

WYROK
z dnia 20 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2015 r. przez **Odwolującego – Aero-Medika Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Samodzielny Publiczny ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. M. Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Sporna 36/50, 91-738 Łódź**,

przy udziale wykonawcy Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwolującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. M. Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę pomp insulinowych dla SP ZOZ Szpitala Klinicznego Nr 4 w Łodzi przy ulicy Spornej 36/50”, znak sprawy: ZP 48/14.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2014 r., pod nr. 384600-2014.

W dniu 6 lutego 2015 r. Odwołujący – Aero-Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego, w szczególności na odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Roche Diabetes Care Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona albowiem treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, albowiem oferowane przez niego pompy insulinowe zasilane są powszechnie dostępnymi bateriami 1/2 AA, co jest zgodne z wymogiem określonym w SIWZ;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnej oceny, że Odwołujący nie spełnił wymaganego parametru dotyczącego zasilania pompy insulinowej pomimo, iż Odwołujący zaoferował pompy zasilane bateriami typu 1/2 AA, tj. powszechnie dostępnymi bateriami, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta Odwołującego w Pakiecie nr 1 i w Pakiecie nr 3 jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ i Pzp;

- 3) art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 15 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty częściowej do Pakietu Nr 1 pn. „*Dostawa pomp insulinowych dla dzieci poniżej 6 roku życia*”, złożonej przez Roche Diabetes Care Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty częściowej do Pakietu Nr 3 pn. „*Dostawa pomp insulinowych dla dzieci powyżej 6 roku życia*”, złożonej przez Roche Diabetes Care Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym Pakietu nr 1 i Pakietu nr 3
- 5) równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania z uwagi na to, że złożył ofertę, która po dokonaniu ponownej oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą albowiem zawiera ona najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców, jak również największą liczbę punktów w kryterium parametrów technicznych. Oferta Odwołującego pomimo, że spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego nie została wybrana, a wręcz przeciwnie oferta ta została odrzucona, które to działanie Zamawiającego było sprzeczne z obowiązującymi przepisami Pzp, interesem publicznym, jak i interesem społecznym. Innymi słowy interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania nie budzi wątpliwości, gdyż w razie uwzględnienia argumentów Odwołującego to jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, a tym samym zostanie jemu powierzona realizacja zadania objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Szkoda jaką może ponieść Odwołujący na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów polega na utracie przychodu z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego jego oferta, byłaby najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów wcześniej wniesionego odwołania (sygn. akt KIO 2650/14), w tym zarzutu dot. powszechnej dostępności baterii 1/2 AA, Zamawiający, ponownie rozstrzygając przetarg w dniu 02.02.2015 r. odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, wskazując, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie zasilane jest bateriami 1/2 AA, które w opinii Zamawiającego nie spełniają wymogu SIWZ. Zamawiający wskazał jednocześnie, że: *w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia zażądał, aby pompy insulinowe zgodnie z zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego były zasilane bateriami AA lub AAA.*

Odwołujący podniósł, że w analizowanej sprawie należy mieć na uwadze zasadę równego traktowania i oceniania ofert wykonawców, jak również zasadę takiego interpretowania i oceniania ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący wskazał, że prawidłowo złożył ofertę na wykonanie Pakietu nr 1 i Pakietu nr 3, oświadczając jednocześnie, że baterie zasilające pompę 1/2 AA są powszechnie dostępne. Reprezentatywnym dowodem tej okoliczności jest analiza dostępności tychże baterii na rynku wykonana przez Zamawiającego na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pomp insulinowych prowadzonego w grudniu 2009 r. Rezultatem tychże badań przeprowadzonych przez Zamawiającego było ustalenie, że pompy insulinowe oferowane przez Odwołującego posiadają zasilanie ogólnodostępną baterią rozmiar 1/2 AA, a zatem dokładnie taką samą jak pompy insulinowe zaoferowane przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Powyższe potęguje dodatkowo okoliczność, że Odwołujący na podstawie zawartych uprzednio umów zrealizował na rzecz Zamawiającego dostawy pomp insulinowych zasilanych bateriami 1/2 AA. W tych okolicznościach niezrozumiałym jest odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu na dostawę pomp insulinowych zasilanych tożsamymi bateriami 1/2 AA.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł także, że nie zaszły żadne zmiany dotyczące ogólnodostępności baterii zasilających pompy insulinowe, które mogłyby uzasadniać odmienne stanowisko Zamawiającego. Stąd też stwierdzić należy pewną niekonsekwencję w postępowaniu Zamawiającego, skoro z jednej strony korzysta z zakupionych w uprzednich przetargach pomp insulinowych zasilanych bateriami 1/2 AA, natomiast z drugiej strony odrzuca ofertę Aero-Medika Sp. z o.o. twierdząc, że baterie zasilające pompy insulinowe nie spełniają kryterium zawartego w SIWZ. Takie rozumowanie z oczywistych oraz przedstawionych wyżej względów nie zasługuje na aprobatę, w szczególności, że Odwołujący zaoferował w niniejszym

postępowaniu pompy insulinowe zasilane bateriami 1/2 AA, a zatem analogiczne do baterii zasilających pompy insulinowe zakupione przez Zamawiającego w poprzednich latach.

Odwołujący argumentował następnie, że całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, iż w specyfikacji żądał aby pompy insulinowe, zgodnie z zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego były zasilane bateriami AA lub AAA. SIWZ stanowi bowiem: „baterie AA lub AAA/ powszechnie dostępne baterie”. Interpretacja dokonana przez Zamawiającego nie odnosi się do literalnego brzmienia SIWZ, jak również jest sprzeczna z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, albowiem ogranicza krąg podmiotów mogących zaoferować Zamawiającemu dostawę pomp insulinowych, wyłącznie do tych, które posiadają produkty zasilane baterią AAA lub AA. Podkreślono, że Zamawiający wyżej cytowanym postanowieniem SIWZ nie wyłączył przecież możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą zaoferować pompy insulinowe zasilane innymi (niż AAA lub AA) powszechnie dostępnymi bateriami, w tym bateriami 1/2 AA. Wskazano ponadto, że także w wytycznych Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego, na które powołuje się Zamawiający, znajduje się zapis: „Baterie AAA, AA/ powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach)”. Powyższe wytyczne dopuszczają poza bateriami AA lub AAA również inne powszechnie dostępne baterie. Odwołujący wskazał, że prawy ukośnik, zastosowany w wytycznych PTD, oznacza słowo „lub”, stąd rozumienie ww. sentencji powinno być następujące: „Bateria AAA, AA lub powszechnie dostępne baterie”. W konsekwencji powyższego Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ dotyczące zasilania pomp insulinowych również zawiera prawy ukośnik oznaczający słowo „lub”, tak więc dopuszcza on możliwość zasilania pomp insulinowych innymi powszechnie dostępnymi bateriami.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający w toku postępowania przed Izbą wniósł o oddalenie odwołania. Wskazano m.in., że gdyby Zamawiający chciał dopuścić baterie 1/2 AA to by zapisał „AA lub AAA lub 1/2AA/ baterie powszechnie dostępne”. Zamawiający odmówił zmiany SIWZ i Odwołujący nie powinien mieć wątpliwości, że bateria 1/2 AA nie została dopuszczona. Kwestia powszechności stanowiła podstawę odrzucenia oferty. Podkreślono, że nie chodzi o ograniczenie rynku, ale jest to zgodne z zaleceniami PTD. Nie tylko Zamawiający nie dopuszcza tej baterii z uwagi na brak powszechnego dostępu. Gdyby taki dostęp był to były by one w zaleceniach PTD.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający podzielił zamówienie na części (Pakiet nr 1, Pakiet nr 2, Pakiet nr 3, Pakiet nr 4) i dopuścił możliwość składania ofert częściowych (Rozdział II pkt 2.3 SIWZ).

W Pakiecie Nr 1 przedmiotem zamówienia jest dostawa pomp insulinowych dla dzieci poniżej 6 roku życia – szt. 5.

W Pakiecie Nr 3 przedmiotem zamówienia jest dostawa pomp insulinowych dla dzieci powyżej 6 roku życia – szt. 10 (Rozdział III pkt 3.1. SIWZ).

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Opisie przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do SIWZ.

Zamawiający zastrzegł, że uzna oferty za spełniające wymagania i przyjmie do szczegółowego rozpatrywania, jeżeli m.in. wykonawca przedstawi ofertę zgodną, co do treści z wymaganiami Zamawiającego (Rozdział XIII pkt 13.1 lit e SIWZ).

W załączniku nr 1, będącym integralną częścią SIWZ, Zamawiający w Warunkach i parametrach pomp insulinowych wymaganych oraz oferowanych wskazał w pozycji „Baterie-zasilanie pompy”: „Baterie: AAA, AA/ powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). W kolejnej pozycji Zamawiający wskazał na wymóg (parametr) dotyczący informacji dźwiękowej i wyświetlanej na ekranie pompy o zużyciu baterii większym niż 70%.

Zamawiający wprowadził następujące kryteria oceny ofert – cena 60%; parametry techniczne 40% (Rozdział XIII pkt 13.3 SIWZ).

W pouczeniu o środkach ochrony prawnej Zamawiający wskazał, że Odwołujący ma obowiązek przesłać kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp (Rozdział XV pkt 15.2.5 SIWZ)

Pismem z dnia 27 listopada 2014 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego wskazując, że:

„W załączniku nr 1 do SIWZ „warunku i parametry pomp insulinowych wymagane oraz oferowane” w punkcie „Baterie-zasilanie pompy” Zamawiający wymaga „baterie: AA lub AAA/ powszechnie dostępne baterie”.

Bateria ½ AA jest powszechnie dostępna (w załączeniu wyrok sądu w Olsztynie), mimo to nie znalazła się w ww. załączniku.

Wykonawca zwraca uwagę, że pompy insulinowe wykorzystują baterię ½ AA są w chwili obecnej z powodzeniem użytkowane u 70 pacjentów wytypowanych przez Zamawiającego w drodze postępowania przetargowego. Wykonawca nie odnotował żadnych reklamacji dot. pompy ze strony Zamawiającego.

W związku z wystąpieniem ww. nieprawidłowości wnosimy o zmianę SIWZ”.

(pismo Odwołującego z dnia 27 listopada 2014 r.).

W notatce z dnia 28 listopada 2014 r., Zamawiający udokumentował czynność oceny zastrzeżeń Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 27 listopada 2014 r. Stwierdzono, że w odpowiedzi na uwagi skierowane przez Odwołującego Zamawiający nie będzie dokonywał wnioskowanej przez firmę Aero Medika Sp. z o.o. zmiany specyfikacji, gdyż jest ona zgodna z aktualnie obowiązującymi zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego. Pismem z dnia 1 grudnia 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp, w odpowiedzi na pytanie Odwołującego dotyczące wyjaśnień treści SIWZ wskazała, że *„nie wyraża zgody na zmianę specyfikacji, gdyż jest ona zgodna z aktualnie obowiązującymi zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego”* (pismo Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2014 r.).

W dokumencie „Zalecenia kliniczne dotyczące postępowania u chorych na cukrzycę 2014 Stanowisko Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego”, w Aneksie 6 „Specyfikacja osobistych pomp insulinowych – rekomendacje PTD 2013. Wymogi konieczne” w pozycji „Baterie – zasilanie pompy” wskazano „Baterie: AAA, AA/ powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). Informacja dźwiękowa i wyświetlana na ekranie pompy o zużyciu baterii większym niż 70%”.

W dniu 4 grudnia 2014 r. Odwołujący złożył ofertę na Pakiet nr 1 deklarując cenę brutto w wysokości 20.520,00 zł oraz na Pakiet nr 3 deklarując cenę brutto w wysokości 41.040,00 zł. Wraz z ofertą Odwołujący złożył wypełniony załącznik nr 1 do SIWZ. W pozycji „Bateire – zasilanie pompy” Odwołujący złożył oświadczenie o treści: „TAK, ½ AA – powszechnie dostępne”.

Przystępujący złożył ofertę na Pakiet nr 1 deklarując cenę brutto w wysokości 20.520,00 zł oraz na Pakiet nr 3 deklarując cenę brutto w wysokości 41.040,00 zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2014 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że w Pakiecie nr 1 i 3, wybrał ofertę Przystępującego. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w Pakiecie Nr 1 i w Pakiecie nr 3, na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Dla odrzucenia ofert w ww. pakietach podano tożsame uzasadnienie wskazując na zapis z załącznika nr 1 z pozycji „Baterie-zasilanie pompy” oraz to, że Odwołujący wpisał w tym załączniku parametr „1/2 AA/ powszechnie dostępne baterie”, deklarując tym samym dostawę pomp insulinowych zasilanych bateriami „1/2 AA/ powszechnie dostępne baterie” – w związku z czym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W odwołaniu z dnia 12 grudnia 2014 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności Odwołujący w sposób zgodny z warunkami zamówienia oraz Pzp oświadczył, że oferowane przez niego pompy insulinowe zasilane są powszechnie dostępnymi bateriami 1/2 AA;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnej oceny, że nie spełnił wymaganego parametru dotyczącego „powszechnej dostępności baterii zasilających pompy” pomimo, iż Odwołujący (który nie był wzywany do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp) oświadczył w treści oferty, że w oferowanych przez niego pompach insulinowych „baterie - zasilanie pompy typ 1/2 są powszechnie dostępne”, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta Odwołującego w Pakiecie nr 1 i w Pakiecie nr 3 jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ i Pzp;
- 3) art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 Pzp i art. 7 ust. 1 polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego w sposób zrozumiały i jednoznaczny do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków SIWZ, w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości, co do spełnienia wymogu zasilania pompy insulinowej bateriami powszechnie dostępnymi, a tym samym prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji przejawiającej się w zaniechaniu prawidłowego korzystania z uprawnień i wykonywania ustawowych obowiązków wynikających z Pzp, co uniemożliwiło w istocie Odwołującemu udzielenie stosownej odpowiedzi i ewentualnie dostarczenie oświadczeń lub dokumentów;

- 4) art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 15 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty częściowej do Pakietu Nr 1 i Pakietu Nr 3, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym Pakietu Nr 1 i Pakietu Nr 3 oraz nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 16 grudnia 2014 r., w odpowiedzi na ww. odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględni je w całości i wnosi o umorzenie postępowania.

Postanowieniem z dnia 23 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2650/14, Izba umorzyła postępowanie, wskazując jednocześnie, że zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Pismem z dnia 7 stycznia 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez ofertowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pomp insulinowych w Pakiecie Nr 1 oraz Pakiecie Nr 3. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane w Pakiecie Nr 1 i Pakiecie Nr 3 pompy insulinowe są zasilane bateriami: „AAA, AA / powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach).

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 8 stycznia 2015 r. Odwołujący oświadczył, że zaofertowane pompy spełniają ww. wymóg, na dowód czego przedłożono: rozstrzygnięcie protestu z dnia 9 grudnia 2009 r., przez SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej UM w Łodzi; umowę zawartą przez Odwołującego z SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej UM w Łodzi z dnia 15 grudnia 2009 r., umowę zawartą przez Odwołującego z SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej UM w Łodzi z dnia 8 czerwca 2010 r., oświadczenie hurtowni medycznych o powszechnej dostępności baterii 1/2 AA (1 szt.), oświadczenia osób korzystających z pomp

insulinowych (8 szt.). Wskazano także, że baterie ½ AA są powszechnie dostępne. Reprezentatywnym dowodem tej okoliczności jest chociażby analiza dostępności tychże baterii na rynku wykonana przez Zamawiającego na potrzeby postępowania prowadzonego w grudniu 2009 r. Rezultatem tychże badań przeprowadzonych przez Zamawiającego było ustalenie, że pompy insulinowe oferowane przez Odwołującego posiadają zasilanie ogólnodostępną baterią rozmiar ½ AA, a zatem dokładnie taką samą jak pompy insulinowe zaoferowane w niniejszym postępowaniu.

W notatce z dnia 13 stycznia 2015 r., Zamawiający udokumentował czynność oceny wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, stwierdzając, że zaoferowane przez Odwołującego pompy insulinowe zasilane są bateriami ½ AA, podczas gdy w parametrach wymaganych w specyfikacji widnieje zapis, iż pompy insulinowe mają być zasilane bateriami AAA, AA/ powszechnie dostępnymi (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach).

Pismem z dnia 2 lutego 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Pakietu nr 1 i Pakietu nr 3 – oferty Roche Diabetes Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego w Pakiecie nr 1 i Pakiecie nr 3, z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał, dla Pakietu nr 1 i Pakietu nr 3, tożsame uzasadnienie wskazując, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, zażądał, aby pompy insulinowe zgodnie z zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego były zasilane bateriami AA lub AAA. Wskazano na treść pytania Odwołującego z dnia 27 listopada 2014 r., oraz udzieloną odpowiedź Zamawiającego, którą podtrzymał swoje stanowisko zawarte w SIWZ. Ponadto, Zamawiający podał fakt wystąpienia do Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, o uzupełnienie dokumentu, z którego będzie wynikało, że oferowana pompa insulinowa jest zasilana bateriami AA lub AAA. W wyniku uzupełnienia Zamawiający otrzymał informację, że oferowana pompa Dana Diabecare zasilana jest bateriami ½ AA, co jest niezgodne z treścią SIWZ. W konkluzji Zamawiający stwierdził, że w świetle powyższego, szczególnie udzielonej odpowiedzi dot. możliwości zasilania pompy insulinowej bateriami ½ AA, jak i zapisów SIWZ, które nie pozostawiały żadnego cienia wątpliwości po stronie wykonawców, jakich baterii oczekuje Zamawiający, ofertę Odwołującego należało odrzucić.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania, opartego na art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. W myśl art. 180 ust. 5 Pzp, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp. Dla uzasadnienia zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp Przystępujący wskazał na okoliczność nie przesłania (za pomocą faksu) wszystkich załączników odwołania. Zamawiający w toku posiedzenia wskazał, iż otrzymał odwołanie do str. 60 (włącznie). Odwołanie złożone przez Odwołującego do Izby liczyło łącznie 82 strony. Dokumenty znajdujące się na stronie od 61 do 82 dotyczyły: rozważań Sądu Okręgowy z uzasadnienia wyroku z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt V Ga 61/10, wydruków korespondencji e-mailowej z hurtowniami medycznymi, oświadczeń osób korzystających z pomp insulinowych, Aneksu 6 zaleceń Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego, potwierdzenia wniesienia wpisu od odwołania. Powyższe dokumenty Odwołujący powołał, jako dowody dla potwierdzenia okoliczności wymienionych w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczność, że zaoferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w SIWZ, jak również na okoliczność, iż w trakcie prowadzenia postępowania Zamawiający dopuścił się uchybień opisanych w petitum odwołania. Odwołujący argumentował, iż odwołanie zostało w sposób kompletny przesłane Zamawiającemu także drogą e-mailową. Na powyższą okoliczność złożył dowód w postaci wydruku korespondencji e-mailowej.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie uznała, by zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Przepis art. 180 ust. 5 Pzp, do którego odsyła art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, stanowi o przesłaniu kopii odwołania. Przepis § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964) określa, co musi zawierać odwołanie, wskazując m.in. na konieczność wskazania okoliczności faktycznych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, jak również zawarcie wykazu załączników. Przepis § 4 ust. 2 ww. rozporządzenia określa, co należy dołączyć do odwołania (dowód uiszczenia wpisu, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu, odpis z KRS,

pełnomocnictwo, albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego). Jednocześnie, przepis art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp stanowi, iż dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy.

Należy także wskazać, iż w wyroku KIO z dnia 5 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2293/12, wyrażono pogląd, iż określone dokumenty, a w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki mogą być uznane jako statuujące treść odwołania, o których stanowi art. 180 ust. 3 in fine p.z.p. oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności oraz, że konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.

W określonych stanach faktycznych załączniki do odwołania mogą stanowić istotny element konstrukcyjny odwołania, a ich brak może utrudniać umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania, tak jak wymaga tego art. 180 ust. 5 Pzp. Tego rodzaju ocena musi być jednak w sposób szczególny uzasadniona okolicznościami danej sprawy i wykazana przez stronę lub uczestnika w sposób bezwzględny, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, iż ww. przepisy nie wprowadzają *expressis verbis* sankcji, iż brak przekazania załącznika (dowodu) jest tożsamy z brakiem możliwości zapoznania się z treścią odwołania (zwłaszcza, gdy dowód został powołany w treści odwołania, w tym podano, na jaką jest on okoliczność; przepisy dają prawo do przedstawiania dowodów, aż do zamknięcia rozprawy; prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej nie powinno podlegać ograniczeniu poprzez rozszerzającą wykładnię przepisów o charakterze sankcyjnym).

Tego rodzaju sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy. Dowody, których brak przesłania wraz z odwołaniem zarzucono, zostały szczegółowo przedstawione w treści samego odwołania. Zamawiający miał możliwość zapoznania się i powzięcia przeświadczenia o tym, co to za dowody, jaka jest ich istota i na jaką okoliczność zostały one zgłoszone. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdy weźmie się pod uwagę to, iż Odwołujący już na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawiał tożsame dowody, które następnie niejako powielił na potrzeby wniesienia odwołania (oświadczenie hurtowni medycznej, te same oświadczenia osób użytkujących pompę insulinową). Brak przekazania tych załączników – przedstawiony wraz z odwołaniem rejestr połączeń faksowych wskazywał na przefaksowanie 60 stron, zaś wydruk z korespondencji mailowej stanowił jedynie ogólnie o przekazaniu kopii odwołania – nie uniemożliwił Zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania. Skoro zaś brak przekazania załączników wraz z odwołaniem nie uniemożliwił

oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu to nie mogła mieć miejsce zastosowania przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 591/14). Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13, iż odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu niedołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nieuzasadnionym formalizmem, w szczególności nie znajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych. Należy także wskazać, iż twierdzenia Zamawiającego, że nie dopuścił, jako sposobu porozumiewania się, drogi e-mailowej, a tym samym dowodzenie braku znaczenia przedłożonego przez Odwołującego potwierdzenia przekazania drogą elektroniczną kopii odwołania, Izba oceniła w sposób krytyczny. Zamawiający w treści SIWZ zawarł oddzielny rozdział – pouczenie o środkach ochrony prawnej, gdzie w sposób ogólny odwołał się do sposobów przewidzianych w art. 27 ust. 2 Pzp. Ponadto, warto wskazać, że przepis art. 27 ust. 2 Pzp wymienia takie dokumenty, jak oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje (a więc dokumenty właściwe dla etapu postępowania przed zamawiającym, a nie dla etapu postępowania odwoławczego).

Izba uznała, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. W zakresie Pakietu Nr 1 i Pakietu nr 3 oferta Odwołującego oraz Przystępującego przedstawiały identyczne ceny. Zamawiający nie ocenił oferty Odwołującego według kryterium parametry techniczne (waga 40%), z uwagi na uznanie, iż nie odpowiada ona treści SIWZ. W przypadku, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, mogłaby zaistnieć możliwość otrzymania większej ilości punktów w ramach kryterium parametry techniczne, niż oferta Przystępującego. Zamawiający bynajmniej nie przedstawił twierdzeń o braku takiej możliwości. W konsekwencji, Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że z uwagi na ograniczenie wynikające z art. 180 ust. 2 Pzp, nie istniała możliwość skutecznego podniesienia w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty konkurencyjnej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący postawił zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty, co mieściło się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zastrzeżenie, co do ograniczeń wynikających z art. 180 ust. 2 Pzp, należało jednak poczynić z uwagi na wstęp odwołania, w którym wskazano, iż dotyczy ono także czynności wyboru oferty Roche Diabetes Care Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w Pakiecie Nr 1 i Pakiecie Nr 3, nie dopuścił się naruszenia ww. przepisu. Stan sprawy ustalony na moment zamknięcia rozprawy nakazywał uznać, że działanie Zamawiającego było w pełni prawidłowe i uzasadnione.

Zamawiający wskazał w treści SIWZ, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, że wymaga dla pomp insulinowych baterii AA lub AAA, będących bateriami powszechnie dostępnymi. Jednocześnie, Zamawiający w sposób jednoznaczny zdefiniował, jak należy rozumieć powyższą cechę, a zarazem wymóg, powszechnej dostępności baterii – baterie, które można kupić w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający kierował się w tym zakresie zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego. Podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotowe zalecenia przedstawiają – zgodnie z tytułem Aneksu 6 – wymogi uznane za wymogi konieczne. Wprowadzone przez Zamawiającego rozumienie i wymóg powszechnej dostępności baterii nie może budzić zastrzeżeń mając na uwadze w szczególności przedmiot tego zamówienia i to, że służy on ochronie i ratowaniu życia ludzkiego. Dążenie do zapewnienia pacjentowi możliwości nie utrudnionego dostępu do baterii służących prawidłowej i nieprzerwanej pracy osobistych pomp insulinowych, tak by pacjent nie był zmuszony do podejmowania zabiegów w celu poszukiwania punktów, gdzie możliwe jest ich nabycie, należy uznać za działanie racjonalne i podyktowane dobrem pacjenta. W konsekwencji, wskazanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia baterii AA lub AAA, których łatwość nabycia w powszechnie dostępnych placówkach handlowych, należy uznać za fakt

powszechnie znany, Izba oceniła jako działanie prawidłowe znajdujące podstawę w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i działanie w pełni racjonalne, wynikające z chęci zapewnienia pacjentom możliwości łatwego użytkowania pomp insulinowych. Wszak to ciągłość działania urządzenia zasilanego energią elektryczną decyduje o bezpieczeństwie i komforcie pacjenta. Biorąc pod uwagę, że zamawiane urządzenia będą przeznaczone dla dzieci ułatwienie w zakupie ich baterii i montażu jest atutem takiego urządzenia i nie sposób tego wymogu uznać za nadmierny i nieuzasadniony (por. wyrok KIO z dnia 12 marca 2011 r., sygn. akt KIO 402/11).

Zamawiający wyłączył w tym postępowaniu możliwość zaoferowania pompy insulinowej zasilanej baterią ½ AA, które to wyłączenie wynikało w ocenie Izby z uwagi na fakt, iż baterie te nie są bateriami powszechnie dostępnymi i dostęp do tych baterii w punktach przyjętych przez Zamawiającego – w sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH” i sklepach ze sprzętem AGD i RTV i aptekach – jest dostępem bardzo ograniczonym i utrudnionym. W ocenie składu orzekającego Izby wyłączenie dopuszczalności zaoferowania tego rodzaju baterii nie prowadziło do ograniczenia konkurencji, ani naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający miał prawo opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem tego, by dostęp do źródła jego zasilania (baterii), był dla pacjentów łatwy i powszechny. Odzwierciedlało to rzeczywiste i racjonalne potrzeby Zamawiającego, adekwatne do celu, jakemu służyło niniejsze postępowanie. Zamawiający nie zawęził także wymogu do określonego producenta. Każdy wykonawca dysponujący rozwiązaniem dostosowanym do potrzeb Zamawiającego, a więc pompami insulinowymi zasilanymi bateriami AA lub AAA, mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest stworzenie dla przedsiębiorców możliwości zbytu wszelkich rozwiązań i produktów istniejących na rynku, ale tych, które odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W ramach tych potrzeb, znajdujących wyraz w opisie przedmiotu zamówienia, konieczne jest zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Rolą zamawiającego nie jest też przyjmowanie rozwiązań zapewniających każdemu wykonawcy rynek zbytu dla jego produktów, czy też rozwiązań pozwalających na rozszerzenie i powiększenie swojej sprzedaży.

Reasumując, zdaniem Izby, Zamawiający miał prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, w jaki odpowiadał jego potrzebom, kierując się dobrem pacjentów i zaleceniami odnoszącymi się do pomp insulinowych.

Odwołujący zdawał sobie sprawę z wyłączenia możliwości zaoferowania pompy insulinowej zasilanej baterią ½ AA z uwagi na to, że baterie te nie są powszechnie dostępne. Potwierdza to, zdaniem Izby, sama treść pytania skierowanego przez Odwołującego pismem

z dnia 27 listopada 2014 r. Izba nie uznała za przekonujące twierdzeń przedstawionych na rozprawie, iż celem tego pytania było jedynie to, by Zamawiający doprecyzował, że obok baterii AA oraz AAA dopuszcza także baterie ½ AA, gdyż są to także baterie powszechnie dostępne, a potrzeba doprecyzowania uzasadniona miała być chęcią wyeliminowania wątpliwości na dalszym etapie postępowania. Powyższy tok argumentacji wskazywał na to, że zdaniem Odwołującego bateria ½ AA została dopuszczona przez Zamawiającego, gdyż jest ona w ocenie Odwołującego baterią powszechnie dostępną (tak więc miała się mieścić w treści ujętej po ukośniku „/ powszechnie dostępne baterie”), a jedynie ostrożnościowo Odwołujący domagał się doprecyzowania zapisu załącznika nr 1 do SIWZ. W ocenie Izby treść zadanego pytania nakazuje powziąć wnioski przeciwne to zaprezentowanych przez Odwołującego. W treści pytania Odwołujący nie zgodził się z pominięciem baterii ½ AA – cytując: „nie znalazła się w ww. załączniku”. Potwierdza to w sposób jednoznaczny, że Odwołujący wiedział, że Zamawiający nie dopuścił baterii ½ AA, a nie tego, że bateria ta została dopuszczona, a jedynie nie zostało do w sposób wyraźny wyartykułowane w treści SIWZ. Ponadto, treść pytania wskazuje również, że Odwołujący miał świadomość tego, z jakich powodów ww. bateria nie została dopuszczona przez Zamawiającego – a mianowicie tego, że Zamawiający nie uznawał jej za baterię powszechnie dostępną. Już w treści tego pytania Odwołujący argumentował na rzecz przekonania Zamawiającego, że bateria ½ AA jest jednak powszechnie dostępna. Na tą okoliczność złożył wyrok sądu, jak również wskazał, że pompy insulinowe wykorzystujące baterię ½ AA są wykorzystywane przez 70 pacjentów, a wykonawca nie odnotował żadnych reklamacji dotyczących tych pomp. Jednocześnie, Odwołujący wnosil o wyeliminowanie zaistniałych w jego ocenie nieprawidłowości, a więc tego, że baterie ½ AA, choć zdaniem Odwołującego powszechnie dostępne, nie zostały wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ.

Zamawiający, w odpowiedzi na powyższe pytanie, w sposób jednoznaczny wskazał, że nie wyraża zgody na zmianę SIWZ w tym zakresie, uzasadniając to tym, że jest ona zgodna z obowiązującymi zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego. Zdaniem Izby, Zamawiający posłużył się zaleceniami Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego dlatego, że zalecenia te wskazują i potwierdzają, że te właśnie baterie, tj. baterie AA lub AAA są bateriami, co do których istnieje pewność ich powszechnej dostępności, którą to powszechną dostępność Zamawiający miał prawo uznać za niezbędną do zapewnienia przez wykonawców, z perspektywy zamawianych w tym postępowaniu pomp insulinowych. W ocenie Izby, Odwołujący wiedział, że Zamawiający nie dopuścił w konsekwencji w SIWZ możliwości zaoferowania pomp insulinowych zasilanych baterią ½ AA, gdyż uznał, że nie są to baterie, które spełniałyby wymóg powszechności (co przełożyło się na brak ich rekomendacji w treści

zaleceń PTD). Składając zaś ofertę z takimi bateriami Odwołujący postępował wbrew wymogom określonym w treści SIWZ.

Stan sprawy ustalony na moment zamknięcia rozprawy nakazywał także uznanie, że Odwołujący miał świadomość, co do istotny i podstaw faktycznych otrzymanego wezwania, jak również informacji o odrzuceniu jego oferty. Na etapie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015 r. Odwołujący dowodził powszechnej dostępności baterii 1/2 AA. Podobnie, twierdzenia o powszechnej dostępności tych baterii uczynił podstawą swojego odwołania (naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, albowiem, cytując: „oferowane przez niego pompy insulinowe zasilane są powszechnie dostępnymi bateriami (podkreślenie Izby) 1/2 AA”; „wskutek błędnej oceny, że Odwołujący nie spełnił wymaganego parametru dotyczącego zasilania pompy insulinowej pomimo, iż Odwołujący zaoferował pompy zasilane bateriami typu 1/2 AA, tj. powszechnie dostępnymi bateriami (podkreślenie Izby). Nie ulegało wątpliwości, że Odwołujący miał rozeznanie w tym, co stanowi powód wezwania, a następnie odrzucenia jego oferty – nie sam fakt innej nazwy baterii, ale także to, że bateria ta nie jest powszechnie dostępna, tak jak wymagano to w SIWZ i w takim rozumieniu powszechnej dostępności, jaki został określony w treści tej specyfikacji. Także poprzednio wniesione odwołanie dotyczyło kwestii powszechnej dostępności baterii, w tym zawierało zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków SIWZ, w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości, co do spełnienia wymogu zasilania pompy insulinowej bateriami powszechnie dostępnymi (podkreślenie Izby). Zamawiający uwzględnił w całości pierwsze odwołanie, wskazując w toku obecnej rozprawy, że wynikało to z faktu, iż Zamawiający nie wypełnił trybu z art. 26 ust. 3 Pzp. Pozbawienie wykonawcy prawa do wykazania zgodności jego oferty z wymaganiami SIWZ czyni, co do zasady, wadliwą czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z uwagi na to, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego, co zostało podniesione w treści poprzedniego odwołania, uwzględnienie odwołania było racjonalnym postępowaniem Zamawiającego. Czynność uwzględnienia wcześniejszego odwołania nie może być jednak pojmowana w tym przypadku, tak jak wywodził to Odwołujący, jako potwierdzenie przez Zamawiającego spełnienia przez Odwołującego wymogu odnoszącego się do powszechnej dostępności baterii. W szczególności, czynność uwzględnienia, nie może być utożsamiana z tym, że poprzez to uwzględnienie Zamawiający potwierdził, że bateria 1/2 AA jest baterią powszechnie dostępną, w rozumieniu nadanym tej powszechnej dostępności w treści SIWZ. Samo poprzednie odwołanie podnosiło brak wezwania wykonawcy do wykazania powyższej okoliczności.

Zamawiający uwzględniając odwołanie wykonał i powtórzył czynności zgodnie z jego żądaniem, m.in. powtórzył czynność badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym Pakietu Nr 1 i Pakietu Nr 3, w tym dokonał wcześniej zaniechanej czynności wezwania. W ramach ponownej oceny Zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ustalenia, czy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu. Była to bowiem nowa czynność w postępowaniu, która doprowadzić miała do prawidłowego ustalenia wyniku postępowania i udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i najkorzystniejsza. Jak wskazano wcześniej, Odwołujący odebrał wezwanie Zamawiającego, jako wezwanie do wykazania spełnienia wymogu zasilania pompy insulinowej bateriami powszechnie dostępnymi. Na wykazanie tej okoliczności skoncentrowana została treść odpowiedzi i załączników, ponadto istota tej czynności wynikała dla Odwołującego także z uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania (wskutek braku wezwania) umożliwienia Odwołującemu wykazania, że baterie zasilające pompę są bateriami powszechnie dostępnymi. Istota i treść zarówno wezwania, jak i odrzucenia oferty, była Odwołującemu znana. Zamawiający w toku postępowania potwierdził także, że badał w tym zakresie kwestię powszechnej dostępności, co potwierdziły także dowody złożone na rozprawie. Twierdzenia odwołującego, że powodem odrzucenia odwołania był sam fakt, że baterie 1/2 AA nie są bateriami AA lub AAA, nie zasługiwały na uwzględnienie. Jak wskazano wcześniej, sam Odwołujący miał świadomość istoty i podstaw odrzucenia, czemu dał wyraz w treści zarzutów i uzasadnieniu wniesionego odwołania.

W niniejszej sprawie, Odwołujący prezentujący stanowisko o powszechnej dostępności baterii 1/2 AA, w rozumieniu wskazanym w treści SIWZ, obowiązany był do udowodnienia tej okoliczności – wpierrw Zamawiającemu, który takiej cechy bateriom 1/2 AA odmówił; a następnie Izbie – skoro z okoliczności tej Odwołujący wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Zdaniem Izby, Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi. Dowody przedłożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w toku postępowania odwoławczego nie mogły zostać uznane za potwierdzające stanowisko Odwołującego oraz główną tezę odwołania, a mianowicie to, że baterie 1/2 AA to baterie powszechnie dostępne w sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH” i sklepach ze sprzętem AGD i RTV i aptekach. Racjonalne podejście nakazywało uznania, że nie byłoby koniecznym, by Odwołujący przedkładał dowody dostępności z wszystkich możliwych punktów sprzedaży z terenu całego kraju. Przedstawienie takiego dowodu należałoby uznać za niemożliwie. Jednak Odwołujący winien był przedstawić dowody, które po pierwsze miałyby przekrojowe odniesienie (nie tylko dowody możliwości zakupu baterii 1/2 AA w aptece, czy hurtowni – która

to ostatnia, w ogóle nie została wskazana w treści SIWZ), ale także przedstawić te dowody w tak odpowiedniej ilości (trudno uznać, by kilkanaście, czy nawet kilkadziesiąt paragonów z aptek, bądź kilka oświadczeń, mogło być ilością wystarczającą dla uznania powszechnej dostępności w rozumieniu wynikającym z treści SIWZ) oraz różnorodności (co do punktów sprzedaży), która pozwalałaby łącznie na postrzeganie dostępności tych baterii już w aspekcie dostępności o charakterze powszechnym.

W kontekście powyższego należy wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył, jako dowody na potwierdzenie powszechnej dostępności baterii ½ AA: rozstrzygnięcie protestu z dnia 9 grudnia 2009 r.; dwie umowy z 2009 i 2010 r., jedno oświadczenie hurtowni medycznej i 8 sztuk oświadczeń osób korzystających z pompy insulinowej. Dowody te, wbrew stanowisku Odwołującego, nie potwierdzały powszechnej dostępności baterii ½ AA. Niezależnie od dat tych dokumentów (wskazujących na wymiar „historyczny” zawartych w nim oświadczeń; w okresie kilku lat, może zaistnieć szereg zmian na rynku sprzedaży danego produktu), wymaga wskazania, że w rozstrzygnięciu protestu z dnia 9 grudnia 2009 r., zamawiający wskazał m.in., że nie miał na uwadze rozległości sieci i ilości punktów, w których są one sprzedawane. Całkowicie odmiennie zostało to ujęte w niniejszym postępowaniu. Zamawiający definiując powszechną dostępność baterii wskazał, że mają to być baterie powszechnie dostępne w sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH” i sklepach ze sprzętem AGD i RTV i aptekach. Niewątpliwie w tym postępowaniu powszechna dostępność definiowana była nie tylko przez samą możliwość dokonania zakupu, ale także przez pryzmat różnorodności i rozległości punktów sprzedaży – gwarantującej pacjentowi łatwy, tani i nieskomplikowany dostęp do danego produktu. Powoływanie się na stanowisko zamawiającego, podjęte w odmiennych uwarunkowaniach i wobec odmiennej treści specyfikacji, należało uznać za całkowicie chybione. Zamawiający w sposób konsekwentny i rzeczowy zaprzeczał tezie, by decyzja z postępowania z 2009 r. mogła stanowić jakąkolwiek podstawę dla uznania, że baterie ½ AA są obecnie bateriami powszechnie dostępnymi, w rozumieniu wynikającym z treści SIWZ. Izba w pełni uznała te argumenty. Nie sposób także wywodzić powszechnej dostępności baterii z faktu zawarcia umów (w 2009 i 2010 r.) na dostawę kilkudziesięciu sztuk pomp insulinowych. Za pozbawione wartości dowodowej należało również uznać oświadczenie jednej hurtowni o posiadaniu w sprzedaży baterii ½ AA. Oświadczenia osób użytkujących pompy insulinowe (8 sztuk), niezależnie od ich ogólnikowej treści, nie nawiązującej również do tego, że przedmiotem tego postępowania jest dostawa pomp insulinowych dla dzieci, także nie stanowiły dowodu, który potwierdzałby stanowisko Odwołującego. Również inne dowody złożone wraz z odwołaniem należało ocenić w sposób krytyczny. Oświadczenia hurtowni mogłyby być uznane jedynie za

potwierdzające, że w danym momencie bateria ½ AA była na stanie magazynowym. Jedno ze złożonych oświadczeń jest przy tym znamienne o tyle, że przedstawia w sposób ilościowy stan magazynowy – 12 op. (podkreślenie Izby) pozycji bateria d/pomp ins. Dana Diabecare ½ AA, co wskazywało zdaniem Izby na stan w ilości 12 opakowań tych baterii. 12 opakowań baterii, w hurtowni medycznej, daje obraz tego, jak wąski jest kanał dystrybucyjny tego produktu oraz jak nieznaczna ilość tych baterii jest przedmiotem tej dystrybucji. Niezależnie od tego, należy wskazać, że Zamawiający nie definiował powszechnej dostępności baterii przez pryzmat możliwości ich zakupu w hurtowniach medycznych. Z tego już względu złożone w tym zakresie dowody należało uznać za pozbawione wartości dowodowej. Złożenie w toku rozprawy kopii paragonów z aptek także nie stanowiło wystarczającego materiału dowodowego do uznania twierdzeń o powszechnej dostępności baterii ½ AA – i to niezależnie od tego, że jedynie część tych paragonów wskazywała w swojej treści na ten rodzaj baterii. Zamawiający nie zawęził rozumienia powszechnej dostępności baterii jedynie do możliwości ich nabycia w aptece. Przeciwnie, przewidziano szereg innych punktów, gdzie baterie te pacjent powinien móc kupić bez większych trudności.

Umowa przedłożona przez Odwołującego zawarta w dniu 26 czerwca 2014 r. pomiędzy Odwołującym a Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie, również nie stanowiła dowodu potwierdzającego powszechną dostępność baterii ½ AA. W dokumencie tym nie ma żadnej referencji do pompy insulinowej zaoferowanej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Ani w treści umowy ani w Ofercie Cenowej nie zostało wskazane jaki produkt został zaoferowany przez Odwołującego. Następnie, także wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie nie stanowi w ocenie Izby potwierdzenia powszechnej dostępności baterii ½ AA. Wyrok ten został wydany w innej sprawie i nie wiąże Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Z orzeczenia sądu nie wynika, jaki zakres postępowania dowodowego został przeprowadzony oraz co stanowiło podstawę do sklasyfikowania określonych baterii jako mniej lub bardziej bezpiecznych lub stanowiących lepsze lub gorsze źródło zasilania. Stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu tego orzeczenia są ogólne i nie wskazują podstawy dowodowej powziętych wniosków. Ponadto zaznaczyć należy, że rozstrzygnięcie sądu nie dotyczyło ustalenia czy baterie ½ AA są powszechnie dostępne, a jedynie rozstrzygało czy wymóg ogólnodostępności baterii może być zawarty w SIWZ czy nie. W konsekwencji, w ocenie Izby, brak jest przesłanek do przyjęcia, iż przywołany powyżej wyrok stanowi dowód na potwierdzenie powszechnej dostępności baterii ½ AA. To w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący miał obowiązek wskazać dowody na potwierdzenie faktów, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Przeprowadzone w ramach wskazanego przez Odwołującego postępowania skargowego postępowanie dowodowe nie zwalniało

Odwołującego od konieczności wykazania w niniejszym postępowaniu określonych okoliczności, w szczególności w kontekście powołanych zarzutów.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Dokumenty te, stanowiły dowód rozpoznania rynku, przeprowadzonego w sposób przekrojowy i w zakresie mogącym zostać, w pewnym znaczeniu, uznanym za reprezentatywny dla potwierdzenia braku powszechnej dostępności baterii 1/2 AA. Izba uznała wartość dowodową tych dokumentów. Część tych dokumentów datowana jest przed decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego, co tylko potwierdza dodatkowo, że Zamawiający badał ofertę Odwołującego w kontekście powszechnej dostępności baterii 1/2 AA. Oświadczenie złożone przez Przystępującego, w tym załączony wykaz punktów, w których nie stwierdzono dostępności baterii 1/2 AA, także zasługiwało na uznanie. Dowody te wskazywały m.in., że nawet w wyspecjalizowanym sklepie, w tym w sklepie wielkopowierzchniowym, baterie 1/2 AA nie stanowią standardowego i dostępnego produktu. Dowody te, pomimo że w części stanowiące własne oświadczenie Przystępującego, Izba uznała za wartościowy materiał dowodowy, korespondujący z dowodami złożonymi przez Zamawiającego i dodatkowo wzmacniający ocenę, że baterie 1/2 AA nie są powszechnie dostępne, w takim rozumieniu tej powszechności, jaki został określony w treści SIWZ. Zasadnie argumentował przy tym Przystępujący, że doświadczenie życiowe również może stanowić wskazówkę dla oceny powyższej kwestii. Konfrontując argumenty i dowody przedstawione przez Odwołującego z argumentami i dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego i Przystępującego, Izba nie miała w konsekwencji wątpliwości, co do konieczności powzięcia krytycznej oceny twierdzeń Odwołującego.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: