

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2017 r. przez wykonawcę **J. & J. Przystępujący Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy w K., ul. (...)**.

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie w zakresie Pakietu nr 1:**
  - 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
  - 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.**
  
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Powiatowy w K., ul. (...) i:**
  - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. & J. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2) zasądza od zamawiającego Szpital Powiatowy w K., ul. (...) na rzecz wykonawcy J. & J. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Powiatowy w K., ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa endoprotez ortopedycznych do szpitala Powiatowego w K.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23.02.2017 r. pod nrem 2017/S 038-068459.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 11.05.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. C. Sp. z o.o. z siedzibą w N.T., ul. (...).

Wykonawca J. & J. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 19.05.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp przez wezwanie wykonawcy A. C. Sp. z o.o. (dalej „A.”) do wykazania, że zaproponowane przez wykonawcę A. produkty są równoważne w stosunku do opisanych w dokumentacji, stanowiącej pierwotny opis przedmiotu zamówienia;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie w zakresie Pakietu nr 1 odrzucenia oferty wykonawcy A., która nie odpowiada treści SIWZ ewentualnie:  
naruszenie art. 30 ust. 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie w zakresie Pakietu nr 1 odrzucenia oferty wykonawcy A. niespełniającej przez zaoferowane produkty równoważnych rozwiązań technicznych i funkcjonalnych w stosunku do opisanych w dokumentacji, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1, czyli oferty Odwołującego;
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą w zakresie Pakietu nr 1 oferty sprzecznej z treścią SIWZ, czyli oferty wykonawcy A..

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie w zakresie Pakietu nr 1 czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy A. jako sprzecznej z SIWZ oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Zgodnie z pierwotną treścią opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w ramach Pakietu nr 1 zamawiający wymagał zaoferowania produktów o następujących parametrach w pozycjach 2, 6 i 12:

2. Trzpień modularny ze stopu tytanowego, prosty, zwężający się dystalnie, prostokątny w przekroju na całej długości, w opcji kołnierzy i bezkołnierzy oraz w opcji standard, coxa vara i high offset; uniwersalny dla biodra prawego i lewego, na całej długości pokryty hydroksyapatytem (średnia grubość 155  $\mu\text{m}$ ); długość trzpienia od 115 mm do 190 mm i prostokątnym przekroju poprzecznym od 8 mm do 20 mm. Dla typu Coxa Vara ze 125° kątem szyjki w rozmiarach od 130 mm do 170 mm długości. Trzpień posiada na całej powierzchni wzdluzne i poprzeczne nacięcia umożliwiające bardzo dobrą pierwotną stabilizację. Szyjka polerowana, spłaszczona w płaszczyźnie A/P. W opcji trzpień dysplastyczny w opcji kołnierzy i bezkołnierzy.
6. Panewka hemisferyczna, bezcementowa typu "press-fit", wykonana ze stopu tytanowego posiadająca uniwersalny mechanizm osadzania wkładek polietylenowych i ceramicznych, bezotworowa oraz z możliwością zastosowania 3 śrub mocujących. Średnica zewnętrzna panewki 48-66 mm ze skokiem co 2 mm w opcji z panewka 38-46 oraz 68-72 wielootworowa z możliwością użycia 5-7 śrub (w zależności od rozmiaru).
12. Głowa bipolarna o podwójnej artykulacji (metal – polietylen – metal), wykorzystująca dodatkową artykulację w celu zmniejszenia zużycia panewki; eliptyczny kształt, o dodatnim mimośrodzie, zapewniającej prawidłowe anatomiczne położenie i właściwe rozmieszczenie działających sił; dostępna w 23 rozmiarach (39 mm – 65 mm) dla głowy wewnętrznej o średnicy 28 mm oraz w 19 rozmiarach (39 mm – 57

mm) dla głowy wewnętrznej o średnicy 22.225 mm; głowa wewnętrzna pasująca na stożek 12/14.

Na skutek wniesionego wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji zamawiający 27.03.2017 r. dopuścił w zakresie Pakietu nr 1 możliwość złożenia oferty zgodnie z opisem wskazanym w Pytaniu nr 1 z zastrzeżeniem, że oferowane wyroby będą posiadały co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne i funkcjonalne oraz nie obniża określonych w dokumentacji standardów oraz zamawiający zastrzegł aby wykonawca zastosował się do cz. III pkt 4 SIWZ.

Wykonawca A. złożył ofertę zgodnie z dopuszczonym opisem przedmiotu zamówienia, jednak zaoferowane przez wykonawcę A. produkty nie są równoważne w stosunku do wyrobów opisanych w pierwotnej treści opisu przedmiotu zamówienia. Treść wyjaśnień wykonawcy A. (uzupełnienie treści oferty) z 10.04.2017 r. w żaden sposób nie potwierdziła, że wskazane w ofercie produkty miały przynajmniej takie same parametry techniczne i funkcjonalne.

Odwołujący wskazał na niezgodność w zakresie Pozycji nr 2, w ramach której wykonawca A. zobowiązał się do zaoferowania wyrobów posiadających spłaszczoną szyjkę. W ocenie wykonawcy J&J zaoferowane przez wykonawcę A. produkty nie spełniają przedmiotowego parametru, ponieważ ich szyjki w każdym punkcie mają równą, identyczną średnicę, a zatem nie ma spłaszczenia w żadnej płaszczyźnie.

Z załączonych przez wykonawcę A. do oferty dokumentów nie wynika, aby oferowane produkty posiadały szyjkę spłaszczoną w płaszczyźnie AP (ani w żadnej innej płaszczyźnie).

Biorąc pod uwagę kliniczne zastosowanie szyjka musi być odpowiednio gruba, żeby była w stanie przenosić siły, czyli niemal cały ciężar ciała. Szyjki w przekroju okrągłe są w każdej płaszczyźnie jednakowo grube. Spłaszczenie w płaszczyźnie AP pozwoli na większy zakres ruchu kończyny dolnej oraz mniejsze prawdopodobieństwo wystąpienia konfliktu panewki z szyjką, który może skutkować zniszczeniem implantu, obluzowaniem implantu lub wyważaniem głowy z panewki czy też zwichnięciem. Każda z ww. sytuacji jest niebezpieczna dla pacjenta i grozi koniecznością nastawiania (korekty położenia) endoprotezy w warunkach szpitalnych lub nawet koniecznością wymiany endoprotezy.

Dowód: ilustracja nr 1.

Oferta wykonawcy A. w ramach Pozycji nr 2 nie spełnia opisu przedmiotu zamówienia zarówno w jego pierwotnej jak i dopuszczonej odpowiedzi z 27.03.2017 r. treści, co prowadzi do wniosku, że również w tym zakresie oferta wykonawcy A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Produkty zaoferowane przez wykonawcę A. w ramach Pakietu nr 1 są nierównoważne względem opisu określonego w pierwotnej treści SIWZ. Na przedmiotową okoliczność zwrócił uwagę Zamawiający, który wezwał wykonawcę A. do wykazania równoważności.

Pomimo przedstawienia szeregu badań Wykonawca A. w żaden sposób nie wykazał, że zaoferowane produkty są równoważne.

Wykonawca A. nie tylko nie spełnił obowiązku zaoferowania konkretnej liczby rozmiarów określonego w pierwotnej treści SIWZ (39-65 mm), ale również nie spełnił opisu, o który sam wnosił na podstawie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ (39-56 mm). Dodatkowo wykonawca A. w złożonym piśmie sam potwierdził, że nie posiada odpowiedniej liczby rozmiarów tak jak tego wymagał Zamawiający: „parametr, jakim jest średnica głowy wewnętrznej jest całkowicie nieistotny z punktu widzenia funkcjonalności takiego połączenia (sumaryczny zakres ruchu pozostaje bez zmian), natomiast zmniejszenie rozmiaru głowy metalowej pozwala na poprawę warunków trybologicznych, zmniejszenie zużycia polietylenu.

Dowód: pismo wykonawcy A. z 10 kwietnia 2017 r.

Pozycja nr 6 – spłaszczenie panewki

Z katalogów produktowych oraz wyjaśnień wykonawcy A. (punkt 3 pisma) wynika, że panewka jest „nieco spłaszczona”, a zatem jest spłaszczoną lub niepełną hemisferą, a nie jak tego oczekiwał Zamawiający – panewką hemisferyczną.

Hemisfera to dokładnie pół koła, 180 stopni dokładnego koła.

Przedmiotową okoliczność można traktować nie tylko jako brak równoważności, ale przede wszystkim jako niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Oferta wykonawcy A. w ramach Pozycji nr 12 nie spełnia opisu przedmiotu zamówienia zarówno w jego pierwotnej jak i dopuszczonej odpowiedziami z 27.03.2017 r. treści, co zostało zauważone przez Zamawiającego i potwierdzone przez wykonawcę A.. Pomimo tej okoliczności Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie, wbrew temu co twierdził wykonawca A. w złożonych wyjaśnieniach, kwestia rozmiaru głowy wewnętrznej ma doniosłe znaczenie od strony klinicznej i niespełnienie wymogów SIWZ w tym zakresie może rodzić negatywne konsekwencje dla pacjentów.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła w zakresie Pakietu nr 1, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba stwierdza, że w ustawowym terminie, 13.03.2017 r., jeden z wykonawców (wykonawca A.) zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Przepis art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Wykonawca zwrócił się o dopuszczenie przedmiotu z innymi cechami niż wyspecyfikowanymi w pierwotnej SIWZ.

27.03.2017 r. zamawiający udzielając odpowiedzi stwierdził, że cyt. »Zamawiający dopuści zaproponowane rozwiązanie pod warunkiem spełnienia przez Wykonawcę warunku opisanego w dziale III pkt 4 SIWZ z dnia 21.02.2017«. Dział III pkt 4 SIWZ odnosił się do rozwiązań równoważnych, które mogli zaoferować wykonawcy, cyt.

»Rozwiązania równoważne:

1. Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia jest opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązań j równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji przetargowej, pod warunkiem, że będą one posiadały co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne i funkcjonalne oraz nie obniżą określonych w dokumentacji standardów.
2. W przypadku, gdy Wykonawca proponuje asortyment równoważny, zobowiązany jest wykonać i załączyć do oferty zestawienie wszystkich zaproponowanych pozycji równoważnych i wykazać ich równoważność w stosunku do opisanych w dokumentacji, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, ze wskazaniem nazwy, strony i pozycji opisu przedmiotu zamówienia, których dotyczy.
3. Wszystkie zaproponowane przez Wykonawcę pozycje muszą posiadać parametry techniczne i funkcjonalne nie gorsze od ustalonych przez Zamawiającego oraz posiadać stosowne dopuszczenia i atesty.

4. Opis zaproponowanych rozwiązań równoważnych powinien być dołączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie oferty mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich parametrów technicznych oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne. Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że zaofertowany przez niego asortyment jest równoważny w stosunku do opisanego przez Zamawiającego.«.

Dlatego wykonawca składając ofertę równoważną musiał dostosować się do precyzyjnych postanowień SIWZ i również precyzyjnej odpowiedzi z 27.03.2017 r. Jednak wykonawca A. nie spełnił w swojej ofercie warunków prezentacji oferty równoważnej i dlatego zamawiający 5.04.2017 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a w szczególności odnosząc się do poz. 1, 2, 4 i 12. Wykonawca A. w swoich wyjaśnieniach z 10.04.2017 r. odniósł się do warunków SIWZ bez udzielenia precyzyjnych odpowiedzi wykazujących na spełnienie przez oferowane produkty wymagań zamawiającego lub wymagań równoważności, zadając m.in. pytanie, cyt. »Powstaje zatem pytanie: czy jest to faktycznie istotny parametr skoro odnosił się tylko do jednej pozycji czy tylko dokładny opis trzpienia Corail?« czy kwestionowanie znaczenia pewnych parametrów, które miały cechować zaofertowane przedmioty, cyt. »Parametr, jaki jest średnica głowy wewnętrznej jest całkowicie nieistotny [...]«.

W związku z tym zamawiający podczas badania ofert nie może akceptować treści oferty wraz z wyjaśnieniami oferty wykonawcy A., gdyż zamawiającego tak samo jak wykonawców obowiązują postanowienia SIWZ oraz wyjaśnień do SIWZ. Tam gdzie w SIWZ lub w wyjaśnieniach znajdują się żądania przedstawienia konkretnych parametrów technicznych wyrażane w milimetrach czy innych jednostkach miar, wykonawca musi zaofertować spełnienie tych wymagań i dowieść, że oferowany przedmiot osiąga te lub lepsze parametry, co dopuszczał zamawiający w przypadku oferowania przedmiotów równoważnych. Izba podkreśla, że w przypadku żądania przez zamawiającego wykazania konkretnych danych dotyczących oferowanego przedmiotu – wykonawca nie może poprzestać na stwierdzeniu w ofercie czy w wyjaśnieniach oferty cyt. »Wszystkie zaofertowane elementy endoprotez są równoważne i były dopuszczone w wyjaśnieniach nr 1 z dn. 27.03.2017 r. na złożone przez nas zapytanie« ostatnie zdanie z przytaczanych wyjaśnień wykonawcy A. z 10.04.2017 r.

Także nie można a priori tłumaczyć zamawiającego wyrażonego na rozprawie cyt. »Równoważność nie może polegać na zaofertowaniu takich samych rozwiązań, ale [ma polegać] zgodnie z uczciwą konkurencją [na zaofertowaniu] takich samych funkcjonalności«, gdy zamawiający wymagał spełnienia konkretnych wymiarów czy kształtów (spłaszczenie, hemisfera) przez oferowane przedmioty. Inaczej nie można wykluczyć, że być może w postępowaniu wzięliby udział i złożyliby oferty także inni wykonawcy bądź wykonawcy, którzy



uczestniczyli w postępowaniu, jeszcze złożąliby wnioski o dodatkowe wyjaśnienie treści SIWZ.

W związku z tym Izba stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bo zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy A., której treść nie była zgodna z treścią SIWZ.

Ponadto zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty podlegającej odrzuceniu.

Natomiast odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp przez wezwanie wykonawcy A. do wykazania, że zaproponowane przez wykonawcę A. produkty są równoważne w stosunku do opisanych w dokumentacji, stanowiącej pierwotny opis przedmiotu zamówienia.

Izba nie dopuściła dowodów złożonych przez odwołującego, gdyż dowody 1-3 pokazywały graficznie funkcjonalności zaoferowanych rozwiązań, a nie spełnienia konkretnych parametrów. Ponadto brak w dowodach wykazania pochodzenia tych dowodów i sposobu ich uzyskania przez odwołującego. Natomiast dowód nr 4 zatytułowany referencje został złożony bez tłumaczenia na język polski.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....