

WYROK
z dnia 21 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 października 2014 r.** przez wykonawcę – **Aesculap Chifa Sp. z o.o. z Warszawy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z Warszawy**

przy udziale wykonawcy – **BARD Poland Sp. z o.o. z Warszawy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z Warszawy unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 1 w tym odrzucenie oferty wykonawcy BARD Poland Sp. z o.o. z Warszawy,**
2. **kosztami postępowania obciąża BARD Poland Sp. z o.o. z Warszawy i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Aesculap Chifa Sp. z o.o. z Warszawy tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **BARD Poland Sp. z o.o. z Warszawy** na rzecz **Aesculap Chifa Sp. z o.o. z Warszawy** 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z Warszawy (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę podskórnych portów do podawania leków dożylnie oraz wyrobów medycznych jednorazowego użytku do zabiegów nerkozastępczych wykonawca Aesculap Chifa Spółka z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie w zakresie pakietu nr 1 wobec:

1. czynności wyboru oferty firmy BARD Poland Sp. z o.o. z Warszawy (dalej „BARD”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w związku z art. 91 tej ustawy,
2. zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty firmy BARD, pomimo iż jest ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. czynności uznania wyjaśnień firmy BARD jako potwierdzających, że oferta firmy BARD jest zgodna z SIWZ oraz zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdz. IX pkt. 4.1 SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. zaniechania wezwania firmy BARD do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
5. zaniechania dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zażądał w zakresie pakietu nr 1:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty firmy BARD jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności uznania wyjaśnień firmy BARD jako potwierdzających, że oferta firmy BARD jest zgodna z SIWZ,
3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert i powtórzenie tej czynności,
4. odrzucenia oferty firmy BARD jako niezgodnej z SIWZ,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zamawiający wymagał zaferowania portów o następujących parametrach:

Poz. 1

Podskórny port do podawania leków dożylnie, z komorą ceramiczną, jednokomorowy, cewnik silikonowy z oznaczeniem długości o średnicy wewnętrznej mniejszej lub równej 1,3mm, igła do nakłucia membrany portu, tunelizator (dopuszczamy możliwość dołączenia oddzielnie), jednorazowego użytku, jałowy.

Poz. 2

Zestaw do kaniulacji centralnego naczynia żylnego z kaniulą rozrywalną, kaniula rozrywalna ok. 8,5 Fr (adekwatna do średnicy zewnętrznej cewnika), kaniula (igła) do nakłucia naczynia żylnego, sonda Selindingera, trzyczęściowa strzykawka 10-12 ml, jednorazowego użytku, jałowy.

Wskazał, że w dniu 11 lipca 2014r w wyniku udzielonych wyjaśnień, zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ w zakresie wymaganej średnicy kaniuli (poz. 2 pakietu 1) i wprowadził wymóg zaferowania kaniuli (introduktora) o średnicy 8,5 Fr:

Podał, że na pytanie nr 3 o treści: *Czy w Pakiecie nr 1 pozycja nr 2 Zamawiający dopuszcza zaferowanie zestawu z introduktorem o średnicy wewnętrznej 8Fr pasującym do cewnika portu z pozycji nr 1 pakietu nr 1?*, zamawiający odpowiedział, że nie – wymaga średnicy 8.5Fr. oraz dopuścił możliwość zaferowania portu wykonanego z materiału Delrin wyłącznie w sytuacji zaferowania cewnika Groshong, spełniającego pozostałe wymagania zamawiającego.

Podał także, że na pytanie nr 2 o treści: *Czy w Pakiecie nr 1 Zamawiający dopuszcza zaferowanie portu wykonanego z materiału Delrin z cewnikiem Groshong spełniającego pozostałe wymagania zamawiającego?* zamawiający odpowiedział, że dopuszcza pod warunkiem dostarczenia certyfikatów dotyczących bezpieczeństwa w zastosowaniu w/w portu w badaniach MR1, CT oraz w radioterapii. ”

Dodał, że zgodnie z udzielonymi w dniu 22 lipca 2014 r. wyjaśnieniami treści SIWZ zamawiający dopuścił także możliwość zaferowania w postępowaniu kaniuli rozrywalnej o średnicy 7F, ale wyłącznie w przypadku zaferowania portu wykonanego z polisulfonu z komorą tytanową z cewnikiem o średnicy zewnętrznej 6,5F – na pytanie nr 1 Pakiet 1 o treści: *Czy Zamawiający dopuszcza w poz. 1 port z polisulfonu z komora tytanowa z cewnikiem o średnicy zewnętrznej 6,5 F oraz w poz. 2 (zestaw wprowadzający) z kaniula rozrywalną 7F? Port bezpieczny w badaniu MR1, CT. Port może być poddawany naświetlaniu, zgodnie z Deklaracja Producenta do przedłożenia Zamawiającemu,* zamawiający odpowiedział, że dopuszcza.

Odwołujący stwierdził, że firma BARD w zakresie pakietu 1 przedmiotowego

postępowania zaoferowała port wraz z zestawem do kaniulacji o nr katalogowym 0604580CE, tj. port wykonany z tworzywa Delrin z kaniulą o średnicy 7F oraz cewnikiem silikonowym otwartym o średnicy 6,6 F, co wobec ww. wymogów zamawiającego oznacza, że treść oferty złożonej przez BARD nie odpowiada treści SIWZ zarówno w zakresie wymaganej średnicy zaoferowanej kaniuli i cewnika, jak i rodzaju cewnika i materiału, z którego wykonany został port.

Wyjaśnił, że zgodnie z udzielonymi przez zamawiającego wyjaśnieniami treści SIWZ kaniulę o średnicy 7F wykonawcy mogli zaoferować wyłącznie w przypadku spełnienia pozostałych warunków, o których mowa w pytaniu nr 2, tj. zaoferowania portu wykonanego z polisulfonu z komorą tytanową z cewnikiem o średnicy zewnętrznej 6,5F. Uznał, że analogiczna sytuacja występuje w przypadku zaoferowania portu wykonanego z materiału Delrin, ponieważ zamawiający dopuścił zaoferowanie portu wykonanego z ww. materiału wyłącznie w sytuacji jednoczesnego zaoferowania w zestawie cewnika Groshong, czyli cewnika z końcówką zamkniętą.

Odwołujący podał, że zaoferowany przez firmę BARD port o numerze katalogowym 0604580CE jest portem wykonanym z materiału Delrin lecz nie zawiera w zestawie wymaganego w udzielonych wyjaśnieniach cewnika Groshong (zawiera cewnik z końcówką otwartą), co – zdaniem odwołującego – przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że cewniki otwarte i zamknięte różnią się nie tylko budową, ale również wymogami producenta dotyczącymi użytkowania i pielęgnacji. Wyjaśnił, że zgodnie z informacjami zawartymi w instrukcji użytkowania zaoferowanego produktu o numerze katalogowym 0604580CE (zestaw z cewnikiem z otwartą końcówką), każda czynność dostępu do portu (np. wkłucie igły, wlew do portu) musi zakończyć się zabiegiem ochrony heparyną. Podniósł, że jest to o tyle istotne, iż w instrukcji użytkowania dotyczącej produktów z cewnikiem Groshong, pojawia się informacja, iż *"w przypadku portów naczyniowych z cewnikiem Groshong procedura wypełniania za pomocą heparyny nie jest niezbędną. Do wypełnienia cewników Groshong może zostać użyty sterylny roztwór soli fizjologicznej."* oraz *"Ostrzeżenie: Pamiętać, że niektórzy pacjenci mogą być nadwrażliwi na heparynę lub cierpieć na trombocytopenię indukowaną heparyną (HIT). Pacjenci tacy nie mogą mieć swojego portu zalewanego za pomocą heparynizowanego roztworu soli w wodzie."*

Na powyższej podstawie uznał, że treść oferty złożonej przez firmę BARD nie odpowiada treści SIWZ, więc winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł nadto, że zamawiający, wzywając firmę BARD do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty naruszył postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów

wymaganych postanowieniami SIWZ w przypadku, gdy nie zostały one złożone lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy.

Podał, że zgodnie z rozdz. IX pkt 4.1 SIWZ zamawiający wymagał – w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego – przedłożenia katalogów/folderów przedstawiających opis oferowanego przedmiotu zawierający wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry dla poszczególnych części składowych każdego pakietu.

Skoro, wywodził odwołujący, zamawiający stwierdził brak potwierdzenia w przedłożonych przez firmę BARD katalogach/folderach zaoferowania portów wykonanych z materiału Delrin, winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wadliwych dokumentów, nie zaś do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego wskazuje to na nierówne traktowanie wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania, ponieważ odmienne skutki dla wykonawcy niesie ze sobą brak złożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, inne zaś brak przedłożenia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane dostawy, w postępowaniu w którym wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium.

Odwołujący stanął na stanowisku, że z uwagi na brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz orzecznictwo KIO (KIO 773/12), wykonawca nawet pomimo braku wyraźnego zakazu samodzielnego działania, powinien podejmować działania związane z uzupełnieniem dokumentów i oświadczeń dopiero po uprzednim otrzymaniu wezwania zamawiającego do dokonania takiego uzupełnienia. Dodał, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – tym samym zarówno możliwość zatrzymania wadium, jak i wykluczenia wykonawcy z postępowania obwarowana jest obowiązkiem wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie od trybu, w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia (wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania).

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca nie powinien z własnej inicjatywy dokonywać uzupełnienia dokumentów oferty, gdyż zamawiający nie może takich dokumentów poddawać ocenie, ponieważ samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie poprzedzone wezwaniem zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne (za wyrokiem z dnia 28 lipca 2011r. sygn. akt: KIO 1521/11).

Uznał dalej, że poza sporem pozostaje okoliczność zaniechania przez

zamawiającego wystąpienia do firmy BARD o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie pakietu 1 wynosiła 1 425 060 zł brutto, zaś firma Bard złożyła w zakresie pakietu 1 ofertę o wartości brutto 424 008,00 zł, pozostałe oferty wynosiły odpowiednio: 919 620,00 zł oraz 1 312 740 zł.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Podniósł, że powyższa wykładnia znajduje odzwierciedlenie w ustawie z dnia 29 sierpnia 2014r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, której przepisy wejdą w życie z dniem 19 października 2014r. – w znowelizowanym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca podjął próbę zdefiniowania rażąco niskiej ceny, wśród okoliczności wskazał w szczególności zaoferowanie przez wykonawcę ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W piśmie z dnia 10 października 2014 r. zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić w całości zarzuty oraz żądanie przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 14 października 2014 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dani doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

W piśmie z dnia 17 października 2014 r., doręczonym Prezesowi Izby w tym samym dniu przystępujący zgłosił sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 13 października 2014 r., *Pisma procesowego przystępującego z dnia 20 października 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 w zakresie pakietu nr 1 odwołania, 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 pkt 13.2. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) skład orzekający Izby ustalił, iż w pakiecie nr 1 oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, bezpośrednio za ofertą przystępującego, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego, to uznać należy, że uwzględnienie odwołania i w konsekwencji ponowienie czynności badania i oceny ofert dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Zarzuty: zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż jest ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, 82 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 1 zamawiający objął: „Podskórne porty do podawania leków dożylnie” oraz „Zestawy do kaniulacji centralnego naczynia żylnego z kaniulą rozrywalną” (dalej „zestawy wprowadzające”).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że treść oferty przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymaganej średnicy kaniuli i cewnika, tj. że zaoferowanie kaniuli o średnicy 7Fr oraz cewnika o średnicy 6,6Fr jest niezgodne z SIWZ z tego względu, iż wskazane średnice były przez zamawiającego dopuszczone, ale jedynie w przypadku oferowania portu z polisulfonu, zaś przystępujący zaoferował port wykonany z materiału Derlin.

W ocenie składu orzekającego Izby zarówno wykładnia treści SIWZ (postanowień SIWZ), jak i jej modyfikacji winna być dokonywana z zastosowaniem wykładni językowej – wykładni językowej należy przypisać pierwszeństwo przed innymi rodzajami wykładni w szczególności wykładnią celowościową.

Bezsporny był fakt, że pierwotnie zamawiający dopuścił zaoferowanie jedynie portów z komorą ceramiczną (dalej także „porty ceramiczne”)

Zamawiający, udzielając w toku postępowania wyjaśnień dotyczących treści SIWZ

w zakresie pakietu nr 1, w istocie modyfikował treść SIWZ.

I tak:

Pismem z dnia 11 lipca 2014 r. na pytanie „Czy (...) Zamawiający dopuszcza zaoferowanie portu wykonanego z materiału Delrin z cewnikiem Groshong spełniającego pozostałe wymagania zamawiającego?„ zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza, pod warunkiem dostarczenia certyfikatów dotyczących (...)”.

Z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający dopuścił zaoferowanie portów z materiału Delrin (obok dopuszczonych od początku portów z komorą ceramiczną), pozostawiając pozostałe wymagania w zakresie pakietu nr 1 bez zmian.

Pismem z tego samego dnia na pytanie: „Czy (...) Zamawiający dopuszcza zaoferowanie zestawu z introduktorem o średnicy wewnętrznej 8Fr pasującym do cewnika portu (...) ?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie dopuszcza, wymaga średnicy 8,5Fr”.

Z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający zastąpił wskazaną w pierwotnych postanowieniach wartość „ok. 8,5Fr” wartością „bez jakiejkolwiek tolerancji”, tzn. 8,5Fr.

Pismem z tego samego dnia na pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza (...) port z polisulfonu (...) Pozostałe parametry portu zgodne z SIWZ ?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza, pod warunkiem dostarczenia certyfikatów dotyczących (...)”.

Z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający dopuścił zaoferowanie portów z materiału polisulfon (w tym komory), co uwzględniając fakt uprzedniego już dopuszczenia przez zamawiającego portów z komorą ceramiczną i z Delfrinu oznacza, że od dnia 11 lipca 2014 r. możliwym było zaoferowanie komór portów wykonanych z trzech rodzajów materiałów przy niezmiennych, pozostałych wymaganiach w zakresie pakietu nr 1.

Pismem z dnia 22 lipca 2014 r. na pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza (...) port z polisulfonu z komorą tytanową z cewnikiem o średnicy zewnętrznej 6,5F oraz w poz. 2 (zestaw wprowadzający) z kaniulą rozrywalną 7F (...)?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza”.

Z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający dopuścił – w przypadku portów z polisulfonu z komorą tytanową i tylko w przypadku portów z tymi komorami, ponieważ takich portów pytanie, a w konsekwencji i odpowiedź dotyczyła – odstępstwo od wymagań SIWZ w zakresie dotyczącym średnicy kaniuli rozrywalnej oferowanych z tego rodzaju portami zestawów wprowadzających. W pierwotnych wymaganiach SIWZ zamawiający żądał bowiem kaniuli rozrywalnej ok. 8,5 Fr, a od dnia 11 lipca 2014 r. , o czym była mowa powyżej, kaniuli rozrywalnej 8 Fr (bez jakiejkolwiek tolerancji). Oznacza to, że od dnia 22 lipca 2014 r. można było zaoferować zestawy wprowadzające z kaniulą rozrywalną 8,5 Fr, jak i 7 Fr w przypadku oferowania tych zestawów wraz z portami z polisulfonu

z komorą tytanową.

Wskazać dalej należy, że w pierwotnych postanowieniach SIWZ zamawiający, żądając portów z komorą ceramiczną, nie wskazał wprost wymogu co do średnicy zewnętrznej cewnika, a jedynie wskazał jego średnicę wewnętrzną (tj. mniejsza lub równa 1,3 mm), jednocześnie jednak żądając kaniuli rozrywalnej ok. 8,5 Fr (8 Fr od dnia 11 lipca 2014 r.) adekwatnej do średnicy zewnętrznej cewnika.

W ocenie składu orzekającego Izby żądanie kaniuli rozrywalnej ok. 8,5 Fr (8 Fr od dnia 11 lipca 2014 r.) adekwatnej do średnicy zewnętrznej cewnika oznacza, że żądana przez zamawiającego średnica zewnętrzna tego cewnika w pierwotnych postanowieniach (jak i zmodyfikowanych 22.07) nie mogła wynosić 6,6 Fr.

Na podstawie powyżej dokonanej wykładni językowej postanowień SIWZ uznać należy, że o ile zamawiający dopuścił zaoferowanie portu z komorą z materiału Delfrin, o tyle w przypadku portu z komorą wykonaną z tego materiału zamawiający nie dopuścił cewnika o średnicy zewnętrznej 6,6 Fr oraz nie dopuścił kaniuli zestawu wprowadzającego o średnicy 7Fr.

Skoro odwołujący, oferując porty z materiału Delfrin zaoferował jednocześnie cewnik o średnicy zewnętrznej 6,6 Fr oraz kaniulę w zestawie wprowadzającym o średnicy 7 Fr, to uznać należy, że treść jego oferty nie odpowiada co do tych średnic treści SIWZ, co przesądza o obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował również zgodność oferty przystępującego w zakresie rodzaju cewnika – utrzymywał, że zamawiający żądał cewnika z końcówką zamkniętą, co wynikać miało z faktu żądania (w przypadku portu z Delfrinu) cewnika Groshong, podczas gdy zaoferowany przez przystępującego port z Delrinu o nr katalogowym 0604580CE nie zawiera w zestawie cewnika Groshong, ale zawiera cewnik z końcówką otwartą. Odwołujący nie wykazał jednak, poprzestając na głosłownym twierdzeniu i odesłaniu do instrukcji użytkowania produktów z cewnikiem Groshong, której nie załączył, że cewnik Groshong jest cewnikiem z końcówką zamkniętą.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie zarzut nie potwierdził się.

Zarzuty: uznania wyjaśnień przystępującego jako potwierdzających, że oferta przystępującego jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale IX pkt. 4.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający, w ślad za zastrzeżeniami konkurencyjnego wykonawcy, pismem z dnia 26 sierpnia 2014 r. wezwał przystępującego do odniesienia się do stwierdzonego przez tegoż wykonawcę braku – wynikających ze stron katalogowych oraz próbek – informacji, z czego wykonany jest zaoferowany przez przystępującego port.

Skład orzekający Izby stwierdził, że materiał, z jakiego wykonany jest zaoferowany przez przystępującego port został wskazany w wypełnionym wzorze Załącznika nr 1 (str. 4 oferty przystępującego) – przystępujący skreślił w ramach wzorcowego opisu komory portu słowo: „ceramiczną” oraz dopisał odręcznie w ramach opisu komory portu: „wykonaną z materiału Delrin”, co doprowadziło do opisanie oferowanego portu jako portu „z komorą wykonaną z materiału Delrin”.

Skład orzekający Izby ustalił, że w rozdziale IX pkt 4.1. SIWZ zamawiający zażądał złożenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, dokumentu – katalogi/foldery przedstawiającego opis oferowanego przedmiotu zawierający wymagane parametry dla poszczególnych części składowych każdego pakietu.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wskazanie materiału, z jakiego wykonana jest komora portu w wypełnionym wzorze Załącznika nr 1 było prawidłowe i wystarczające, ponieważ w tym też miejscu wymagany pierwotnie (jako jedyny) materiał portu („z komorą ceramiczną”) został wskazany przez zamawiającego.

W tym miejscu – ze względu na wymóg zawarty w rozdziale IX pkt 4.1. SIWZ – koniecznym jest wskazanie, jak w języku polskim rozumiane jest pojęcie „parametr”.

Parametr to „wielkość charakterystyczna dla danego procesu lub urządzenia”.

Materiał, z jakiego wykonany jest port, w szczególności materiał Delrin niewątpliwie nie jest wielkością, nie jest zatem parametrem.

Skoro materiału, z jakiego wykonany jest port nie można zakwalifikować jako „parametru”, a tylko w odniesieniu do parametrów dla poszczególnych części składowych pakietu zamawiający przewidział – zgodnie z rozdziałem IX pkt 4.1. SIWZ – obowiązek złożenia w celu ich potwierdzenia dokumentów – katalogów/folderów, to uznać należy, że potwierdzenie, z jakiego materiału wykonana jest komora portu, poprzez katalogi/foldery nie było przez zamawiającego wymagane.

Zarówno zatem wezwanie zamawiającego, jak i odpowiedź na nie przystępującego (pismo z dnia 28 sierpnia 2014 r.) były – biorąc pod uwagę wymogi SIWZ (rozdział IX pkt 4) oraz treść oferty przystępującego (str. 4) – zbędne. Zbędne było zatem także wzywanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut uznania wyjaśnień przystępującego jako potwierdzających, że oferta przystępującego jest zgodna z SIWZ, jak i zarzut zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale IX pkt. 4.1 SIWZ nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Jak podano powyżej przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 1 zamawiający objął: „Podskórne porty do podawania leków dożylnie” oraz „Zestawy do kaniulacji centralnego naczynia żylnego z kaniulą rozrywalną” (dalej „zestawy wprowadzające”).

Na podstawie pkt 2 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (druk ZP-PN) oraz *Wniosku o uruchomienie procedury zamówienia publicznego* skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 1 883 088 zł (zamówień uzupełniających zamawiający nie przewidział) na podstawie oferty dwóch firm: Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. (pakiet nr 1) oraz Gambro Poland Sp. z o.o. (pakiet nr 2).

Na podstawie *Wniosku o uruchomienie procedury zamówienia publicznego* (załącznik do *Wniosku*) skład orzekający Izby dodatkowo ustalił, że ustalając wartość w zakresie pakietu nr 1 zamawiający przyjął cenę jednostkową portu ceramicznego 925 zł netto oraz cenę zastawu wprowadzającego 90 zł netto. W ww. *Wniosku* zamawiający wprost wskazał, iż zamówienie w zakresie pakietu nr 1 dotyczy portów z komorą ceramiczną (część I pkt 2).

Na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ w części odnoszącej się do pakietu nr 1 skład orzekający Izby ustalił, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający podał, iż oczekuje portu z komorą ceramiczną. W toku postępowania zamawiający dopuścił, o czym była mowa powyżej, także zaoferowanie komór portów z innymi niż ceramika materiałami.

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że wartość zamówienia zostało przez

zamawiającego oszacowana na podstawie ceny portów z komorą ceramiczną (firmy Fresenius Kabi Polska).

Na podstawie oferty wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w pakiecie nr 1 skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca ten zaoferował porty ceramiczne (str. 35) za cenę jednostkową wynoszącą 850 zł netto oraz zestawy wprowadzające za cenę jednostkową 85 zł netto – str. 3 oferty.

Na podstawie oferty odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca ten zaoferował porty z komorą tytanową (str. 44) za cenę jednostkową wynoszącą 450 zł netto oraz zestawy wprowadzające za cenę jednostkową 205 zł netto – str. 4 oferty.

Na podstawie oferty przystępującego skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca ten zaoferował porty z materiału Derlin (str. 4) za cenę jednostkową wynoszącą wraz z zestawem wprowadzającym 302 zł netto – str. 4 oferty.

Jak wynika z pkt. 9 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło jedynie 3 ww. wykonawców.

Bezsporne między stronami było to, że w pierwotnych postanowieniach SIWZ zamawiający zażądał dostawy portów z komorą ceramiczną (dalej „porty ceramiczne”).

Jak ustalono powyżej to właśnie cena portu takiego rodzaju (z komorą ceramiczną) posłużyła zamawiającemu do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w zakresie pakietu nr 1.

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że ustalając wartość zamówienia w pakiecie nr 1 oszacował ją na podstawie cen portów ceramicznych, a nadto oświadczył, że porty ceramiczne są najdroższymi portami na rynku, które jednostkowo od innych portów, wykonanych z innych materiałów różnią się nawet o kilkaset złotych. Nie kwestionował tego odwołujący.

Potwierdzeniem zauważalnej (na poziomie 400-500 zł) różnicy między cenami portów z komorami ceramicznymi (850 zł netto) a cenami portów z komorami wykonanymi z innych materiałów są także ceny portów zaoferowane w tym postępowaniu przez odwołującego (port z komorą tytanową – 450 zł netto) i przystępującego (port z Derlinu – 302 zł netto i to wraz z zestawem wprowadzającym).

Wobec ww. kilkusetzłotowych, jednostkowych różnic cen portów wykonanych z różnych materiałów oraz tego, że zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie cen portów ceramicznych uznać należy, że wartość szacunkowa zamówienia (powiększona o wartość podatku VAT) na poziomie 1,8 mln zł jako odnosząca się do portów ceramicznych nie jest miarodajna dla oceny istnienia podstaw do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej portów wykonanych z materiału Derlin.

Z tego samego względu (inny materiał komór portów) nie są także miarodajne ceny portów, zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu w pakiecie nr 1 przez dwóch pozostałych wykonawców, w tym odwołującego.

Wskazać także należy, że odwołujący nie twierdził w ogóle, że cena jednostkowa portów z Derlinu zaoferowana przez przystępującego nie jest ceną rynkową.

Wobec faktu, że uruchomienie procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi mieć podstawy w postaci (większych albo mniejszych) rozbieżności pomiędzy ceną, która miałaby podlegać wyjaśnieniu a ustaloną przez zamawiającego wartością szacunkową zamówienia (plus VAT) lub pomiędzy tą ceną a cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu lub pomiędzy tą ceną a cenami rynkowymi, a w przedmiotowym postępowaniu z powyżej skazanych powodów nie mogą one stanowić miernika porównawczego, skład orzekający stanął na stanowisku, że brak było podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Zarzut zaniechania dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania, że oferta przystępującego winna zostać przez zamawiającego odrzucona skład orzekający Izby uznał za zasługujący na uwzględnienie zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego skoro odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na miejscu drugim, bezpośrednio za ofertą przystępującego.

Skład orzekający Izby nie nakazał jednak zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego w pakiecie nr 1, ponieważ będzie to nowa czynność zamawiającego, która może być podważona w drodze środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę (sklasyfikowanego na miejscu trzecim).

O kosztach postępowania orzeczono 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 1) 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: