

**WYROK**  
**z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 kwietnia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 kwietnia 2015 r.** przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/ 52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **SKAMEX Sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/ 52, 93-121 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SKAMEX Sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/ 52, 93-121 Łódź** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/ 52, 93-121 Łódź** na rzecz **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków** kwotę **270 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów medycznych (DZP-LS- 271-217/2014) - w zakresie części 2, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 227-400563 z 25.11.2014 r., przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 24.03.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w cz. 2. Nadto, poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w cz. 2 oferty: SKAMEX Sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/ 52, 93-121 Łódź zwana dalej: „SKAMEX Sp. z o.o. sp.k.” albo „Odwołującym”.

W dniu 03.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. wniosła odwołanie na w/w czynności w cz.2. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.04.2015 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 82 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego mimo iż spełnia ona wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”,
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania. Odwołujący Wnosił o:
  - 1) uwzględnienie odwołania
  - 2) nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
  - 3) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - 4) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
  - 5) nakazanie uznania, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ,
  - 6) w przypadku uwzględnienia odwołania zawarcie w sentencji wyroku stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z podziałem na części. W zakresie części 2 Zamawiający dokonał oceny ofert, w konsekwencji której odrzucił wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego, a następnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. *Przedstawiona przez Wykonawcę próbka w części nr 2 pozycja 5 to strzykawka o pojemności 60ml. Zaoferowana strzykawka o wskazanej powyżej pojemności jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymagał strzykawki o pojemności 50ml (w zakresie niniejszej pozycji nie było ze strony Zamawiającego dopuszczenia możliwości zastosowania rozszerzonej skali strzykawki).*

Czynność odrzucenia, a co za tym idzie unieważnienia, była bezpodstawną. Odwołujący z całą mocą podkreśla, iż oferowany przez niego wyrób spełnia wszystkie wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaoferował strzykawkę firmy Becton Dickinson o nr katalogowym 300866, która posiada końcówkę wtykową luer i spełnia postanowienia siwz. Jest to bowiem strzykawka zarejestrowana jako strzykawka o pojemności nominalnej 50 ml (zgodnie z treścią deklaracji zgodności oraz opisem na etykiecie produktu - dokumenty dopuszczające w załączeniu wraz ze skanem etykiety). Dokument dopuszczający wyrób medyczny do obrotu jest w tej sprawie decydujący, a z treści tego dokumentu wynika, że zaoferowany model strzykawki został dopuszczony jako produkt o pojemności 50 ml. Strzykawka model 300866 posiada skalę nominalną oznaczoną zgodnie z obowiązującą normą PN-EN ISO 7886-1:2000 Jałowe strzykawki iniekcyjne do jednorazowego użytku - Strzykawki do ogólnego stosowania – tzn. pojemność nominalna 50 ml jest wyraźnie oznaczona i wyróżniona na podziałce strzykawki zgodnie z pkt. 10.1.2 w/w normy (fragment normy).

W tej sytuacji brak podstaw do uznania, że zaoferowany przez Odwołującego produkt nie spełnia wymagań SIWZ. W tym miejscu wskazał także, iż mimo zaistnienia wątpliwości co do spełniania wymagań SIWZ Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie przeprowadził procedury wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a niezgodności tej nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślenia wymaga również, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego realizacji oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu tego zobowiązania w ofercie. Należy jednak podkreślić, iż odrzucenie musi być poprzedzone procedurą z art. 87 ust. 1 Pzp. Dopiero gdy niezgodność treści SIWZ i treści oferty nie da się usunąć w trybie

wyjaśnień Zamawiający może dokonać czynności odrzucenia oferty. Potwierdza to orzecznictwo: „... zastosowanie ww, przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust 1 ustawy, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy (w tym próbek), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).” (KIO 1366/14) Co więcej w orzecznictwie zwraca się uwagę, iż odrzucenie oferty może nastąpić dopiero gdy zamawiający wykaże, iż zaofertowany przez wykonawcę przedmiot nie pozwoli na realizację zamówienia zgodnie z jego celem: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.” (KIO 962/13)

W tym przypadku Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że dostawa zaofertowanych przez Odwołującego strzykawek nie pozwoli na realizację świadczeń medycznych. Zauważył, iż zaofertowany przez Odwołującego wyrób nie może być uznany za niezgodny z SIWZ, ponieważ najważniejszy dokument potwierdzający jego właściwości, tj. dokument dopuszczający do obrotu wprost potwierdza spełnienie wymagań SIWZ.

W takiej sytuacji niedopuszczalne jest odrzucenie oferty:

- 1) „Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ,” (KIO 1339/14),
- 2) „Norma wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wskazuje iż, niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie

zamieszczane w SIWZ), a także możliwe powinno być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ." (KIO 1244/14),

3) „Zastosowanie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. " (KIO 1801/13),

4) "Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (vide: wyr. S O w K. z 19.12.2008 r., VII Ga 147/08)" (KIO 1902/13).

Podobnie interpretują kwestię niezgodności przedstawiciele doktryny:

1) „Przez treść oferty należy w pierwszej kolejności rozumieć jej merytoryczne elementy, tj. jej postanowienia odnoszące się w szczególności do kształtu przyszłego świadczenia. Należy przyjąć również, że ze względu na fakt, iż określenie przedmiotu przyszłego świadczenia należy uznać za tożsame z przedmiotem przyszłej umowy oraz odnieść do przedmiotu tejże umowy to stanowią one z pewnością *essentia negotii* zobowiązania wykonawcy. Tym samym, biorąc pod uwagę treść art. 82 ust. 3 PrZamPubl, nie każdy element oferty należy uznać za treść oferty w rozumieniu art: 89 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl. Zasadnicze znaczenie dla kwalifikacji, czy mamy do czynienia z merytoryczną treścią oferty, ma przepis art. 82 ust. 3 PrZamPubl Ustanawia on zasadę, że treść oferty musi odpowiadać treści siwz. " (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2014),

2) „Treścią oferty jest jej zawartość merytoryczna, w praktyce sprowadzająca się do oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, sposobu obliczenia i podania ceny ofertowej, terminu realizacji itp. Zawartość ta ujęta jest na formularzu oferty oraz w dokumentach i materiałach dodatkowych, określających oferowany przedmiot zamówienia, takich jak kosztorysy, katalogi, foldery, harmonogramy, opisy itp. Dokumenty te z reguły są żądane przez zamawiającego, jednak mogą być też złożone z inicjatywy wykonawcy, jeżeli służą doprecyzowaniu oferowanego przedmiotu zamówienia. O tym, czy wszystkie one stanowią o treści oferty, czy też służą jedynie jako materiał informacyjny, decyduje każdorazowo zawartość oferty i złożone dokumenty oraz wymagania zamawiającego (zob. też wyr. KIO z 27.8.2009 r., KIO/UZP 1041/09, Legalis)." (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2015),

3) „Typowym przykładem niezgodności treści oferty z siwz będzie podanie zbyt długiego terminu realizacji zamówienia czy zbyt krótkiego okresu gwarancji w stosunku do warunków przewidzianych w siwz, zaoferowanie urządzenia o parametrach niezgodnych z wymogami

*zawartymi w siwz. ” (M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2009).*

Zamawiający w dniu 03.04.2015 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia nie miały miejsca

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona wobec skutecznego odrzucenia ofert pozostałych Wykonawców, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, załącznika nr 1 a do SIWZ w wersji z 24.12.2014 r. /w zakresie tylko cz. 2, 3 i 4/ z uwzględnieniem zamiany z 29.12.2014 r. oraz z 30.12.2014 /w zakresie tylko m.in. cz. 2 i 3/, oferty Odwołującego w cz. 2, 3 i 4 (str. 6 -10, str. 71, 74-77, 80), oceny ofert dokonanej przez biegłego powołanego przez Zamawiającego na potrzeby postępowania, informacji o unieważnieniu postępowania w cz. 2 oraz odrzuceniu jego oferty w cz. 2, jak i cz. 4 z 24.03.2015 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na rozprawie:

- 1) Deklaracja Zgodności oraz Certyfikat CE dotyczący strzykawki nr kat:300866 (w oryginale wraz z tłumaczeniem na j. polski);
- 2) Skan etykiety produktu o nr kat: 300866;
- 3) Fragment/wyciąg normy PN-EN ISO 7886-1;
- 4) Folder dotyczący cz. 2 poz. 5 - produktu o nr kat: 300866 (pierwotnie dołączony do

oferty – str. 71).

5) Certyfikat nr 73250-2010-CE-POL-NA (oryginał wraz z tłumaczeniem na j. polski) oraz deklaracja zgodności – dotyczą produktu formy: Margomed.

Izba uznała pismo z 16.04.2015 r. biegłego powołanego przez Zamawiającego – złożone na rozprawie przez Zamawiającego, jako opinie prywatną będącą stanowiskiem strony w sprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, postanowienie KIO z 12.04.2012 r., sygn. akt: KIO 671/12, okazaną przez Zamawiającego próbkę będącą produktem o nr kat: 300866 /co potwierdził Odwołujący na rozprawie/, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 82 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego mimo iż spełnia ona wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”,
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, Izba odniesie się do nich łącznie, uznała zarazem niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W ramach załącznika nr 1a do SIWZ - W cz. 2 poz. 5:

5.	Strzykawka szczelna, skala z podziałką co 1 ml, niezmywalna, czytelna, sterylna, z końcówką wtykową, 50ml Dopuszcza się aby strzykawki posiadały nazwę producenta na cylindrze. Dopuszcza się strzykawkę perfuzyjną, tzn. posiadającej prostopadłe wcięcie na tłoku oraz kołnierz zabezpieczający. Dopuszcza się strzykawkę trzyczęściową 50ml, z końcówką wtykową bez PCV. Dopuszcza się strzykawki z zakończeniem typu Luer-Lock.
----	---

W ramach załącznika nr 1a do SIWZ - w cz. 3 poz. 2,3,4,5:



2.	Strzykawka 50ml z gumowym tłokiem do pomp infuzyjnych z końcówką luer lock, sterylna, z blokadą zapobiegającą wysunięciu się tłoka z komory strzykawki podczas nabierania leku, umożliwiającą podaż leku w całości, z możliwością wypełnienia do 60 ml, o czytelnej i niezmywalnej skali, z podziałką co 1 ml, posiadającą szczelny pierścień tłoka Dopuszcza się strzykawkę 50/60 ml luer lock po pomp infuzyjnych, z logo producenta i nazwą własną na cylindrze strzykawki, skalowaną co 1 ml.
3.	Strzykawka 50ml sterylna luer-lock, z możliwością wypełnienia do 60 ml, z wysoce przezroczystym cylindrem - umożliwiającym łatwe rozpoznanie pęcherzyków powietrza, ze skalą czytelną i trwałą, z podziałką co 1 ml, posiadająca szczelny pierścień tłoka oraz z blokadą zapobiegającą wysunięciu się tłoka z komory strzykawki podczas nabierania leku, umożliwiającą podłączenie do pomp typu Kwapisz, oraz podaż leku w całości, z nazwą producenta na cylindrze strzykawki - z długim tłokiem Dopuszcza się strzykawkę do pomp infuzyjnych pojemność 50 ml z możliwością wypełnienia do 60ml, 3 częściowa, bezłateksowa, wykonana z polipropylenu, z końcówką luer-lock. Skalowanie co 1ml na całej długości skali, pojemność nominalna dodatkowo wyróżniona graficznie (wytłuszczenie, obwiedzenie). Skala kontrastująca, niezmywalna i czytelna. Kod kolorów na opakowaniu dla łatwego rozpoznania rozmiaru strzykawki. Na korpusie strzykawki napisana nazwa i informacja o braku lateksu.
4.	Strzykawka 50ml sterylna luer-lock, z możliwością wypełnienia do 60 ml, z cylindrem w kolorze bursztynowym, ze skalą czytelną i trwałą, z podziałką co 1 ml, posiadająca szczelny pierścień tłoka oraz z blokadą zapobiegającą wysunięciu się tłoka z komory strzykawki podczas nabierania leku, umożliwiającą podłączenie do pomp typu Ascor, Alaris, Pilot A2, Pro Sp 125, Medfusion 3500, oraz podaż leku w całości, z nazwą producenta na cylindrze strzykawki
5.	Strzykawka 50ml sterylna luer-lock, z możliwością wypełnienia do 60 ml, z cylindrem w kolorze bursztynowym, ze skalą czytelną i trwałą, z podziałką co 1 ml, posiadająca szczelny pierścień tłoka oraz z blokadą zapobiegającą wysunięciu się tłoka z komory strzykawki podczas nabierania leku, umożliwiającą podłączenie do pomp typu Kwapisz, oraz podaż leku w całości, z nazwą producenta na cylindrze strzykawki Dopuszcza się strzykawkę do leków światłoczułych w kolorze żółtym, umożliwiającą podłączenie do pomp typu Kwapisz, dedykowanej przez producenta pompy.

W ramach załącznika nr 1a do SIWZ - w cz. 4 poz. 1, 2, 3, 4, 5, 6:

1.	Strzykawka 3ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, z centralnie położoną końcówką luer-lock, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą, z podziałką co 0,1 ml, kompatybilna z pompą infuzyjną Brauna, sterylna, wykonana z polipropylenu Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającym powyższe. Dopuszcz się strzykawkę trzyczęściową do pracowni cytostatycznej bez rozszerzonej skali.
----	--

2.	<p>Strzykawką 5ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, z centralnie położoną końcówką luer-lock, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą, z podziałką co 0,2 ml, kompatybilna z pompą infuzyjną Brauna, sterylna, wykonana z polipropylenu</p> <p>Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającego powyższe.</p> <p>Dopuszcz się strzykawki trzyczęściowe do pracowni cytostatycznej bez rozszerzonej skali.</p>
3.	<p>Strzykawką 10ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, z centralnie położoną końcówką luer-lock, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą, z podziałką co 0,5 ml, kompatybilna z pompą infuzyjną Brauna, sterylna, wykonana z polipropylenu</p> <p>Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającego powyższe.</p> <p>Dopuszcza się strzykawki 10 ml z dokładniejszą skalą co 0,2ml.</p>
4.	<p>Strzykawką 20ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, z centralnie położoną końcówką luer-lock, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą, z podziałką co 1 ml, sterylna, wykonana z polipropylenu. Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającego powyższe. Dopuszcz się strzykawki trzyczęściowe do pracowni cytostatycznej bez rozszerzonej skali.</p>
5.	<p>Strzykawką 30ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, z centralnie położoną końcówką luer-lock, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą, z podziałką co 1 ml, kompatybilna z pompą infuzyjną Brauna, sterylna, wykonana z polipropylenu</p> <p>Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającego powyższe.</p> <p>Dopuszcz się strzykawki trzyczęściowe do pracowni cytostatycznej bez rozszerzonej skali.</p>
6.	<p>Strzykawką 50ml z bardzo szczelnym gumowym tłokiem, z centralnie położoną końcówką luer-lock, umożliwiającą bardzo dokładne dawkowanie, do pomp infuzyjnych dla pracowni cytostatyków, z rozszerzoną skalą z podziałką co 1 ml, kompatybilna z pompą infuzyjną Brauna, sterylna, wykonana z polipropylenu</p> <p>Dopuszcza się strzykawkę do pracowni cytostatyków przeznaczoną do przygotowania i podaży cytostatyków z załączonym do oferty oświadczeniem producenta potwierdzającego powyższe.</p>

Powyższe części zostały przedstawione celem unacznienia różnic i podobieństw względem cz. 2 poz. 5. Zamawiający ostatecznie odrzucił ofertę Odwołującego /w informacji z 24.03.2015 r./ w zakresie cz. 2 poz. 5: „Przedstawiona przez Wykonawcę próbka w części nr 2 pozycja 5 to strzykawka o pojemności 60ml. Zaoferowana strzykawka o wskazanej

*powyżej pojemności jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymagał strzykawki o pojemności 50ml (w zakresie niniejszej pozycji nie było ze strony Zamawiającego dopuszczenia możliwości zastosowania rozszerzonej skali strzykawki)”, ale również w cz. 4 poz. 3, gdzie stwierdził: „Przedstawiona przez Wykonawcę próbka oraz materiały firmowe (...) to strzykawka o pojemności 10 ml bez rozszerzonej skali. Zaoferowana strzykawka o wskazanych powyżej parametrach jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymagał strzykawki o pojemności 10 ml z rozszerzoną skalą (w zakresie niniejszej pozycji Zamawiający nie zrezygnował z wymogu rozszerzonej skali). (...)”. Przy czym, w cz. 3 poz. 4 biegły Zamawiającego względem oferty Odwołującego stwierdzi, że: „(...) w materiałach firmowych brak jest informacji czy można wypełnić strzykawkę do 60 ml”.*

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postanowienie KIO z 12.04.2012 r., sygn. akt: KIO 671/12 jest przede wszystkim wiążące względem stron postępowania, którego dotyczy i jakiegokolwiek odnoszenia do aktualnego postępowania jest nieuprawnione. Należy bowiem wskazać, że jest to postanowienie o umorzeniu postępowania z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania, rola Izby w tym zakresie ma charakter z zasady ograniczony. W rezultacie materiały dowodowe złożone na rozprawie przez Odwołującego, a dotyczące ówczesnego stanu faktycznego są bezprzedmiotowe dla przedmiotu sporu. Korelacje z ofertą co prawda złożoną w postępowaniu, ale skutecznie pozbawioną statusu Wykonawcy /Bialemd Sp. z o.o. - produkt Margomed/, na skutek wykluczenia oraz odrzucenia, ma charakter drugorzędny. Istotne jest bowiem ustalenie, czy Wykonawcy w cz. 2 poz. 5 mogli złożyć strzykawki z rozszerzoną skalą/przedziałem, nie budzi bowiem wątpliwości, że produkt Odwołującego o nr kat: 300866 został zarejestrowany jako produkt o pojemności 50 ml (dowody załączone do odwołania oraz na rozprawie to potwierdzają). Sama okazana próbka przez Zamawiającego z postępowania – produktu o nr kat: 300866, to także potwierdza, na etykiecie. Jednakże, także z tej próbki, czemu nie zaprzeczał Odwołujący wynikała skala przekraczająca 50 ml, tj. do 60 ml.

Niewątpliwie, norma, które wyciąg przedstawił Odwołujący dopuszcza możliwość skali wykraczającej poza pojemność nominalną (w tym wypadku – 50 ml), wówczas ta część skali powinna różnić się od jej części pozostałej – w tym wypadku pojemność nominalna jest otoczona kółkiem. Jednakże, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w cz. 2 poz. 5 nie były kwestie niezgodności z normą PN-EN ISO 7886-1 (październik 2000), ale nie odpowiadanie treści oferty treści SIWZ.

Zamawiający wskazywał, że w cz. 2 poz. 5 nie dopuścił zastosowania rozszerzonej skali strzykawki – choć nie było pytań w tym zakresie, ani wprost to nie wynika z tej pozycji /nie jest zakazane/. Odwołujący podnosił, że gdyby były takie postanowienia, to będąc świadomym konsekwencji zostałyby zaskarżone na wcześniejszym etapie.

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, że Zamawiający, w ramach przedmiotowego postępowania, gdy dopuszczał rozszerzoną skalę strzykawki – wprost to artykułowała w zał. nr 1 a do SIWZ, *a contrario* jeśli tak nie było – zaoferowanie takiej strzykawki było niedopuszczalne. W tym zakresie, Izba przeanalizowała postanowienia zał. nr 1 a do SIWZ w cz. 4 poz. 1- 6 oraz w cz. 3 poz. 2-5 w kontekście cz. 2 poz. 5. W ramach cz. 4 - we wskazanych pozycjach wprost jest mowa - „z rozszerzoną skalą”, zaś w cz. 3 – we wskazanych pozycjach – „z możliwością wypełnienia do 60 ml”, mimo, że dotyczą one strzykawek o pojemności 50 ml. W cz. 3 poz. 2 z kolei stwierdza się – „Dopuszcza się strzykawki 50/60 ml (...)”.

Nadto, Izba zauważa, że w cz. 4 poz. 3 – miała miejsce sytuacja odwrotna /w informacji z 24.03.2015 r./ – oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na zaoferowanie strzykawki - bez rozszerzonej skali. Z tej też przyczyny Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia w cz. 2 poz. 5: „w zakresie niniejszej pozycji”. Z uwagi na powyższe okoliczności, zaistniała konieczność całościowej analizy postanowień załącznika nr 1 a do SIWZ w kontekście cz. 2 poz. 5 załącznika nr 1 a do SIWZ, w jej wyniku, Izba nie dostrzega podstaw do kwestionowania czynności Zamawiającego w cz. 2 poz. 5. Ocena ofert dokonana przez biegłego powołanego przez Zamawiającego na potrzeby postępowania koreluje z przedstawionym powyżej stanowiskiem Izby i ma odzwierciedlenie w informacji z 24.03.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 270,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący :**

.....