

WYROK
z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lipca 2014 r.** przez wykonawcę **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Hłżecka 24, 02-135 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 12 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 12 w tym odrzucenie oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Hłżecka 24, 02-135 Warszawa,**
2. **kosztami postępowania obciąża Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Hłżecka 24, 02-135 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** na rzecz **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy sprzętu medycznego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi, prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi (dalej „zamawiający”) wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia i wyboru jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego oferty Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. (dalej „Johnson & Johnson” albo „przystępujący”) w zakresie pakietu nr 12, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy,
2. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 12 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Johnson & Johnson w zakresie pakietu nr 12, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia ofert tego wykonawcy jako, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 12 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego,
3. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Johnson & Johnson w zakresie pakietu nr 12 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Johnson & Johnson w zakresie pakietu nr 12 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego,
2. odrzucenia oferty Johnson & Johnson w zakresie pakietu nr 12 jako niespełniającej wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ,
3. wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 12 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego,
4. wpłaty na rzecz odwołującego zgodnej z przepisnymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wniósł także o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach prowadzonego przez zamawiającego postępowania oraz dokumentu dołączonego do odwołania na okoliczności podniesione w odwołaniu, ze szczególnym uwzględnieniem niespełniania wymogów SIWZ przez produkty zaoferowane w pakiecie nr 12 przez Johnson & Johnson, spełniania przez ofertę odwołującego w zakresie pakietu nr 12 kryteriów pozwalających uznać ją jako najkorzystniejszą z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań materiałów, technologii i urządzeń, w tym wyrobów medycznych, na okoliczność ustalenia cech charakterystycznych produktów oferowanych przez Johnson & Johnson w zakresie pakietu nr 12 oraz, czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ, z uwzględnieniem w szczególności badania niezgodności podniesionych przez odwołującego w odwołaniu.

Odnosnie do niezgodności oferty Johnson & Johnson w pozycji 20 w pakiecie 12 odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał:

Jednorazowa rączka staplera liniowego z nożem wbudowanym w ładunek i sekwencyjną regulację wysokości zszywek + osobno pakowany, kompatybilny ładunek przeznaczony do

tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu), pośredniej (1,8 mm po zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu), posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D o długości linii szwu 61 mm + Uniwersalny ładunek do jednorazowego staplera liniowego z nożem posiadającego sekwencyjną regulację wysokości zszywek przeznaczonych do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu), pośredniej (1,8 mm po zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu). Ładunek posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D o długości linii szwu 61 mm (nóż zintegrowany z ładunkiem)

lub

Jednorazowy stapler liniowy zamykająco-tnący, załadowany ładunkiem z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm do 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm do 2,0mm po zamknięciu: stapler posiada ruchomą dźwignię spustową umożliwiającą odpalenie staplera na dwie strony; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę; stapler posiada oddzielny przycisk otwierania staplera. + Ładunek do jednorazowego staplera liniowego zamykająco-tnącego, z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm do 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm do 2,0mm po zamknięciu; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę.

Podał, że w wyniku modyfikacji SIWZ zostały dopuszczone następujące rozwiązania (modyfikacje z dnia 27 lutego 2014 r. – pismo o znaku EZ/263/155/176/2014):

Jednorazowy stapler liniowy z nożem o długości linii szwu 55mm załadowany ładunkiem do tkanki standardowej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,5mm) i grubej (wysokość zszywki po zamknięciu 2,0mm). Nóż zintegrowany ze staplerem. (Zamawiający każdorazowo określi rodzaj ładunku przy składaniu zamówienia) + ładunek do jednorazowego staplera liniowego z nożem o długości linii szwu 55mm do tkanki standardowej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,5mm) i grubej (wysokość zszywki po zamknięciu 2,0mm). Nóż zintegrowany ze staplerem. (Zamawiający każdorazowo określi przy zamawianiu rodzaj ładunku).

W takim przypadku wykonawca zobowiązany był zaznaczyć w formularzu oferty, iż jest to parametr dopuszczony przez zamawiającego wraz z datą dopuszczenia tego parametru.

Podał także, że w wyniku modyfikacji SIWZ dopuszczone zostały następujące rozwiązanie (modyfikacje z dnia 14 marca 2014 r. – pismo o nr EZ/263/155/249/2014):

Jednorazowy stapler liniowy zamykająco-tnący, załadowany ładunkiem z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm lub 4,8mm

przed zamknięciem i 1,5mm lub 2,0mm po zamknięciu (Zamawiający określi wysokość zszywek przy składaniu zamówienia); stapler posiada ruchomą dźwignię spustową umożliwiającą odpalenie staplera na dwie strony; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę; stapler posiada oddzielny przycisk otwierania staplera. + Ładunek do jednorazowego staplera liniowego zamykająco-tnącego, z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm lub 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm lub 2,0mm po zamknięciu; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę.

W takim przypadku wykonawca zobowiązany był zaznaczyć w formularzu oferty, iż jest to parametr dopuszczony przez zamawiającego wraz z datą dopuszczenia tego parametru.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Johnson & Johnson w pakiecie 12 w pozycji 20 zaoferował: *Stapler liniowy tnący 55mm + ładunek do staplera liniowego tnącego 55mm o następujących numerach katalogowych: TLC55, TCT55 (staplery), TCR55, TRT55 (ładunki)*, jednocześnie powołując się na dopuszczenie takiego rozwiązania zgodnie z odpowiedzią zamawiającego.

Podniósł, że zgodnie z oryginalną instrukcją użycia zaoferowanych staplerów z opakowania fabrycznego (wyjaśnił, że instrukcją taką w obrocie posługuje się Johnson & Johnson) wykonawca Johnson & Johnson zaoferował staplery i ładunki do staplerów o długości linii szwów 57mm, która jest długością niezgodną z dopuszczonymi rozwiązaniami.

Wskazał, że dopuszczone w postępowaniu długości linii szwów to 60mm, 61 mm oraz 55mm.

Zwrócił uwagę, iż w pakiecie 12 w pozycji 22 wykonawca Johnson & Johnson zaoferował staplery o długości linii szwów 102mm, która w tej pozycji jest zgodna z wymogami zamawiającego i potwierdzona w instrukcji użycia produktu, natomiast staplery i ładunki zaoferowane w pakiecie 12 w pozycji 20 mają długość linii szwów niezgodną z wymogami SIWZ, w związku z czym oferta Johnson & Johnson w zakresie pakietu 12 powinna ulec odrzuceniu.

Odnosnie do niezgodności oferty Johnson & Johnson w pozycji 21 w pakiecie 12 odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał:

Jednorazowa rączka staplera liniowego z nożem wbudowanym w ładunek i sekwencyjną regulację wysokości zszywek + osobno pakowany, kompatybilny ładunek przeznaczony do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu), pośredniej (1,8 mm po

zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu), posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D o długości linii szwu 61 mm + Uniwersalny ładunek do jednorazowego staplera liniowego z nożem posiadającego sekwencyjną regulację wysokości zszywek przeznaczonych do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu), pośredniej (1,8 mm po zamknięciu) i grubej (2 mm po zamknięciu). Ładunek posiadający sześć rzędów zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D o długości linii szwu 61 mm (nóż zintegrowany z ładunkiem)

lub

Jednorazowy stapler liniowy zamykająco-tnący, załadowany ładunkiem z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm do 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm do 2,0mm po zamknięciu: stapler posiada ruchomą dźwignię spustową umożliwiającą odpalenie staplera na dwie strony; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę; stapler posiada oddzielny przycisk otwierania staplera.+ Ładunek do jednorazowego staplera liniowego zamykająco-tnącego, z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 60mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm do 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm do 2,0mm po zamknięciu; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę.

Podał także, że w wyniku modyfikacji SIWZ dopuszczone zostały następujące rozwiązanie (modyfikacje z dnia 27 lutego 2014 r. – pismo o znaku EZ/263/155/176/2014)

Jednorazowy stapler liniowy z nożem o długości linii szwu 75mm załadowany ładunkiem do tkanki standardowej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,5mm), pośredniej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,8mm) i grubej (wysokość zszywki po zamknięciu 2,0mm). Nóż zintegrowany ze staplerem. (Zamawiający każdorazowo określi rodzaj ładunku przy składaniu zamówienia) + ładunek do jednorazowego staplera liniowego z nożem o długości linii szwu 75mm do tkanki standardowej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,5mm), pośredniej (wysokość zszywki po zamknięciu 1,8mm) i grubej (wysokość zszywki po zamknięciu 2,0mm). Nóż zintegrowany ze staplerem. (Zamawiający każdorazowo określi przy zamawianiu rodzaj ładunku).

W takim przypadku wykonawca zobowiązany był zaznaczyć w formularzu oferty, iż jest to parametr dopuszczony przez zamawiającego wraz z datą dopuszczenia tego parametru.

Podał także, że w wyniku modyfikacji SIWZ dopuszczone zostały następujące rozwiązanie (modyfikacje z dnia 14 marca 2014 r. – pismo o nr EZ/263/155/249/2014):

Jednorazowy stapler liniowy zamykająco-tnący, załadowany ładunkiem z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 80mm, z dwoma podwójnymi rzędami

tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm lub 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm lub 2,0mm po zamknięciu (Zamawiający określi wysokość zszywek przy składaniu zamówienia); stapler posiada ruchomą dźwignię spustową umożliwiającą odpalenie staplera na dwie strony; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę; stapler posiada oddzielny przycisk otwierania staplera. + Ładunek do jednorazowego staplera liniowego zamykająco-tnącego, z nożem stanowiącym część ładunku, o długości linii szwu 80mm, z dwoma podwójnymi rzędami tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie, zszywki o wysokości 3,8mm lub 4,8mm przed zamknięciem i 1,5mm lub 2,0mm po zamknięciu; po odpaleniu staplera nóż chowa się w plastikową zabezpieczającą pochewkę.

W takim przypadku wykonawca zobowiązany był zaznaczyć w formularzu oferty, iż jest to parametr dopuszczony przez zamawiającego wraz z datą dopuszczenia tego parametru.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Johnson & Johnson w pakiecie 12 w pozycji 21 zaoferował: *Stapler liniowy tnący 75mm + ładunek do staplera liniowego tnącego 75mm o następujących numerach katalogowych: TLC75, TCD75, TCT75 (staplery), TCR75, TRD75, TRT75 (ładunki)*, powołując się na dopuszczenie takiego rozwiązania zgodnie z odpowiedzią zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z oryginalną instrukcją użycia zaoferowanych staplerów z opakowania fabrycznego zaoferowano staplery i ładunki do staplerów o długości linii szwów 77mm, która jest długością niezgodną z dopuszczonymi przez zamawiającego rozwiązaniami.

Wskazał, że dopuszczone w postępowaniu długości linii szwów to: 80mm, 81 mm oraz 75mm.

Ponownie zwrócił uwagę, iż w pakiecie 12 w pozycji 22 wykonawca Johnson & Johnson zaoferował staplery o długości linii szwów 102mm, która w tej pozycji jest zgodna z wymogami zamawiającego i potwierdzona w instrukcji użycia produktu, natomiast staplery i ładunki zaoferowane w pakiecie 12 w pozycji 21 mają długość linii szwów niezgodną z wymogami SIWZ, w związku z czym oferta Johnson & Johnson w zakresie pakietu 12 powinna ulec odrzuceniu.

Odwołujący poinformował, że po otwarciu ofert dokonał wglądu w oferty przetargowe, dostrzegł niezgodności w ofercie Johnson & Johnson wobec czego złożył zamawiającemu notatkę z przeglądu ofert, w której wskazał zakres niezgodności.

Odwołujący wskazał, że Komisja zamawiającego zwróciła się w dniu 22 maja 2014 r. do wykonawcy Johnson & Johnson z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty

i uzupełnienie dokumentów, w następstwie której wykonawca ten, pismem z dnia 29 maja 2014 r., wyjaśnił:

Staplery liniowe z nożem TLC zaoferowane przez nas i kompatybilne z nimi ładunki, posiadają 2 linie zszywek po każdej stronie noża, zarówno w produktach TLC 55 mm, 75 mm, jak i 100mm. Fakt, iż po każdej stronie noża dwie linie zszywek ułożone są naprzemiennie może być kłopotliwe do zrozumienia nie doprecyzowując, co stanowi linię szwu, czy jedna linia zszywek czy dwie linie. Jedna linia zszywek w naszych produktach TLC stanowi linię szwu 55mm, 75mm lub 100mm, ale dwie linie zszywek od początku pierwszej do końca drugiej tworzą linię szwu 57mm, 77mm i 102 mm. W celu łatwiejszego zrozumienia załączmy zdjęcie przykładowego ładunku 55/57mm. Rozumiemy, że brak wieloletniego doprecyzowania przez użytkowników, firmy i w tym przypadku Zamawiającego, czy linia szwu to dwie linie zszywek, czy też jedna, może budzić pewne wątpliwości jak to, że nasze produkty oznaczone są kodami 55,75, lub 100, a w instrukcji obsługi opisane są jako 57mm, 77mm i 102mm. W związku z powyższym podtrzymujemy fakt, iż spełniamy oczekiwania Zamawiającego, co do wymaganych parametrów zaoferowanych produktów dotyczących linii szwu.

W ocenie odwołującego przytoczona treść wyjaśnień wskazuje, że Johnson & Johnson zarzuca zamawiającemu brak wieloletniego doprecyzowania, czy linia szwu to dwie linie zszywek, czy też jedna. Stwierdził nadto, że zaprezentowana argumentacja jest naciągana próbą zatuszowania swojego błędu i przerzucenia odpowiedzialności na zamawiającego, użytkowników sprzętu medycznego i innych wykonawców.

Odwołujący stanął na stanowisku, że oczywistym jest, że przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu 12 w pozycjach 20, 21 oraz 22 były staplery i ładunki do staplerów ze wszystkimi zaoferowanymi przez wykonawcę rzędami zszywek. Podał, że staplery liniowe z nożem, tak zwane staplery zamykająco-tnące, posiadają od 4 do 6 rzędów tytanowych zszywek, ułożonych w konfiguracji 2 + 2 lub 3 + 3, z nożem przecinającym tkankę pośrodku. Wskazał, że zamawiający nie ma możliwości użycia jednej linii zszywek, bo stapler stanowi całość i dlatego posiada kilka rzędów zszywek, aby zapewnić hemostazę (brak krwawienia z tkanek) lub aerostazę w przypadku operacji w obrębie płuca (brak przecieków powietrza).

Odwołujący podniósł, że wykonawca Johnson & Johnson wywodzi, że zamawiający nie określił, czy chodzi mu o długość jednego, czy też dwóch linii szwów, próbując udowodnić, że jego oferta jest zgodna, bo to zamawiający wykazał się brakiem precyzji. Taka argumentacja, zdanie odwołującego, nie może się ostać skoro wykonawca w swoich własnych materiałach informacyjnych (instrukcje obsługi, ulotki), również w pytaniach z dnia 26 listopada 2013 r. zadawanych do tego postępowania określa swoją długość linii szwu na 57mm (dla pozycji 20) oraz 77mm (dla pozycji 21):

Odwołujący uznał, że wykonawca Johnson & Johnson mógł złożyć ofertę zgodną z wymogami SIWZ, gdyż posiada w swojej ofercie rynkowej produkty o opisanej charakterystyce. Wskazał, że w pozycjach 20 oraz 21 firma ta mogła zaoferować swoje nowe

technologicznie rozwiązanie w postaci staplerów NTLC z sześcioma rzędami zszywek wykonanych w technologii 3-D, a w pozycji 22 - poprzednią generacją staplerów Proximate o długości linii szwów 100mm.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Johnson & Johnson nie załączył do złożonej przez siebie oferty żadnych materiałów informacyjnych dla produktów zaoferowanych w pakiecie 12 w pozycjach 20, 21 oraz 22, co wedle przypuszczeń odwołującego nastąpiło z tego powodu, iż ich załączenie mogłoby spowodować odrzucenie oferty Johnson & Johnson jako niespełniającej wymagań SIWZ.

Co do niezgodności w zakresie pakietu 12 w pozycji 12 odwołujący podał, że wykonawca Johnson & Johnson zaoferował kaniulę do trokara o numerze katalogowym CT5LT i wyjaśnił, że zgodnie z ulotką informacyjną dostępną na stronie internetowej wykonawcy produkt o opisanych w SIWZ parametrach posiada numer katalogowy CTB5LT.

Wskazał, że zamawiający również miał problem z odnalezieniem w złożonej ofercie przetargowej potwierdzenia istnienia kaniuli o takim numerze katalogowym i zwrócił się do Johnson & Johnson, pismem z dnia 22 maja 2014 r., o wyjaśnienie rozbieżności – w odpowiedzi wykonawca Johnson & Johnson złożył wyjaśnienie, dołączając stronę, która swoim układem graficznym w ogóle nie przypomina żadnych oficjalnych materiałów marketingowych wykonawcy, a nadto numery katalogowe zaoferowanych kaniul w ogóle nie odpowiadają oficjalnym materiałom informacyjnym dostępnym na stronie internetowej wykonawcy.

Dodatkowo wskazał, że Johnson & Johnson złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane kopie dokumentów rejestracyjnych i certyfikatów, również dla kaniul zaoferowanych w pakiecie 12 w pozycjach 12 oraz 14, z których bezspornie wynika, że prawidłowy numer katalogowy jest odmienny od zaoferowanego. Odwołujący podał, że w załączonej do oferty przystępującej deklaracji zgodności numery katalogowe dla zaoferowanych kaniul linii BASX są następujące: CTB5LT oraz CTB11LT (deklaracji zgodności nr CAF: 09- 04318 z dnia 22 marca 2010 r.)

Wskazał także, w zakresie pakietu 12 w pozycji 14, że Johnson & Johnson zaoferował kaniulę do trokara o numerze katalogowym CT11LT, zaś zgodnie z ulotką informacyjną dostępną na stronie internetowej wykonawcy produkt o opisanych w SIWZ parametrach posiada numer katalogowy CTB11LT.

Ponownie wskazał, że zamawiający miał problem z odnalezieniem w złożonej ofercie przetargowej potwierdzenia istnienia kaniuli o takim numerze katalogowym i zwrócił się do Johnson & Johnson, pismem z dnia 22 maja 2014 r., o wyjaśnienie rozbieżności – w odpowiedzi Johnson & Johnson złożyła wyjaśnienie, dołączając stronę, która swoim układem graficznym w ogóle nie przypomina żadnych oficjalnych materiałów marketingowych

wykonawcy, a nadto numery katalogowe zaoferowanych kaniul w ogóle nie odpowiadają oficjalnym materiałom informacyjnym dostępnym na stronie internetowej wykonawcy.

Dodatkowo wskazał, że wykonawca Johnson & Johnson złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane kopie dokumentów rejestracyjnych i certyfikatów, również dla kaniul zaoferowanych w pakiecie 12 w pozycjach 12 oraz 14, z których bezspornie wynika, że prawidłowy numer katalogowy jest odmienny od zaoferowanego – w załączonej deklaracji zgodności numery katalogowe dla zaoferowanych kaniul linii BASX są następujące: CTB5LT oraz CTB11LT.

Na tej podstawie odwołujący doszedł do przekonania, że oświadczenia złożone przez upoważnionego przedstawiciela firmy Johnson & Johnson o posiadaniu produktów o numerach katalogowych CT5LT oraz CT11LT zaoferowanych w ramach pakietu 12 w pozycjach 12 i 14 są fałszywe i miały za cel doprowadzenie w sposób nieuprawniony do podpisania umowy przetargowej w ramach zamówienia publicznego.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (uwzględnienie w całości zarzutów odwołania) – pismo z dnia 15 lipca 2014 r., sprzeciwu przystępującego – pismo z dnia 18 lipca 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w zakresie pakietu nr 12, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN)* [dalej „*Protokół*”] skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty w zakresie pakietu nr 12 złożyło dwóch wykonawców: przystępujący z ceną 935 506,80 zł i odwołujący z ceną 952 106,40 zł (pkt 9 *Protokołu*). Zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 12 i odrzucenia tej oferty, co oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania przez zamawiającego dwóch złożonych ofert ponownej ocenie, a w jej ramach do odrzucenia oferty przystępującego, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, w tym:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN)* [dalej nadal „*Protokół*”].
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „*SIWZ*”) wraz z modyfikacjami.
3. Oferta odwołującego.
4. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2014 r. skierowane do przystępującego.
5. Odpowiedź przystępującego z dnia 29 maja 2014 r. na ww. wezwanie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ w zakresie pakietu nr 12 pozycje: 20 i 21, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Bezspornym było dopuszczenie przez zamawiającego w przypadku staplerów liniowych – pozycja 20 i 21 pakietu nr 12 – długości linii szwu 55, 60 i 61 mm (pozycja 20) oraz długości linii szwu 75,80 i 81 mm (pozycja 21).

Bezsporne było także zaoferowanie przez przystępującego w zakresie pakietu nr 12 w pozycjach 20 i 21 liniowych staplerów tnących: „55 mm+” oraz „75 mm+” oznaczonych numerami katalogowymi: „TLC55, TCT55” oraz „TLC75, TCD75, TCT75”, w przypadku których jedna linia zszywek „daje długość” odpowiednio 55mm i 75mm, natomiast dwie linie zszywek od początku pierwszej do końca drugiej 57mm i 77mm.

Spornym było to, czy zaoferowane przez przystępującego staplery liniowe o wskazanych oznaczeniach spełniają wymóg w zakresie długości linii szwu, co było następstwem odmiennego rozumienia „długości linii szwu”.

Przystępujący prezentował stanowisko (zaprezentowane w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego w odniesieniu do pozycji 22 pakietu nr 12 – lit. I), zgodnie z którym jako długość linii szwu w zaoferowanych staplerach liniowych, posiadających 2 linie zszywek po każdej stronie noża należy przyjąć długość jednej linii zszywek.

Przystępujący nie wskazał jednak żadnych argumentów za tym przemawiających poza jednym – tak przyjmuje on sam w odniesieniu do swoich produktów („Jedna linia zszywek w naszych produktach TLC stanowi linię szwu 55mm, 75mm lub 100mm, ale dwie linie zszywek od początku pierwszej do końca drugiej tworzą linie szwu 57mm, 77mm i 102 mm”).

W ocenie składu orzekającego Izby, wobec nie zdefiniowania przez zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania, jak rozumieć „długość linii szwu” odwołać się należy do rozumienia pojęcia „szew” w języku polskim – „szew” zaś to „miejsce zszywania kawałków tkaniny, futra itp. wraz z nićmi, którymi te kawałki zszyto”. Powyższe, uwzględniając oczywiście fakt, że

w przypadku staplerów nie mamy do czynienia z niciami, ale z zszywkami, pozwala na przyjęcie, że szew tworzą wszystkie zszywki (odpowiednik nici) niezależnie od liczby rzędów zszywek i ich wzajemnego położenia.

W dalszej kolejności należy przyjąć, że długość linii szwu „tworzą” wszystkie zszywki wszystkich rzędów, co w przypadku staplera liniowego zaoferowanego przez przystępującego oznacza, że staplery te są staplerami o długości linii szwu 57mm oraz 77mm, co nie jest zgodne z wymogiem zamawiającego i przesądza o uznaniu, że treść oferty przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ i obowiązku jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo zaoferowania w zakresie pakietu nr 12 pozycje: 12 i 14 (nieistniejących) kaniul do trakera: CT5LT i CT11LT, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą zaoferował on w zakresie pakietu nr 12 w pozycji 12 kaniulę do trakera oznaczoną nr katalogowym: „CT5LT” (str. 10 oferty) oraz w pozycji 14 kaniulę oznaczoną nr katalogowym: „CT11LT” (str. 11 oferty).

Do oferty przystępującego nie załączono żadnych dokumentów dotyczących zaoferowanych, oznaczonych nr katalogowymi: „CT5LT” i „CT11LT” kaniul, ale załączono dokumenty (katalog) dotyczące kaniul „CTB5LT” oraz „CTB11LT”, czego następstwem było wezwanie zamawiającego do złożenia przez przystępującego wyjaśnień (lit. F i G wezwania z dnia 22 maja 2014 r.) co do niezgodności pomiędzy formularzem ofertowym (ofertą) a załączonym katalogiem.

Udzielając wyjaśnień (pismem z dnia 29 maja 2014 r.) przystępujący oświadczył, iż omyłkowo załączył stronę katalogową trokarów i kaniul XCEL zamiast wymaganych trokarów i kaniul BASX, a nadto załączył tłumaczenie strony katalogowej dotyczącej zaoferowanych kaniul „CT5LT” i „CT11LT”.

Tym samym przystępujący potwierdził, iż zaoferował kaniule o nr katalogowych: „CT5LT” oraz „CT11LT”.

Na rozprawie odnośnie do zaoferowanych kaniul przystępujący oświadczył, że w przedłożonej zamawiającemu ulotce dotyczącej zaoferowanych kaniul wkradła się omyłka, polegająca na pominięciu jednej litery w oznaczeniu katalogowym kaniul, zaś prawidłowe ich oznaczenie wynika ze złożonych wraz z ofertą: deklaracji zgodności i dokumentów rejestracyjnych. Nadto oświadczył, że ulotka została już przez Johnson & Johnson poprawiona, na potwierdzenie czego złożył kopię poprawionej ulotki.

Biorąc pod uwagę złożone przez przystępującego na rozprawie oświadczenie uznać należy, że przystępujący nie zaoferował kaniul o nr katalogowych: „CT5LT” oraz „CT11LT”, które to kaniule zostały przez zamawiającego ocenione jako spełniające wskazane w SIWZ wymagania i co stało się podstawą wyboru oferty przystępującego w zakresie pakietu nr 12.

Nadto uznać należy, że kaniule o oznaczeniach jak zaoferowane nie istnieją – gdyby bowiem istniały przystępujący winien potwierdzić, iż zaoferował kaniule o nr katalogowych: „CT5LT” oraz „CT11LT”, a nadto wykazać, że złożona przez niego przy wyjaśnieniach z dnia 29 maja 2014 r. ulotka odpowiada rzeczywistości.

W ocenie składu orzekającego Izby przesądza to o uznaniu zasadności zarzutu.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że oferta przystępującego winna zostać przez zamawiającego odrzucona skład orzekający Izby uznał za potwierdzony zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego skoro, poza przystępującym złożył on jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Skład orzekający Izby nie nakazał jednak zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, ponieważ będzie to nowa czynność zamawiającego, która może być podważona w drodze środków ochrony prawnej (co w tym przypadku ze względu na to, że w zakresie pakietu nr 12 ofertę złożył jedynie odwołujący i przystępując jest mało prawdopodobne).

Skład orzekający Izby oddalił wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań materiałów, technologii i urządzeń, w tym wyrobów medycznych na okoliczność ustalenia cech charakterystycznych produktów oferowanych przez przystępującego w zakresie pakietu nr 12 oraz czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ z uwzględnieniem w szczególności badania odnośnie niezgodności podniesionych w odwołaniu, ponieważ cechy zaoferowanych staplerów były znane i wynikały ze złożonej oferty.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek przystępującego o przesłuchanie świadka w osobie obecnej na sali w toku posiedzenia i rozprawy J..... K..... – H..... na okoliczność prac komisji przetargowej, tj. sposobu rozumienia opisu przedmiotu zamówienia, znajomości przez zamawiającego produktów przystępującego, funkcjonalności zastosowania staplerów o różnej długości szwów, ponieważ fakty, które miałyby zostać zeznaniami wskazanej osoby stwierdzone nie zostały przez przystępującego dokładnie (a jedynie zdawkowo, ogólnie) oznaczone. Nadto wiedza wskazanej osoby nie pozwalałaby na przyjęcie, że „wiedza” ta była wspólna dla całego składu ośmioosobowej komisji przetargowej (pkt 3 *Protokołu*) i zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: