

WYROK
z dnia 13 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **TOP-MED M..... B....., ul. Szczanieckiej 7/7, 93-342 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamińskiego 73a, 51-124 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert zgodnie z ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TOP-MED M..... B....., ul. Szczanieckiej 7/7, 93-342 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl** na rzecz **TOP-MED M..... B....., ul. Szczanieckiej 7/7, 93-342 Łódź** 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 (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów Szewnych” w zakresie Pakietu 1, gdzie przedmiotem jest dostawa szwów z wymaganym czasem wchłaniania 56 dzień – zakończenie 70 dzień oraz z okresem podtrzymywania tkanki 5 tygodni. Zdaniem wnoszącego odwołanie – Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty niespełniającej wymogów specyfikacji. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w zakresie pakietu nr 1 Zamawiający wybrał ofertę firmy Aesculap Chifa sp. z o.o. z Nowego Tomyśla [dalej Aesculap], pomimo, że przedłożone katalogi (...) nie potwierdzają w żaden sposób wymaganego warunku w zakresie zdolności podtrzymywania tkankowego w okresie 5 tygodni. Wskazał również na wyjaśnienia wykonawcy Aesculap, który na wezwanie Zamawiającego załączył kolejny katalog, mający potwierdzać ten parametr, podkreślając, że (...) w załączonym katalogu firmy Braun na stronie 5 katalogu napisane jest: „Zdolność podtrzymywania tkankowego: 50-40 % - 21 dni”, i (...) 0% - 35 dni po zaimplantowaniu”. Podał, że (...) Również na stronie 2 katalogu wykres potwierdza brak podtrzymywania tkankowego w piątym tygodniu od zaimplantowania, podając wartość „0” w 35 dniu. Wartość „0” oznacza, iż nitka nie podtrzymuje tkanki, gdyż fizycznie jest to niemożliwe. W konkluzji stwierdził, że wykonawca Aesculap nie przedstawił żadnego oficjalnego dokumentu, który potwierdzałaby pięcioletni okres podtrzymywania tkankowego jak również nie wystosowała żadnego oświadczenia typu: „Niniejszym potwierdzamy, iż zaoferowany w pakiecie nr 1 szew Novosyn ma pięcioletni okres podtrzymywania tkankowego, gdyż musiałaby poświadczyć nieprawdę”. Wykonawca ten złożył natomiast katalog przedstawiający prawdziwe dane o braku jakiegokolwiek podtrzymywania w piątym tygodniu podając wartość „0”. Wykonawca dodał, że (...) odrzucając oferty firmy YAVO oraz EPIC Medical w pakiecie nr 1 z powodu niespełnienia wymogu pięcioletniego okresu podtrzymywania Zamawiający miał sytuację identyczną do tej, która dotyczyła nieodrzuconej oferty firmy Braun. Żadna z trzech wymienionych firm nie przedstawiła dokumentu, potwierdzającego

pięciotygodniowy okres podtrzymywania tkanki, co więcej ani firma YAVO ani EPIC Medical w swoich materiałach nie złożyła takiego oświadczenia, jak wskazano powyżej. Podobnie i firma Braun nie napisała, iż „nasz szew podtrzymuje tkankę pięć tygodni.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Aesculap Chifa sp. z o.o. z Nowego Tomysła, wnosząc o oddalenie odwołania, podnosząc, że podnoszone w odwołaniu zarzuty są niezasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości na podstawie art. 186 ust.1 ustawy Pzp.

Przystępujący wykonawca Aesculap Chifa wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, podnosząc w szczególności, że (...) jego oferta w zakresie Pakietu 1 spełnia sporne wymagania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu:

Rozpatrując odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba uwzględniała także art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Tak jak ustaliła Izba, zgodnie ze spornym warunkiem wskazanym w załączniku nr 1.1. – Pakiet 1 dla szwów tam opisanych Zamawiający wymagał dla podtrzymywania tkankowego 5 tygodni. Tym samym, jak słusznie stwierdził Odwołujący, również w 35 dniu – ostatnim dniu piątego tygodnia – szew powinien mieć zdolność podtrzymywania tkankowego. Na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom, wykonawca był zobowiązany przedłożyć (...) foldery/prospekty/informacje producenta zawierające opisy oferowanego przedmioty zamówienia potwierdzające spełnianie parametrów technicznych.” Dokument załączony do oferty wykonawcy Aesculap zawierał

wymaganej informacji odnośnie spornego warunku i wykonawca został wezwany [pismo z dnia 4. 01. 2013 r. znak: Szp/FZ-64/9/2012] do jego uzupełnienia. W odpowiedzi wykonawca przedłożył katalog dla szwu oznaczonego jako Nowosyn – Nowa generacja szwów PGLA, w którym na stronie 5 wskazano m.in. na „Zdolność podtrzymywania tkankowego 0% - 35 dni po zaimplementowaniu”. Zdaniem Izby powyższe nie potwierdziło wymaganego warunku, podobnie jak wykres zamieszczony na str 2 katalogu, z którego zdaniem Izby bezspornie wynika, że w 35 dniu zdolność podtrzymywaniu wynosi 0%. Powyższa okoliczności – w stanie faktycznym niniejszej sprawy – potwierdza, że wykonawca Aesculap nie wykazał, że oferowany szew w ostatnim dniu piątego tygodnia spełnia wymagane podtrzymywanie tkankowe. Izba zwraca również uwagę, że w wezwaniu o uzupełnienie dokumentu dla tego warunku, Zamawiający zaznaczył, że nie złożenie wymaganych dokumentów, potwierdzających wymagania będzie jednoznaczne z brakiem spełnienia wymogów określonych w art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Dalsze oświadczenia składane przez wykonawcę Aesculap pozostają, zdaniem Izby, w sprzeczności z treścią katalogu, albowiem opisanego warunku według katalogu nie można - zdaniem Izby – w żaden sposób interpretować jako podtrzymywanie tkankowe 0% po 35 dniach. Izba zwraca również uwagę, że nawet według oświadczeń składanych dodatkowo – oświadczenie Braun z 8.01.2013 r. - brak jest gwarancji - wymaganej w specyfikacji - siły podtrzymywania tkankowego dla szwów Novosyn, albowiem jak zaznaczono siła ta wynosi 0% po 35 dniach, jednakże w zależności od biologicznej reakcji i w przypadku zastosowania klinicznego.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu, z uwagi na wybór w zakresie Pakietu nr 1 oferty wykonawcy Aesculap, niespełniającej wymogów specyfikacji. Tym samym, oferta tego wykonawcy, wobec jego już uprzedniego wezwania o potwierdzenie spornego warunku, w toku czynności oceny ofert powinna zostać odrzucona w zakresie Pakietu 1.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: