nie sprostował temu zadaniu.

Przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu i przy jego piśmie procesowym rysunki mogą co najwyżej dawać pogląd na temat wyglądu danego produktu, lecz nie przesądzają o jego funkcjonalności i nie wykazują czy produkt ten jest sprzeczny z wymaganą treścią SIWZ.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że przedstawione przez Odwołującego ryciny produktów podobnych różnych producentów mogą, co najwyżej ilustrować różne rozwiązania konstrukcyjne przez nich oferowane służące do zaopatrzenia złamanych kości, lecz nie mają decydującego znaczenia co do tego czy zaoferowany przez Przystępującego produkt spełnia wymagania SIWZ.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba oparła się przede wszystkim na oświadczeniu podmiotu posiadającego wiedzę specjalistyczną - Lekarza Kierującego Oddziałem Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie Michała B., gdzie ten potwierdził wykorzystywanie na Oddziale asortymentu wskazanego w pozycjach 78, 81, 92 zaoferowanego przez Przystępującego, który jest odpowiedni i wystarczający do przeprowadzenia zabiegów ortopedycznych.

Jednocześnie lekarz ten oświadczył, że z punktu widzenia medycznego asortyment Przystępującego spełnia wymagania do zastosowania w leczeniu schorzeń i zaopatrzenia urazów wykonywanych w ramach Oddziału i odpowiada potrzebom stosowanych procedur medycznych na potrzeby, których został opisany i został ogłoszony przetarg.

W ocenie Izby - powyższe oświadczenie w sposób jednoznaczny potwierdza spełnianie przez zaoferowane wyroby medyczne Przystępującego wymogów SIWZ.

Natomiast Odwołujący w tej materii nie przedstawił żadnego przeciwdowodu, a w szczególności za taki dowód Izba nie mogła potraktować załączonych przez Odwołującego rysunków, a także karty katalogowej Przystępującego, która zawiera niektóre elementy opisu przedmiotu zamówienia, jak chociażby informację o metodzie skośnej łączenia kości i możliwości zastosowania wkrętu blokującego, która to informacja przeczy twierdzeniom Odwołującego.

Jednocześnie Izba postanowiła oddalić dowód Odwołującego z zeznań świadka Piotra S., jako, że osoba ta występowała w sprawie jako jego pełnomocnik.

Ostatecznie, Izba dostrzegła, że opis przedmiotu zamówienia w spornym zakresie w SIWZ nie zawierał żadnych rysunków szczegółowo opisujących przedmiot zamówienia, a

także należy zaznaczyć, że profesjonalni wykonawcy nie oczekiwali od Zamawiającego podania konkretnych rozwiązań technicznych i równoważnych na etapie sporządzenia SIWZ w trybie przepisu art.38 ust.1 ustawy Pzp. SIWZ nie przewidywał również procedury testowo-prezentacyjnej.

Powyższe skłania do wniosku, że wykonawcy mieli zagwarantowaną możliwość zadeklarowania produktów posiadających różne rozwiązania konstrukcyjne w granicach powyższego opisu przedmiotu zamówienia i niedopuszczalne byłoby takie rozumienie SIWZ, które wykluczałoby takie produkty inaczej wyglądające, lecz spełniające uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Taka wykładania SIWZ stanowiłaby naruszenie zasady równości i konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....