Sygn. akt: KIO 2255/15

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2015 r. przez wykonawcę Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie, przy udziale wykonawcy Covidien Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   1.1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Covidien Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1 zamówienia,
   1.2. wezwanie wykonawcy Covidien Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez niego w poz. 6 i 9 w części 1 zamówienia wyroby medyczne spełniają wymóg w zakresie automatycznego docisku,
   1.3. ponowne badanie i ocenę ofert w części 1 zamówienia,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Koszalinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2255/15

Uzasadnienie

SP ZOZ Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę staplerów chirurgicznych i osprzętu do noża harmonicznego (znak sprawy: TP.382.64.2015 BS), zwane dalej: „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 147-270318.

W dniu 6 października 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Covidien Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Wykonawcą C".

W dniu 16 października 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący"), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy C, która w zakresie części 1 zamówienia nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"), ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania ww. do złożenia dokumentów potwierdzających, iż oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego,
2. art. 91 ust 1 Pzp przez wyboru Odwołującego, zaniechanie oferty jako najkorzystniejszej spośród złożonych na część 1 zamówienia i uznanie za najkorzystniejszą w części 1 zamówienia oferty Wykonawcy C.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,
2. powtórzenia badania i oceny ofert w części 1 zamówienia, odrzucenia oferty Wykonawcy C jako niezgodnej z treścią SIWZ i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania Wykonawcy C do złożenia dokumentów potwierdzających, iż oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego

i w konsekwencji odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o:

1. dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia odwołania,
2. dopuszczenie dowodu z oględzin zaproponowanych przez Wykonawcę C produktów zaoferowanych w poz. 6, 8 i 9 w części 1 zamówienia na okoliczność ustalenia, czy spełniają one wymagania Zamawiającego,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami poniesionymi z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Odwołujący podkreślił, że jego interes został naruszony, ponieważ jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w części 1 zamówienia. W wyniku zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy C Odwołującego pozbawiono możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że w poz. 6 części 1 zamówienia Zamawiający wymagał zaoferowania przez wykonawców następującego produktu:

„[…]
Jednorazowa rączka staplera liniowego:
z nożem wbudowanym w ładunek •
minimum 4 rzędy zszywek •
przeznaczonych do tkanki: •
a) standardowej – 1,5 mm po zamknięciu
b) pośredniej – 1,8 mm po zamknięciu
c) grubej – 2 mm po zamknięciu
• Stapler kompatybilny z uniwersalnym ładunkiem zszywek wykonanych w technologii przestrzennej 3D
długość linii szwu: ok. 61 mm lub ok. 81 mm •
rączki staplera bez ładunku •
• Zamawiający każdorazowo określi długość staplera przy składaniu zamówienia
[…]"

Jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie, czy Zamawiający w ramach tej pozycji dopuści „[…]jednorazową rączkę staplera liniowego z nożem, automatycznym dociskiem, załadowaną ładunkiem do tkanki grubej z technologią kierunkowej zszywki bilateralnie spłaszczonej – 2,0 mm po zamknięciu lub do tkanki cienkiej

1,5 mm po zamknięciu o dł. linii zszycia 60 lub 80 mm[…]". Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 15 dopuścił jednorazową rączkę staplera liniowego o powyższych parametrach.

Treść wniosku oraz wymienione parametry wskazują bezpośrednio, że wniosek został złożony przez Wykonawcę C. Tylko on (patent U.S. 8905287) oferuje technologię kierunkową zszywki bilateralnie spłaszczonej. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że tylko 1 z 65 wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął na opis przedmiotu zamówienia w ramach poz. 6.

Wykonawca C w złożonej ofercie w zakresie 4 wymaganych parametrów w ramach poz. 6 powołał się na treść wyjaśnień Zamawiającego, wskazując: „TAK – zgodnie z odp.". Biorąc pod uwagę, że żaden inny wniosek nie dotyczył tej pozycji należy założyć ponad wszelką wątpliwość, że Wykonawca C odwołał się do treści pytania nr 15. W tej pozycji Wykonawca C zaoferował staplery GIA. Zgodnie z treścią pytania i odpowiedzi nr 15 Zamawiający wymagał, aby zaoferowana rączka staplera posiadała automatyczny docisk. Zgodnie z Działem VII pkt 5 SIWZ wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, byli zobowiązani do przedłożenia m.in. dokumentów potwierdzających parametry przedmiotu zamówienia (katalog, strony katalogu, foldery, ulotki informacyjne, prospekty, itp.). Z żadnych dołączonych do oferty Wykonawcy C dokumentów nie wynika, jakoby oferowane przez niego staplery GIA posiadały automatyczny docisk.

Niezależnie od powyższej okoliczności Odwołujący stwierdził, że oferowane przez Wykonawcę C staplery nie posiadają automatycznego docisku. Wyjaśnił, że przez proces automatyczny należy rozumieć procedurę, która jest wykonywana samoistnie – bez kontroli operatora, czy ręcznego składania sprzętu. Udział osoby trzeciej w takiej sytuacji powinien być wyłączony. Tymczasem w zaoferowanych przez Wykonawcę C w poz. 6 staplerach GIA automatyczny docisk osiągany jest przez siłę mechaniczną operatora (chirurga) w momencie składania staplera na tkance. Nie spełnia to wymogu automatycznego docisku, ponieważ jak wynika z literatury branżowej automatyczny docisk oznacza, iż operator naciskając dźwignię lub przycisk dokonuje automatycznego zamknięcia staplera przez dociśnięcie jego bransz na tkance. Oferowany przez Wykonawcę C stapler GIA składany jest manualnie przez operatora na tkance. Następnie mamy do czynienia z dociskiem ręką i manualnym zamknięciem (ręką) na tkance. Powyższy opis nie spełnia to wymogu automatycznego docisku.

Odwołujący podkreślił, że w oficjalnej instrukcji użycia (ang. IFU – „Instruction for Use") dołączanej do każdego produktu Wykonawcy C (staplera liniowego z nożem serii GIA), znajduje się następująca instrukcja użycia sprzętu:

„[…]

pkt. 2 SPOSÓB ZSZYCIA

PRZESTROGA: Upewnij się, że wybrano wkład SULU o odpowiednim rozmiarze zszywek do grubości tkanek. Nadmiernie gruba lub cienka tkanka może spowodować tworzenie niedopuszczalnych form zszywek.

1. Otwórz narzędzie przez wepchnięcie przycisku zwalniającego umieszczonego na uchwycie dźwigni widełek kasety (na końcu narzędzia).
2. Usuń klin transportowy z kanału SULU przez usunięcie i wyciągnięcie go koniuszkami palców (Po zupełnym załadowaniu SULU, usunąć klin transportowy. SULU będzie poruszać się w przód i tył w ostatecznej pozycji załadowania).
3. Umieść spinaną tkankę pomiędzy kasetą narzędzia oraz widełkami kowadełka, lub, jeżeli tkanka ma zostać zespolona, umieść kasetę w jednym otworze a widełki kowadełka w drugim otworze. Wyrównać krawędzie tkanki na kasecie i kowadełka. Można tego dokonać, kiedy obie części są od siebie oddzielone lub złączone zawiasem w jednym końcu instrumentu. Zamknąć narzędzie przez przesunięcie uchwytu dźwigni w stronę korpusu narzędzia do momentu usłyszenia kliknięcia.
4. Po dokładnym zamknięciu narzędzia, obróć gałkę aktywacyjną w dowolną stronę narzędzia.
   UWAGA: W pozycji przed aktywacyjnej, gałka aktywacyjna powinna się obracać w dowolną stronę narzędzia.
5. Umieść kciuk za gałką aktywacyjną oraz dwa palce na ramionach narzędzia. Aktywować narzędzie przez przesunięcie gałki aktywacyjnej w przód do zupełnego zatrzymania.
   PRZESTROGA: Nie wolno obracać pokrętłem w trakcie aktywowania. Obrócenie pokrętła w trakcie aktywowania może spowodować uszkodzenie urządzenia i jego nieprawidłową pracę.

PRZESTROGA: Nieprzesunięcie rączki do samego końca może prowadzić do niepełnego uformowania zszywek, co z kolei może prowadzić do naruszenia ciągłości linii zszywek.

6. Po aktywowaniu, przesuń gałkę aktywacyjną w tył do tej pozycji przed aktywacyjnej. 7. Wciśnij przycisk zwalniający kasetę w celu otwarcia narzędzia (patrz etap 1).

Usunąć narzędzie z pola operacyjnego.

PRZESTROGA: Po aktywowaniu, należy zawsze dokładnie sprawdzić linię zszywek pod kątem zatrzymania krwawienia. Pomniejsze krwawienia można zatrzymać poprzez elektrokauteryzację lub szwy zakładane ręcznie. W razie podjęcia takiej decyzji przez chirurga, można przeprowadzić laparotomię lub torakotomię.

UWAGA: Po otwarciu aktywowanego urządzenia, urządzenie blokujące zostanie wysunięte. Blokada bezpieczeństwa zapobiega zamknięciu narzędzia z aktywowanym ładunkiem SULU. (Blokada bezpieczeństwa jest czarna dla SGIA).

6

[…]"

Odwołujący podał, że z powyższego, w szczególności z pkt 3, wynika jednoznacznie, że staplery GIA nie posiadają automatycznego docisku. Wszystkie czynności związane z jego obsługą wymagają bezpośredniego udziału użytkownika (chirurga).

Zdaniem Odwołującego analogicznie przedstawia się sytuacja w zakresie poz. 9 w części 1 zamówienia. Zamawiający wymagał zaoferowania w ramach przedmiotowej pozycji:

„[…]

Jednorazowy stapler liniowy

• z regulowanym dociskiem tkanki
z kontrolą wysokości zamknięcia zszywki od 1 mm do 2,5 mm •
długość linii szwu – 60 mm •

[…]".

W wyniku pytania nr 18 Zamawiający w ramach tej pozycji dopuścił „[…]stapler liniowy 60 mm, jednorazowy, z automatycznym dociskiem tkanki, załadowany ładunkiem ze zszywkami bilateralnie spłaszczonymi na całej długości drutu do tkanki grubej – 2,0 po zamknięciu oraz cienkiej – 1,5 mm po zamknięciu[…]". Również treść tego pytania i odpowiedzi wskazują, że wniosek został złożony przez Wykonawcę C. Żaden inny wniosek, który by wpłynął na opis przedmiotu zamówienia, nie dotyczył omawianej pozycji.

W złożonej ofercie Wykonawca C zaznaczył „TAK – zgodnie z odp.". Odwołujący podkreślił, że aktualność zachowuje przedstawiona wyżej argumentacja potwierdzająca, że oferowane przez Wykonawcę C staplery nie charakteryzują się automatycznym dociskiem. Nie załączył on do oferty również żadnych dokumentów, które miałyby potwierdzać, że zaoferowane staplery posiadają automatyczny docisk.

Następnie Odwołujący podał, że w poz. 8 w części 1 zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali następujący produkt:

„[…]

Jednorazowe ładunki liniowe do staplera endoskopowego prostego lub artykulacyjnego

umożliwiające wykonanie zespolenia na długości 60 mm •
ładowane w szczęki stapler •
zszywki zamykające się do: 0,75 mm, 1 mm, 1,5 mm, 1,8 mm, 2 mm i 2,3 mm •

• zszywki wykonane z stopu tytanu
Zamawiający każdorazowo określi rozmiar zszywek przy składaniu zamówienia •

[…]".

7

Jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie, czy w ramach omawianej pozycji Zamawiający dopuści „[…]ładunki endoskopowe, o dł. 60 mm ładowane w trzpień staplera, zszywki zamykające się na 0,75, 1,0, 1,5 oraz 2,0 mm[…]". Zamawiający w dniu 2 września 2015 r. udzielił pozytywnej odpowiedzi wskazując, że „[…]dopuszcza w pozycji 8 ładunki endoskopowe, o dł. 60 mm ładowane w trzpień staplera, zszywki zamykające się na 0,75, 1,0, 1,5 oraz 2,0 mm[…]".

Tymczasem Wykonawca C w przedmiotowej pozycji zaoferował wyrób o numerze

katalogowym EGIA60AVM – Endo GIA™ 60 mm Articulating Vascular/Medium Reload with Tri-Staple™ Technology Tan 2 mm, 2,5 mm, 3 mm, w których ładunek zamyka się na różne wysokości, ale nie do 0,75 mm (jak w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia, bądź pytaniu nr 17), co potwierdza zarówno karta katalogowa, jak i instrukcja użycia wyrobu.

Odwołujący wskazał na szczególne kliniczne znaczenie wysokości zamknięcia zszywki. W przypadku stosowania staplerów endoskopowych z nożem (załadowanego ładunkami) pojawia się potrzeba zamknięcia dużych naczyń krwionośnych lub bardzo cienkiej tkanki. Zamknięcie naczyń krwionośnych wymaga zastosowania specjalnego ładunku naczyniowego o najmniejszej wysokości zamykanej tkanki (o wysokości zszywki po zamknięciu np. 0,75 lub 1,0 mm). Długość samego ładunku (w tym wypadku 60 mm) wyczerpuje całkowicie możliwość zamknięcia naczyń u operowanych pacjentów. Wysokość zamykanej tkanki w naczyniu krwionośnym zależy od operowanego pacjenta. Na podstawie oceny dokonanej przez chirurga w trakcie zabiegu następuje wybór odpowiedniego ładunku do zamknięcia naczynia/tkanki - w tym wypadku zamykającego tkankę naczyniową o grubości 1,0 mm lub cieńszą o grubości 0,75. W przypadku złego dopasowania ładunku i np. użycia ładunku zamykającego zszywkę na większą wysokość niż wymagana grubość naczynia może dojść do krwawienia. Może stać się tak w przypadku, w celu zamknięcia naczynia o grubości 0,75 mm po kompresji zostaną użyte ładunku o grubości 1,0 mm lub 0,88 mm. Krwawienie może spowodować bezpośrednie zagrożenie zdrowia, a w najgorszym przypadku nawet życia pacjenta.

Powyższa argumentacja i przedstawione dowody jednoznacznie potwierdzają, że Wykonawca C, składając ofertę na część 1 poz. 6, 8 i 9, nie wykazał, że oferowane produkty spełniają wymagania określone w treści SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający winien był, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać go do uzupełnienia dokumentów i tym samym wykazania, że oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego. Niezależnie od powyższego z treści odwołania bezpośrednio wynika, że zaoferowane wyroby nie spełniają elementów opisu przedmiotu zamówienia i tym samym oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca C wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Wykonawca C przedstawił następującą argumentację.

W odniesieniu do zarzutu związanego z wyrobami zaoferowanymi w poz. 6 i 9 części 1 zamówienia zgłaszający przystąpienie podniósł, że wobec zapytania Zamawiającego odnośnie możliwości dopuszczenia staplera z automatycznym dociskiem rączki, stapler co zostało przyznane przez Zamawiający dopuścił o takich parametrach, Odwołującego.

Wykonawca C oświadczył, że zaoferowane przez niego staplery z grupy TA (Trans Abdominal Anastomosis) oraz GIA (Gastro Intestinal Anastomosis) bezsprzecznie cechują się automatycznym dociskiem.

Podał, że ma w swojej ofercie różnej wysokości ładunki do tkanek, gdyż nie posiada regulacji wysokości zszywki w rękojeści, co właśnie czyni docisk staplera automatycznym. Jedyna opcja zmiany wysokości zszywek to załadowanie innego ładunku. Tak też staplery są opisywane w piśmiennictwie medycznym, jako „Automatic stapling devices”. lub – w tytułu – (źródło: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/537975) tłumaczeniu docisku w GIA funkcja automatycznego staplerach (źródło: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/392463). Zgłaszający przystąpienie zaznaczył, że medycznego „PubMed.gov” jest portal piśmiennictwa źródłem profesjonalnych, potwierdzonych i weryfikowanych przez specjalistów danych. Parametr „automatyczny docisk” używany jest powszechnie przez Zamawiających i oznacza brak regulacji wysokości zszywki w rękojeści staplera.

Wykonawca C stwierdził, że Zamawiający oprócz wymogu złożenia katalogów, wymagał również złożenia próbek oraz wskazania parametrów cech technicznych produktów, które nie są zaznaczone jednoznacznie w katalogach, zatem miał możliwość skrupulatnego zapoznania się i ocenienia zaoferowanych produktów. Tym samym Zamawiający wybierając

jego ofertę miał pełną świadomość jej charakterystyki, w szczególności jednorazowej rączki staplera liniowego z nożem z automatycznym dociskiem.

Na marginesie zgłaszający przystąpienie zwrócił uwagę, iż przez innego wykonawcę skierowane zostało pytanie o poniższej treści: (pytanie nr 45 dotyczące poz. 6):
„[…]Czy Zamawiający w zadaniu nr 1 poz., 6 dopuści jednorazowy stapter liniowy ze zintegrowanym nożem, z załadowanym ładunkiem. Stapler o długości linii szwu 61 i 81 mm z czterema rzędami zszywek, przeznaczonym do tkanki standardowej (wysokość otwartej zszywki 3,8 mm, po zamknięciu 1,5 mm) i grubej (4,5 mm po zamknięciu 2,0 mm).

Stapler kompatybilny z ładunkiem zszywek wykonanych w technologii „B" o okrągłym przekroju drutu. Dodatkowo wykonawca zaoferuje stapler poprzecznie tnący z automatycznym dociskiem tkanki (dwie dźwignie: zamykająca i osobna dźwignia spustowa) o długości linii szwu 59mm.[…]".

Wykonawca ten w skierowanym pytaniu także posłużył się pojęciem „automatyczny docisk", gdyż ta cecha wynika z automatycznego dopasowania wysokości zszywek przez zamknięcie bransz staplera na tkance i jest logicznym odpowiednikiem w nomenklaturze staplera nie posiadającego „kontrolowanego docisku".

W związku z powyższym zarzuty Odwołującego jakoby produkt zaoferowany przez Wykonawcę C nie spełniał wymogów SIWZ zupełnie nie znajdują uzasadnienia.

W odpowiedzi na zarzut związany z wyrobem zaoferowanym w poz. 8 zgłaszający przystąpienie wskazał, że Odwołujący zupełnie bezzasadnie, powołując się przy tym na nieprawidłowe parametry, zarzuca mu jakoby zaoferował ładunek zamykający się na najniższą zszywkę do 0,88 mm (przy wymogu 0,75 mm).

Wykonawca C podał, że zaoferował ładunek do endostaplera o kodzie EGIA60AVM. Wartości 0,88 mm – 1,8 mm rzeczywiście odnoszą się do tego ładunku, natomiast nie opisują zamkniętej zszywki. Wskazane na str. 13 odwołania parametry określone w IFU producenta, a także wszystkie materiały szkoleniowe opisujące zasady działania i parametry techniczne ww. ładunku odnoszą się do zakresu kompresji tkanki (tzw. „Tissue Range"), na dowód czego odwołał się do fragmentu zdjęcia i legendy z IFU. Z materiałów tych wynika, że symbolem „Y" – Intended tissue thickness range oznaczony został zakres grubości tkanki.

Ładunki EGIA60AVM posiadają rzędy zszywek o wysokości otwartej zszywki 2,0 mm, które zamykają się na 0,75 mm. Parametry „zamkniętej zszywki" i „zakresu kompresji tkanki" (oznaczony symbolem zamkniętej zszywki) opisują inne właściwości i nie powinny być mylone.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie stwierdził, że zarzuty odwołania są bezzasadne, ponieważ powołany przez niego zespół, którego zadaniem była ocena ofert, wnikliwie zbadał ich zgodność z postanowieniami SIWZ i nie dopatrzył się w ofercie Wykonawcy C wytkniętych w odwołaniu mankamentów. Podał ponadto, że nie bez znaczenia była dla niego okoliczność, że wybrana przez niego oferta była o około 100.000,00 zł tańsza od oferty Odwołującego.

Na rozprawie Odwołujący i wykonawca zgłaszający przystąpienie podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. treści kserokopii fragmentów ulotki informacyjnej (w tym m.in. w języku polskim) dotyczącej zszywek zaoferowanych przez Wykonawcę C w poz. 8 części 1 zamówienia – dowód nr 1,
2. treści schematu zszywki oferowanej przez Wykonawcę C w poz. 8 części 1 zamówienie i schematów obrazujących skutki zastosowania zszywek o nieodpowiedniej do grubości tkanki wysokości – dowód nr 2,

na okoliczność niespełniania przez ww. wyroby wymagań Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący dokonał prezentacji staplerów oferowanych przez Wykonawcę C i filmu instruktażowego obrazującego działanie funkcji automatycznego docisku.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. treści ulotki informacyjnej (w tym m.in. w języku polskim) dotyczącej zszywek zaoferowanych przez Wykonawcę C w poz. 8 części 1 zamówienia – dowód nr 3,
2. treści oświadczenia D.D. – Dyrektora ds. Marketingu Stapling Europe Medtronic

z dnia 26 października 2015 r. dotyczącego wysokości zaoferowanych przez Wykonawcę C zszywek – dowód nr 4,

na okoliczność spełniania przez ww. wyroby wymagań Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego i Wykonawcy C, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę C (dalej również: „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ wraz z wnioskami o jej wyjaśnienie i odpowiedziami Zamawiającego – dowód nr 5,
2. oferty Przystępującego – dowód nr 6,
3. załączonych do odwołania dokumentów:
   3.1. ulotki informacyjnej w języku polskim dotyczącej zszywek zaoferowanych przez Wykonawcę C w poz. 8 części 1 zamówienia – dowód nr 7,

3.2. broszury dotyczącej przeładowywalnych staplerów jednorazowego użytku dotycząca staplerów TA seria DST – dowód nr 8,

3.3. broszury informacyjnej: Stapler GIA ™ DST Series ™ wraz z tłumaczeniem na język polski – dowód nr 9,

3.4. ulotki dotyczącej zakresów grubości tkanki dla zaoferowanych przez Przystępującego ładunków wraz z tłumaczeniem na język polski – dowód nr 10,

3.5. ulotek informacyjnych obrazujących proces używania staplerów zaoferowanych przez Wykonawcę C oraz stwierdzających wysokość zamkniętych zszywek zaoferowanych w poz. 8 części 1 zamówienia – dowód nr 11,

3.6. ulotek informacyjnych stwierdzających wysokość zamkniętych zszywek zaoferowanych w poz. 8 części 1 zamówienia – dowód nr 12.

Izba ustaliła, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny dotyczący brzmienia postanowień SIWZ w odniesieniu do poz. 6, 8 i 9 części 1 zamówienia, treści wniosków o jej wyjaśnienie, odpowiedzi Zamawiającego i wynikających z nich modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w ww. zakresie był bezsporny, a nadto znajduje potwierdzenie w treści dowodu nr 5.

Dodania wymaga jedynie, że w poz. 6 części 1 zamówienia Przystępujący zaoferował jednorazową rączkę staplera COVIDIEN GIA Stapler GIA6038S, GIA6048S, GIA8038S, GIA8048S. W poz. 8 części 1 zamówienia – jednorazowe ładunki liniowe do staplera endoskopowego prostego lub artylulacyjnego COVIDIEN, EndoGia SULU, Tristapling Sulu 030457, 030458, 030459, EGIA60AVM, a w poz. 9 – jednorazowy stapler liniowy z regulowanym dociskiem tkanki i kontrolą wysokości zamknięcia zszywki od 1 mm do 2,5 mm o długości linii szwu 60 mm COVIDIEN TA Stapler TA6048S, TA6035S. W załączniku nr 2 do SIWZ („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia") Przystępujący potwierdził spełnianie przez oferowane wyroby wymagań Zamawiającego, w tym także w sposób wynikający z dokonanych w następstwie zadanych mu pytań zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (dowód nr 6).

W ocenie Izby potwierdził się zarzut związany z funkcjonalnością automatycznego docisku wyrobów medycznych zaoferowanych przez Przystępującego w poz. 6 i 9 części 1 zamówienia. Z żadnego fragmentu treści jego oferty (dokumentów, o których mowa w Dziale VII ust. 5 pkt 8 SIWZ) nie wynika, jakoby posiadały one taką właściwość. Odnotowano przy tym, że Zamawiający zasadniczo nie odniósł się do argumentacji przedstawionej w odwołaniu, ograniczając się wyłącznie do ogólnikowych twierdzeń o prawidłowym i wnikliwym badaniu i oceni otrzymanych ofert. W dokumentacji Postępowania

dotyczącej oceny oferty Przystępującego brak jest jednak wskazania, że zaoferowane wyroby posiadają funkcję automatycznego docisku, a informacja taka – jak wspomniano – nie wynikała również z treści jego oferty.

Z kolei Wykonawca C prowadził wprawdzie polemikę z przedmiotowym zarzutem odwołania, tym niemiej nie przedstawił dowodów potwierdzających w tym zakresie zgodność jego oferty z SIWZ, a przede wszystkim nie wskazał na te fragmenty treści jego oferty mające przesądzać o posiadaniu przez zaoferowane urządzenia funkcjonalności automatycznego docisku.

Izba odmówiła przy tym wiarygodności zamieszczonym w treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zrzutom ekranu, na których uwidoczniono tytuły publikacji mających świadczyć o posiadaniu przez zaoferowane wyroby omawianej cechy. Odwołujący trafnie argumentował bowiem, że rzetelność takich dowodów jest wątpliwa. Skład orzekający zwrócił uwagę, że Wykonawca C nie załączył pełnych treści przywołanych publikacji, ograniczając się do podania i przetłumaczenia ich tytułów, wobec czego nie jest wiadome co stanowi przedmiot publikacji i w jakim kontekście zostały w nich użyte określone sformułowania, a nadto na czyje zlecenie i w jakiej intencji je napisano.

W zakresie toczonego przez Odwołującego i Przystępującego sporu odnośnie znaczenia pojęcia „automatycznego docisku" Izba uznała, że prawidłowa jest interpretacja przedstawiona przez wykonawcę, który wniósł odwołanie. Pojęcie „automatyczny" należy bowiem tłumaczyć jak „działający samoczynnie, za pomocą odpowiedniego urządzenia" (internetowy słownik języka polskiego dostępny na stronie www.sjp.pwn.pl). Automatyczny jest każdy zachodzący w urządzeniu (lub dzięki niemu) proces, który jest aktywowany przez osobę korzystającą z urządzenia, ale który jednocześnie po aktywacji przebiega samoczynnie. W powyższym kontekście nie miały znaczenia twierdzenia Przystępującego, że stapler jest urządzeniem obsługiwanym ręcznie (przez operatora). Istotne jest bowiem to, że operator – posługując się staplerem wyposażonym w funkcjonalność automatycznego docisku – powinien mieć możliwość aktywacji tego procesu, który następnie przebiega bez jego bezpośredniego zaangażowania, a jedynie pod kontrolą, nie zaś manualnie. Przebieg procesu automatycznego docisku został zatem prawidłowo zobrazowany przez Odwołującego za pomocą przeprowadzonej w toku rozprawy prezentacji multimedialnej i staplerów.

Skład orzekający stwierdził przy tym, że Wykonawca C nie poparł żadnymi dowodami twierdzeń o ugruntowanym w branży medycznej znaczeniu pojęcia „automatycznego docisku", mającego oznaczać powtarzalność zamykania się zszywek na tej samej wysokości na całej długości rany. Jeżeli przyjąć, że ww. termin rzeczywiście posiada swoiste znaczenie medyczne, to obowiązkiem Wykonawcy C – zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp – było wykazanie tej okoliczności za pomocą dowodów. Zdaniem Izby Przystępujący nietrafnie

eksponował element powtarzalności pewnego procesu (tj. zamykania się zszywek na tej samej wysokości), co jednak nie oznacza, że przebiega on automatycznie, *ergo* jest uruchamiany przez operatora i przebiega samoczynnie.

W konkluzji należy stwierdzić, że skoro Wykonawca C zapytał Zamawiającego o możliwość zaoferowania w poz. 6 i 9 części 1 zamówienia urządzeń cechujących się automatycznym dociskiem (tkanki), uzyskał na to zgodę Zamawiającego, zaś zarówno w piśmie procesowym, jak i na rozprawie twierdził o zaoferowaniu takich wyrobów, przy czym okoliczność ta nie wynika z załączonych do oferty dokumentów, to konieczne stało się unieważnienie czynności wyboru jego oferty w zakresie części 1 zamówienia i nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzać będą ww. okoliczność. Izba za zasadny uznała zatem zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp wyrażający się zaniechaniem wezwania Wykonawcy C do uzupełnienia dokumentów.

Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do nakazania odrzucenia *a limine* oferty Wykonawcy C, jako niezgodnej w omawianym zakresie z postanowieniami SIWZ, na podstawie załączonych do odwołania dowodów nr 8, 9 i 11. Po pierwsze – jakkolwiek dokumenty załączone do oferty nie zawierały wzmianki o posiadaniu przez oferowane przez Przystępującego urządzenia funkcjonalności w postaci automatycznego docisku, tym niemniej nie można wykluczyć sytuacji, w której – biorąc pod uwagę otwarty katalog dokumentów przedmiotowych mających potwierdzać zgodność (vide Dział VII ust. 5

pkt 8) SIWZ), – Wykonawca C dokumenty takowe przedstawi. Po drugie – odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ możliwe jest po ustaleniu, że bez wątpienia taka okoliczność zachodzi, przy czym jest to obowiązek obciążający Zamawiającego, nie zaś Izbę.

służy kontroli przez Postępowanie odwoławcze prawidłowości podejmowanych zamawiającego decyzji, nie zaś zastępowaniu go w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – z treści dowodów nr 9 i 11 nie wynika, jakoby dotyczyły one wyrobów o sprecyzowanych w ofercie Przystępującego typach i numerach katalogowych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Nie potwierdził się natomiast zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego zszywek, które nie zamykają się na wysokości 0,75 mm.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący generalnie oparł zaprezentowaną w odwołaniu argumentację na wartości błędnego parametru, a dotyczącego grubości tkanki, nie zaś wysokości zamkniętej zszywki. Zarówno bowiem w treści ulotek informacyjnych przedstawionych przez Przystępującego w toku rozprawy (dowód nr 3), jak i załączonych do jego oferty (dowód nr 6), a nawet w ulotce informacyjnej załączonej do odwołania (dowód nr 7), sporny parametr „Y" definiowany jest jako „zamierzony zakres grubości tkanek", nie zaś

„wysokość zamkniętej zszywki". Wobec powyższego Izba odmówiła wiarygodności pozostałym załączonym do odwołania dowodom mającym potwierdzać brak zgodności wyrobu zaoferowanego pod poz. 8 w części 1 zamówienia z SIWZ (dowody nr 11 – w zakresie omawianej okoliczności i nr 12). Z kolei dowód nr 10 nie mógł potwierdzać wysokości zamkniętej zszywki, skoro z jego treści wynika, że ujawnione w nim zakresy parametrów odnosiły się do grubości tkanek.

Co zaś dotyczy kserokopii fragmentu ulotki informacyjnej przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie (dowód nr 1), z której treści wynikało, że parametr „Y" oznacza „wielkość zamkniętej zszywki" skład orzekający stwierdził, że jest on niewiarygodny nie tylko z tej przyczyny, że płynące z niego wnioski sprzeczne są z treścią ulotki załączonej do odwołania (dowód nr 7), ale również z tego względu, że załączono jedynie kserokopię tego dokumentu, co do której trudno stwierdzić, czy odzwierciedla jego pełną treść. Ponadto nie jest również znane pochodzenie dokumentu, z którego Odwołujący wykonał kserokopię, w przeciwieństwie chociażby do ulotek przedstawionych przez strony, a pochodzących z rozpakowanych na rozprawie urządzeń zaoferowanych w Postępowaniu.
Ponadto wątpliwości wzbudza okoliczność przedstawienia tego dowodu w kserokopii, skoro do odwołania załączono ulotkę w formie, w jakiej stanowi ona element oferowanego urządzenia (wydruk).

Izba stwierdziła ponadto, że Przystępujący – składając na rozprawie oświadczenie stanowiące dowód nr 4 – wykazał, że wysokość zamkniętych zszywek zaoferowanych w poz. 8 części 1 zamówienia odpowiada wymogom SIWZ. W konsekwencji dowód nr 2 i towarzysząca mu argumentacja dotycząca medycznych konsekwencji niewłaściwego doboru zszywki do grubości tkanki nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……