

Sygn. akt: KIO/UZP 553/10

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biomet Polska Sp. z o.o., 04-501 Warszawa, ul. Płowiecka 75** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, 45-418 Opole, al. W. Witosa 26** protestu z dnia 12 marca 2010 r.

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Biomet Polska Sp. z o.o., 04-501 Warszawa, ul. Płowiecka 75 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Biomet Polska Sp. z o.o., 04-501 Warszawa, ul. Płowiecka 75,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu

Zamówień Publicznych na rzecz **Biomet Polska Sp. z o.o., 04-501 Warszawa, ul. Płowiecka 75.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę materiałów kośćcozastępczych oraz implantów ortopedycznych z zapewnieniem instrumentarium i zabezpieczeniem depozytu - magazynu w pełną gamę rozmiarów implantów ortopedycznych, z podziałem na zadania (części).

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 13.01.2010 r, a szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp (Druk ZP 1 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia).

W dniu 02.03.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia, za którą uznano ofertę złożoną przez Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z Warszawy (zwana dalej „J&J”) oraz odrzuceniu oferty złożonej w części 2 zamówienia przez Biomet Polska Sp. z o.o. (dalej „Biomet”) z Warszawy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Biomet zamawiający wskazał, iż w zadaniu nr 2 w poz. 1.4, w poz. 2 oraz w poz. 3 w warunkach bezwzględnych siwz wymagał wkładek polietylenowych mocowanych zatraskowo na całym obwodzie. Z treści złożonej oferty i udzielonych wyjaśnień wynika natomiast, iż wykonawca zaoferował w ww. pozycjach wkładki puszczelowe z mechanizmem zatraskowym wysuniętym do przodu poza strefę międzykłykciową.

W dniu 11.03.2010 r. Biomet wniosła protest wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie jej oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty wybranej. Konsekwentnie protestujący domagał się przywrócenia jego oferty do postępowania oraz odrzucenia oferty J&J, ewentualnie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, m.in., iż zamawiający w zadaniu nr 2 w pozycji 2 oraz pozycji 3 w warunkach bezwzględnych siwz wymagał wkładek polietylenowych mocowanych

zatraskowo na całym obwodzie, gdzie Spółka Biomet zaoferowała system endoprotezy stawu kolanowego o nazwie Vanguard (wersja rewizyjna posiada w nazwie rozszerzenie DA 360), który posiada mechanizm zatraskowy umiejscowiony w przedniej części tacy, dociskający wkładkę puszczelową na całym jej obwodzie do tacy puszczelowej a zatraskowa konstrukcja zapewnia najlepszy docisk wkładki do polerowanej tacy na całym obwodzie, minimalizując jednocześnie prawdopodobieństwo wystąpienia niepożądanego zjawiska wycierania się polietylenu. Powyższe wynika m.in. z opisu systemu Vanguard zawartego w materiałach złożonych wraz z ofertą (karta katalogowa strona 1148 oferty), co jest potwierdzeniem, że zaoferowany dla zadania nr 2 system endoprotezy stawu kolanowego o nazwie Vanguard spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosnie niezgodności oferty J&J z treścią siwz wskazano, iż w poz. 1 pkt. 3 Zadania nr 2 (Załącznik nr 1 do siwz) zamawiający wymagał zaoferowania endoprotezy stawu kolanowego, o parametrach: „Komponent puszczelowy ze stopu tytanowego z możliwością stosowania klinów do każdej części puszczelowej i komponent puszczelowy typu „mobile-bearing” (możliwość stosowania zamiennego zależnie od wskazań).

W związku z powyższym stwierdzono, że zaoferowany system PFC nie spełnia powyższego w zakresie możliwości stosowania klinów do każdej części puszczelowej, co potwierdzają strony katalogowe złożone wraz z ofertą.

Johnson & Johnson zaoferowała w zadaniu nr 2 komponent puszczelowy pierwotny („Endoproteza pierwotna kolana - KATALOG”, str. 1376) „PFC Sigma Fixed Bearing Taca Puszczelowa” o numerach katalogowych 86-6022, 86-6029, 86-6023, 86-6024, 86-6025, 86-6026.

Komponent ten nie ma możliwości stosowania klinów gdyż w swej konstrukcji nie posiada otworów do przykręcenia takich klinów. Taką możliwość posiada **TYLKO I WYŁĄCZNIE** komponent puszczelowy rewizyjny nie oferowany w tej pozycji o nazwie PFC Sigma Modular Plus Tibial Tray, który posiada zaślepione otwory montażowe dla klinów.

Na dowód powyższego dołączono do protestu kopię ogólnie dostępnych (np. internet) materiałów firmowych Johnson & Johnson oraz skan etykietek zdjętych z opakowań klinów puszczelowych.

Ponadto w zadaniu nr 2 w pozycji nr 1 punkt 4 oraz pozycji nr 2 i pozycji nr 3 zamawiający wymagał zaoferowania „wkładki polietylenowej mocowanej zatraskowo na całym obwodzie”.

Z ogólnie dostępnych materiałów (np. internet) firmy Johnson & Johnson wynika że wkładka polietylenowa w endoprotezie stawu kolanowego PFC Sigma mocowana jest zatraskowo ale tylko i wyłącznie mocowanie to następuje w trzech punktach - dwóch w części tylnej i jednym w części przedniej (międzykłykciowo).

W dniu 18.03.2010 r. zamawiający oddalił protest Biomet.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono m.in., iż zamawiający w zadaniu nr 2 w poz. 1.4; w poz. 2 oraz w poz. 3 w warunkach bezwzględnych siwz wymagał wkładek polietylenowych mocowanych zatrzaskowo na całym obwodzie. Wykonawca zaoferował w w/w pozycjach wkładki puszczelowe z mechanizmem zatrzaskowym wysuniętym do przodu poza strefę międzykłykciową.

Odnosnie oferty J&J zamawiający wskazał jedynie, że po jej ponownym sprawdzeniu nie znalazł powodów do odrzucenia oferty. Postawione wymagania techniczne przez zamawiającego zostały spełnione, przez co oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 28.03.2010 r. Biomet wniosła odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i żądania protestu.

Powyżej zreferowano jedynie zarzuty protestu, które odwołujący podtrzymał – których nie wycofał w trakcie rozprawy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w załączniku nr 1 „Wymagania bezwzględne” w tabeli dot. Zadania nr 2 – Endoprotezy stawu kolanowego zamawiający wymagał w poz. 3 „komponentu puszczelowego ze stopu tytanowego z możliwością stosowania klinów do każdej części puszczelowej i komponent puszczelowy typu „mobile-bearnig” (możliwość stosowania zamiennie zależnie od wskazań)”. W pkt. 4 wymagano „wkładki polietylenowej mocowanej zatrzaskowo na całym obwodzie w minimum 6 rozmiarach. Wkładka z dodatkową stabilizacją więzadeł pobocznych, zapewniających półwiązanie endoprotezy oraz wkładka polietylenowa do elementu puszczelowego typu „mobile-bearnig” (możliwość stosowania zamiennego zależnie od wskazań). W poz. 2 „Wkładki do endoprotezy” wymagano „Wkładka stawowa polietylenowa mocowana zatrzaskowo na całym obwodzie w minimum 6 rozmiarach, z dodatkową stabilizacją więzadeł pobocznych, zapewniających półwiązanie endoprotezy”

Na podstawie oferty Biomet w zadaniu nr 2, w szczególności załączonych do niej materiałów (str. 1156 i 1157 oferty) dotyczących systemu kolanowego VANGARD oraz na podstawie wyjaśnień Biomet z dnia 24.02.2010 r. skierowanych do zamawiającego, a także na podstawie okazanego na rozprawie modelu wkładki, ustalono, iż wkładka polietylenowa oferowana przez odwołującego zawiera mechanizm zatrzaskowy umiejscowiony w przedniej części tacy

dociskający wkładkę puszczelową na całym jej obwodzie do tacy puszczelowej. Charakteryzując powyższe rozwiązanie potocznie: wkładka puszczelowa mocowana jest do tacy przy pomocy sworznia/zatrzasku stosowanego z jednej strony tacy/wkładki oraz opiera się na bolcu wystającym z tacy po drugiej stronie.

Wykonawca J&J, co wynika z formularza cenowego dot. zadania nr 2 oraz str. 1352 i n. oferty J&J zaoferował wkładki etylenowe DePuy Orthopedic – Fixed Bearing – w ofercie zaznaczono, iż wkładki mocowane są zatrzaskowo na całym obwodzie. Na stronie 1353 oferty zobrazowana jest sposób mocowania wkładki w przekroju poprzecznym – konstrukcja zatrzasku.

W ofercie J&J wykonawca w tabeli formularza cenowego w poz 1 i 3 zad. nr 2 wskazał oznaczenie producenta oraz pokrywające się numery katalogowe (serie) produktów (m.in. produkty DePuy Orthopedics serii 8660xx i 860xxx), tj. wskazał jakie endoprotezy stawu kolanowego oraz endoprotezy rewizyjne stawu katalogowe oferuje. Natomiast w dalszym załączniku do oferty – stanowiącym powielenie zał. nr 1 do siwz „Wymagania bezwzględne” odnośnie analogicznych pozycji (jak w formularzu cenowym) wpisano strony oferty zawierające dane potwierdzające spełnienie parametrów wymaganych przez zamawiającego. Odnośnie endoprotezy stawu kolanowego (poz 1 pkt 3) – str. 1352 i 1376. Odnośnie endoprotezy rewizyjnej – str. 1380, 1382 i n.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpatrując zarzuty odwołania popierane przez odwołującego Izba stwierdziła, iż są niezasadne – oferta wybrana w części nr 2 zamówienia odpowiada treści siwz, natomiast oferta odwołującego jest z nią sprzeczna i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który przesądza o konieczność odrzucenia oferty, której treść siwz nie odpowiada.

Odnosząc się do okoliczności wskazanej przez zamawiającego jako niezgodność treści oferty odwołującego z siwz, stwierdzić należy, że zastosowana w ofercie metoda mocowania wkładki polietylenowej w endoprotezie stawu kolanowego nie jest rozwiązaniem w siwz opisanym.

Izba nie kwestionuje, iż mechanizm stosowany przez odwołującego, który odwołujący zaprezentował w trakcie rozprawy, jest mechanizmem skutecznym, realizującym wszystkie funkcje i gwarantującym rezultaty, które mogą być wymagane w trakcie eksploatacji sprzętu tego typu, tzn. stabilizującym oraz zapewniającym docisk całej wkładki, na całej jej powierzchni, a tym samym również na jej obwodzie. Uwzględniając sztywność wkładki przyjąć

można, iż wkładka dociśnięta i oparta w dwóch przeciwstawnych punktach przylegała będzie we względnie równym stopniu na całej powierzchni (zakładając niewielką podatność materiału na odkształcenia w miejscach niedociskanych).

Jednakże zamawiający w siwz opisał i wyspecyfikował inny sposób osiągnięcia i realizacji wyżej wskazanych rezultatów. Niejako formalnie ograniczył dostępne metody, za pomocą których mocowanie wkładki może być realizowane. Wyraźnie wskazano, iż mechanizm zatraskowy mocujący wkładkę ma być umiejscowiony na całym jej obwodzie. Z referowanych w ustaleniach Izby postanowień siwz wynika, iż wymagania zamawiającego dotyczyły sposobu realizacji mocowania na całym obwodzie, a nie tylko osiągnięcia efektu mocowania wkładki (docisku) na jej całym obwodzie.

Pomijając rozważania nt. ustalenia znaczenia pojęcia „zatrasku” i charakterystyki technicznej mechanizmów zatraskowych, stwierdzić należy, iż dwa punkty mocujące (miejsca w których następuje oparcie i przytwierdzenie wkładki do tacy – miejsca bezpośredniego przyłożenia sił oddziałujących pomiędzy ww. częściami) nie mogą zostać uznane za fizycznie mocujące wkładkę na całym jej obwodzie. Mechanizmem tego typu będzie mechanizm zapewniający łączenie wkładki w granicznie dużej ilości punktów całego jej obwodu. Np. za mechanizm tego typu należy uznać mechanizm zastosowany we wkładce oferowanej przez przystępującego – rozwiązanie to gwarantuje fizyczne rozłożenie punktów dociskających na literalnie całym obwodzie wkładki. Powyższe zostaje osiągnięte przez podniesienie zewnętrznych ścianek tacki, pomiędzy które włączana/wciskana jest wkładka, która przez frezowaną wypustkę na całym swoim obwodzie „zazębia się” i zatraskuje z wystającym elementem tacki.

W zakresie oceny powyższego oparto się na dowodach przedstawionych przez odwołującego i przystępującego, odpowiednio: modelu wkładki oferowanej zaprezentowanej na rozprawie przez odwołującego oraz ilustracji obrazującej mocowanie wkładki do tacki zamieszczonej na stronie 10 katalogu przedstawionego jako dowód nr 5 załączony do przystąpienia do postępowania odwoławczego i ilustracji na str. 1353 oferty przystępującego.

Reasumując stwierdzić należy, iż oferta odwołującego nie spełnia ww. wymagań zamawiającego, oraz przeciwnie – oferta przystępującego wymagania mocowania wkładki na całym obwodzie spełnia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego endoprotezy stawu kolanowego, o parametrach „komponent puszczelowy ze stopu tytanowego z możliwością stosowania klinów do każdej części puszczelowej i komponent puszczelowy typu „mobile-bearing”, Izba wskazuje, iż tego typu komponenty zostały przez wybranego wykonawcę zaoferowane. Przesądżają o powyższym numery katalogowe produktów wskazane w formularzu cenowym, w którym określono co jest przedmiotem oferty J&J – w zakresie wskazanej serii produktów znajdują się według wskazań przystępującego produkty posiadające ww. funkcjonalności czego odwołujący w trakcie rozprawy nie kwestionował. Izba podkreśla, iż w zakresie określenia przedmiotu dostawy to właśnie załącznik cenowy miał znaczenie przesądżające, natomiast wskazanie odpowiednich

stron oferty miało jedynie znaczenie dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (wykazania, iż posiadają wymagane parametry i funkcjonalności). Brak przyporządkowania właściwych stron oferty zawierających odpowiednie dane do konkretnych funkcjonalności wykazywanych w zał. nr 1 „Wymagania bezwzględne” przy jednoczesnym oferowaniu produktów, które wymagania te spełniają może mieć jedynie znaczenie formalne. W takim przypadku stwierdzić można, iż tego typu sposób przygotowania oferty utrudnił zamawiającemu ocenę i stwierdzenie, że oferowane urządzenia odpowiadają jego wymaganiom, niemniej jednak wcale tego nie uniemożliwił. Zamawiający mógł stwierdzić powyższe odnosząc informacje wskazane jako potwierdzenie właściwości endoprotez rewizyjnych, do takich samych urządzeń zaoferowanych w pozycji dotyczącej endoprotez pierwotnych, odnośnie których wykonawca odpowiednich stron potwierdzających ich wszystkie parametry i właściwości w ofercie nie przypisał. Jak już wskazano, opisana „wada” oferty wybranej może mieć jedynie znaczenie formalne, w żadnym razie nie przesądza, iż treść oferty, w tym przypadku przedmiot dostawy (właściwości oferowanych urządzeń) nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - 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*