Sygn. akt: KIO 902/14

WYROK
z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014r. przez **odwołującego:** Beryl Med. Limited 1 ST Floor, 26 Fouberts Place, Londyn, Anglia, W1F 7PP w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi ul. Sporna 36/50; 91-738 Łódź

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Covidien Polska Sp. z o.o. Aleje Jerozolimskie 162; 02-342 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uniewa nienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowny wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do udowodnienia równowa ności zaoferowanych wyrobów medycznych w pakiecie nr 1 z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. kosztami postępowania obcią a Covidien Polska Sp. z o.o. Aleje Jerozolimskie 162; 02-342 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Beryl Med. Limited

---

1ST Floor, 26 Fouberts Place, Londyn, Anglia, W1F 7PP tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Covidien Polska Sp. z o.o. Aleje Jerozolimskie 162; 02-342 Warszawa kwotę 18.600 **zł** 00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Beryl Med. Limited 1 ST Floor, 26 Fouberts Place, Londyn, Anglia, W1F 7PP stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. Nr 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

W dniu 5 maja 2014r. zostało zło one odwołanie przez wykonawcę Beryl Med Limited z siedzibą 1ST Floor, 26 Fouberts Place, Londyn, Anglia, W1F 7PP zwanym dalej „odwołującym”.

Odwołanie zostało zło one w postępowaniu powadzonym przez SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi ul. Sporna 36/50 91-738 Łódź zwany dalej “zamawiającym”.

Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę staplerów chirurgicznych dla SP ZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Łodzi;

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2013/S 230-399107 w dniu 27 listopada 2013r.

Sprawie zamawiający nadal numer wewnętrzny: ZP 53/13;

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759) zwanej dalej „ustawy pzp”. Odwołanie zło ono od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego w zakresie Pakietów nr 1 i 2 oraz zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności do których był on zobowiązany na podstawie ustawy pzp.

Odwołujący wnosi odwołanie na podstawie art. 179 ust. 1 p.z.p. i jednocześnie oświadcza, i jest wykonawcą, który ma interes w zło eniu odwołania, gdy kwestionowane przez odwołującego czynności podjęte przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy pozbawiają odwołującego szans na udzielenie zamówienia i jego wykonanie w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w którym odwołujący zło ył i popierał swoją ofertę, powodując

---

tym samym uszczerbek w jego interesie. Potwierdzenie się podniesionych zarzutów oznaczałoby dla odwołującego mo liwość uzyskania zamówienia, jako oferty odpowiadającej wymaganiom SIWZ będącej jednocześnie ofertą najkorzystniejszą zło oną w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucił między innymi:
1.naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 kt 2 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez stosowanie odmiennych kryteriów badania i oceny ofert w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w sposób uniemo liwiający prawidłową ich ocenę w oparciu o obiektywne kryteria zawarte w SIWZ, nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu nr 1 oraz udzielenie zamówienia wy ej oznaczonemu wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy w zakresie Pakietu nr 1; naruszenie art. 91 p.z.p. poprzez wadliwe wykonanie procesu badania i oceny ofert poprzez przyjęcie, e oferta Odwołującego nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ. Zarzuca równie obrazę art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy;
naruszenie art. 89 ust, 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 91 p.z.p. poprzez błędną subsumpcję stanu faktycznego pod stan prawny skutkującą niewłaściwym zastosowaniem przepisu, oraz odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), pomimo nie zaistnienia w stanie faktycznym ku temu przesłanek, gdy przedmiotowa niezgodność z SIWZ nie miała miejsca, w szczególności poprzez:
nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty odwołującego i w konsekwencji przyjęcie, i oferta zło ona przez odwołującego nie spełnia wymagań stawianych SIWZ; zaniechanie wezwania odwołującego do zło enia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w postępowaniu wobec powzięcia wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu; naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty zło onej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo e oferta odwołującego jako zgodna z SIWZ jest najkorzystniejszą ofertą zło oną w zakresie Pakietów 1 i nie podlega odrzuceniu;
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości, względnie w części zasługującej na uwzględnienie, oraz nakazanie zamawiającemu:

uniewa nienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietów nr 1;
uniewa nienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietów nr 1 i jej przywrócenie do postępowania; powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty odwołującego w zakresie Pakietów nr 1 jako najkorzystniejszej;
Względnie, z daleko idącej ostro ności procesowej nakazanie zamawiającemu: wezwania odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 do zło enia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów co do oferty zło onej w zakresie Pakietu nr 1;
Ponadto odwołujący wnosi o: zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, według spisu kosztów, który zostanie przedło ony na rozprawie; 3. przeprowadzenie dowodów z: dokumentów: SIWZ, znajdujących się w dokumentacji akt postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 51/14 na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego w postępowaniu, na okoliczności: wniesienia odwołania, zarzutów odwołania, twierdzeń, argumentacji i stanowiska podnoszonych przez odwołującego, uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, w szczególności dopuszczenia zaoferowania przez odwołującego wyrobów równowa nych, wymagań technicznych (opis przedmiotu zamówienia) stawianych przez zamawiającego, podjęcia czynności objętych niniejszym odwołaniem w sposób naruszający zarzuty uwzględnionego odwołania; dokumentów potwierdzających spełnianie przez wyroby zaoferowane przez odwołującego wymagań SIWZ które zostaną zło one na rozprawie, których to odwołujący z przyczyn obiektywnych nie był w stanie uzyskać w dacie wniesienia odwołania, a których to uzyskanie stało się konieczne wobec podjęcia przez zamawiającego czynności objętych zarzutami niniejszego odwołania i wniesieniem niniejszego odwołania, na okoliczności: braku podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, spełniania przez zaoferowane przez odwołującego wyroby wymagań stawianych SIWZ; dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam e podniesione.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację.
Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdy w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania przetargowego z naruszeniem przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mo e ponieść szkodę. W przypadku w którym zamawiający działałby zgodnie z przepisami p.z.p., nie wybrałby w zakresie pakietów nr 1 i 2 - jako oferty najkorzystniejszej - wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, lecz dokonałby wyboru oferty odwołującego - w zakresie Pakietu nr 1 - jako wykonawcy, który zło ył oferty najkorzystniejsze.
Odwołujący, z powołanych przez zamawiającego uzasadnienia oraz wskazaną podstawą faktyczną i prawną w/w czynności, wywodzi, i nie zachodzą w sprawie adne podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z wymogami stawianymi w SIWZ.

Pismem datowanym na dzień 25 kwietnia 2014r. doręczonym odwołującemu tego samego dnia przekazem faksowym, Zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, w tym o wyborze w zakresie Pakietów nr 1 i 2 oferty Wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odrzucił ofertę jako niezgodną z SIWZ . Na dowód przywołał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.
W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający podniósł, i :1. wyrób zaoferowany w poz. 2 posiada parametry niezgodne z SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj:-wymóg wykonania zszywek w technologii 3-D lub DST przy zaoferowanej Staple Formation System;-długość linii szwu 61mm przy zaoferowanym 60mm;2.wyrób

zaoferowany w poz. 3 posiada zszywki o parametrach niezgodnych z wymaganiami SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj.:-wymóg wykonania zszywek w technologii 3-D lub DST przy zaoferowanej Staple Formation System; -długość linii szwu 81 mm przy zaoferowanym 80mm;3.wyrób zaoferowany w poz. 4 posiada parametry niezgodne z SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj:- wymóg wykonania zszywek w technologii 3-D lub DST przy zaoferowanej Staple Formation System; -długość linii szwu 61mm przy zaoferowanym 60mm;4.wyrób zaoferowany w poz. 5 posiada parametry niezgodne z SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj.:-wymóg wykonania zszywek w technologii 3-D lub DST przy zaoferowanej Staple Formation System;-długość linii szwu 81mm przy zaoferowanym 80mm; 5wyrób zaoferowany w poz. 6 posiada parametry niezgodne z SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj. -zaoferowany zestaw zawiera elementy dodatkowe nie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ;
Odwołujący uzasadniając zarzuty przedstawił następującą argumentację.
Zamawiający pierwotnie wymagał, aby zszywki zaoferowanych staplerów liniowych wykonane były w technologii przestrzennej 3 D, zaś na etapie ponownego udzielania wyjaśnień - na skutek wniesienia przez odwołującego środka ochrony prawnej - dopuścił równie technologię DST oraz wyrób wedle specyfikacji technicznej wskazanej przez odwołującego. Jako dowód przywołał :wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedzi zamawiającego znajdujące się w dokumentacji postępowania.
Zamawiający, stawiając wymóg pochodzenia towarów objętych postępowaniem od jednego producenta, stawiając wymóg wykonania zszywek (Ładunków) do staplerów chirurgicznych stanowiących wyrób medyczny w technologii w której wa ną ofertę mo e zło yć jedynie określony podmiot na rynku, nie pozostającej w związku z przedmiotem zamówienia oraz dokonując podziału zamówienia w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, naruszył przepisy p.z.p., wobec czego

---

odwołujący wniósł odwołanie. Jako dowód przywołał wniesione odwołanie . Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.
W wyniku przywrócenia przez zamawiającego SIWZ do pierwotnego brzmienia i powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na wniosek odwołującego o wyjaśniania i zmianę treści SIWZ, zamawiający stwierdził:
„Zamawiający dopuszcza parametr (stosownie do poszczególnej pozycji : produkt - przyp. wł) opisany w zapytaniu "dowód: odpowiedzi udzielone przez zamawiającego w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnieni i zmianę treści SIWZ;
Wykładnia oświadczenia woli zamawiającego nie budzi adnych wątpliwości odwołującego, i dopuścił on - z własnej woli - „produkt opisany w zapytaniu
Przyjęcie przeciwnie prowadziłoby do sprowadzenia czynności uwzględnienia odwołania do czynności pozornej, któremu jako argumentum ad absurdum nale y odrzucić jako wynik błędnej wykładni.
Nale y wskazać, za uchwałą Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwy szego - Izba Cywilna z dn. 29 czerwca 1995r. (sygn. akt III CZP 66/95), i ustalenie znaczenia, sensu oświadczenia woli w drodze wykładni grupuje się wokół dwóch respektowanych przez prawo cywilne wartości. Są nimi z jednej strony wola (intencja) osoby dokonującej czynności prawnej, z drugiej natomiast - zaufanie, jakie budzi zło one oświadczenie woli u innych osób. Sąd Najwy szy dalej zwa ył co następuje: Na tle art. 65 kc nale y przyjąć kombinowaną metodę wykładni opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. Stanowisko takie zajmuje te nauka prawa cywilnego. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, e uznaje się za wią ący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron. Podstawę prawną do stosowania w tym wypadku wykładni subiektywnej stanowi przepis art. 65 § 2 kc, który choć mowa w nim o umowach, odnosi się w istocie do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie, je eli oka e się, e strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien. Za wią ące

uznać trzeba w tej fazie takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z nale ytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przewa a tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad wolą, a ściśle nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wolą

zrozumiane przez odbiorcę. Wykładnia obiektywna sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym i pewności obrotu prawnego.
Zgodnie z kombinowaną metodą wykładni priorytetową regułą interpretacyjną oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom stanowi rzeczywista wola stron. Zastosowanie tej reguły wymaga wyjaśnienia jak strony rzeczywiście zrozumiały zło one oświadczenie woli, w szczególności jaki sens łączyły z u ytym w oświadczeniu woli zwrotem czy wyra eniem. W razie ustalenia, e były to te same treści myślowe, pojmowany zgodnie sens oświadczenia woli trzeba uznać za wią ący.
Je eli chodzi o oświadczenie woli ujęte w formie pisemnej, czyli nara one w dokumencie, to sens tych oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W procesie jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyra eń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym tak e związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają równie okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało zło one, o ile dokument obejmuje takie informacje, a tak e cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień. Tekst dokumentu nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli składanych indywidualnie oznaczonym osobom. Pomimo ograniczeń dowodowych, które znalazły wyraz w treści art.247 kpc, dopuszczalny jest dowód ze świadków lub z przesłuchania stron, je eli jest to potrzebne do wykładni niejasnych oświadczeń woli stron zawartych w dokumencie. W takim wypadku bowiem wspomniane dowody nie są skierowane przeciw osnowie dokumentu, a jedynie posłu yć mają jej ustaleniu w drodze wykładni (por. orzeczenie Sądu Najwy szego z dnia 18 września 1951 r. C. 112/51 Zbiór Orzeczeń SN 1952/111 poz. 70 oraz wyroku z dnia 4 lipca 1975 r. 111 CRN 160/75 OSPiKA 1977/1 poz. 6). W procesie wykładni zawartych w dokumencie oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom dopuszczalne jest zatem sięgnięcie do takich okoliczności towarzyszących zło eniu oświadczenia woli, które mogą być stwierdzone za pomocą poza dokumentowych środków dowodowych. Interpretacja oświadczenia woli w takim wypadku przebiega według ogólnych zasad kombinowanej metody wykładni. Wią ący prawnie sens oświadczenia woli ustala się więc mając w pierwszej kolejności na uwadze rzeczywistą wolę stron, a dopiero gdy nie da się jej ustalić, sens ten ustala się na podstawie przypisania normatywnego.
Zało enie przeciwne, tj. przyjęcie, i odwołujący świadom wady oświadczenia woli jaką dotknięte byłoby wnoszenie o dopuszczenie - jako rozwiązania równowa nego - produktu z pominięciem parametru, który uniemo liwiał jego wcześniejsze zaoferowanie, nie daje się pogodzić z regułami logicznego rozumowania i wynik takiej wykładni, jako prowadzący do absurdu (argumentum ad absurdum), nie mo e zostać przyjęty za logiczny. Gdyby bowiem

odwołujący nie miał woli utrzymania się (pozostania) w postępowaniu to zwyczajnie takiego oświadczenia by nie składał. Skoro jednak e uczynił przeciwnie, to uczynił to w celu wywołania określonych skutków prawnych.
Za poprawnością i spójnością takiego rozumowania przemawia pogląd wyra ony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia w przyjęte w wyroku z dnia 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1144/11): „(...) oświadczenia nie są składane w pró ni, lecz mają na celu utrzymanie statusu wykonawcy w postępowaniu warunkującego mo liwość uzyskania zamówienia." (tak te m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29.10.2009 r., sygn.

akt KIO/UZP1337/09).

Mając na uwadze powy sze, stanowisko zamawiającego jakoby dopuścił w zakresie rozwiązania równowa nego jedynie część parametrów technicznych, w pozostałej zaś części podtrzymał objęte uwzględnionym przez siebie odwołaniem, przy jednoczesnym nie wskazaniu zakresu dopuszczalnego równowa ności ofert, minimalnych parametrów technicznych albo oczekiwań technologicznych, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez zaoferowane towary (wyroby medyczne), jako sprzeczne z regułami logicznego rozumowania oraz pozbawione podstawy prawnej winny zostać odrzucone.
Stanowisko to nie zasługuje równie na uwzględnienie jako stanowiące próbę ominięcia przez zamawiającego systemu prawa zamówień publicznych.
Zamawiający nie dookreślając wymagań dotyczących parametrów, czy wcześniej funkcjonalności wymaganych od towarów nie mo e bowiem ich następnie oceniać, (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09;
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 sierpnia 2009 n sygn. akt: KIO/UZP 984/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 585/09).
W uzasadnieniu zawiadomienia zamawiający odniósł informację zamieszczoną w ulotkach informacyjnych załączonych do oferty odwołującego (str. 27 oferty), tj. „Efektywna długość zespolenia i przecięcia" do wymogu „długości linii szwu".
W SIWZ Zamawiający postawił wymóg aby długość linii szwu dla staplerów wynosiła 61 i 81 mm. Zaoferowane przez odwołującego staplery produkcji firmy Grena w pełni spełniają ten wymóg, jednak zamawiający odrzucił ofertę opierając się na informacji Covidien Polska Sp. z o.o., wskazującą na zapis w katalogu firmy Grena mówiący, e efektywna długość zespolenia wynosi odpowiednio 60 i 80 mm. Tym samym zamawiający podczas oceny ofert dokonał zmiany wymagań postawionych w SIWZ, gdy długość linii szwu i efektywna długość zespolenia to dwa ró ne parametry i zawsze długość linii szwu jest wartością większą od efektywnej długości zespolenia, co jest elementem gwarantującym bezpieczne

---

stosowane staplera. Gdyby obie wartości były identyczne lub efektywna długość zespolenia była większa od długości linii szwu istniałoby zwiększone ryzyko nieszczelności lub braku pełnej hemostazy na dystalnym końcu linii cięcia. W decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego Zamawiający wskazał, i „zgodnie z załączonymi materiałami informacyjnymi, zaoferowane staplery posiadają efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 60 mm/80mm. Taka długość staplera nie została dopuszczona dla produktu o zaoferowanej charakterystyce technicznej."
Taka argumentacja oznacza, e w procesie oceny ofert Zamawiający postawił znak równości między efektywną długością zespolenia a długością linii szwów, podczas gdy w praktyce są to zawsze dwie ró ne wartości, a linia szwu jest zawsze wartością wy szą. Wbrew stanowisku zamawiającego w adnych materiałach firmy Grena nie jest zawarta informacja, e długość linii szwu staplerów z no em wynosi 60 i 80 mm. Te wartości odnoszą się jedynie do efektywnej długości zespolenia i jest to wyraźnie zapisane w materiałach firmy Grena.
Jeśli Zamawiający w SIWZ uznał za parametr wymagany długość linii szwu to niedopuszczalnym jest aby w procesie oceny ofert odwoływać się do tych zapisów katalogu producenta, które odnoszą się do zupełnie innego parametru. Szczególnie mając na uwadze powy sze, stanowisko zamawiającego jakoby dopuścił w zakresie rozwiązania równowa nego jedynie część parametrów technicznych, w pozostałej zaś części podtrzymał objęte uwzględnionym przez siebie odwołaniem, przy jednoczesnym nie wskazaniu zakresu dopuszczalnego równowa ności ofert, minimalnych parametrów technicznych albo oczekiwań technologicznych, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez zaoferowane (wyroby jako z regułami towary medyczne), sprzeczne logicznego rozumowania oraz pozbawione podstawy prawnej winny zostać odrzucone.
Stanowisko to nie zasługuje równie na uwzględnienie jako stanowiące próbę ominięcia przez Zamawiającego systemu prawa zamówień publicznych.
Zamawiający nie dookreślając wymagań dotyczących parametrów, czy wcześniej funkcjonalności wymaganych od towarów nie mo e bowiem ich następnie oceniać, (vide:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09;
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 sierpnia 2009 n sygn. akt: KIO/UZP 984/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 585/09).
Ad 1-4 tiret 2:
W uzasadnieniu zawiadomienia Zamawiający odniósł informację zamieszczoną w ulotkach informacyjnych załączonych do oferty Odwołującego (str. 27 oferty), tj. „Efektywna długość zespolenia i przecięcia" do wymogu „długości linii szwu".

W SIWZ Zamawiający postawił wymóg aby długość linii szwu dla staplerów wynosiła 61 i 81 mm. Zaoferowane przez Odwołującego staplery produkcji firmy Grena w pełni spełniają ten wymóg, jednak Zamawiający odrzucił ofertę opierając się na informacji Covidien Polska Sp. z o.o., wskazującą na zapis w katalogu firmy Grena mówiący, e efektywna długość zespolenia wynosi odpowiednio 60 i 80 mm. Tym samym Zamawiający podczas oceny ofert dokonał zmiany wymagań postawionych w SIWZ, gdy długość linii szwu i efektywna długość zespolenia to dwa ró ne parametry i zawsze długość linii szwu jest wartością większą od efektywnej długości zespolenia, co jest elementem gwarantującym bezpieczne stosowane staplera. Gdyby obie wartości były identyczne lub efektywna długość zespolenia była większa od długości linii szwu istniałoby zwiększone ryzyko nieszczelności lub braku pełnej hemostazy na dystalnym końcu linii cięcia. W decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego Zamawiający wskazał, i „zgodnie z załączonymi materiałami informacyjnymi, zaoferowane staplery posiadają efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 60 mm/80mm. Taka długość staplera nie została dopuszczona dla produktu o zaoferowanej charakterystyce technicznej."
Taka argumentacja oznacza, e w procesie oceny ofert Zamawiający postawił znak równości między efektywną długością zespolenia a długością linii szwów, podczas gdy w praktyce są to zawsze dwie ró ne wartości, a linia szwu jest zawsze wartością wy szą. Wbrew stanowisku Zamawiającego w adnych materiałach firmy Grena nie jest zawarta informacja, e długość linii szwu staplerów z no em wynosi 60 i 80 mm. Te wartości odnoszą się jedynie do efektywnej długości zespolenia i jest to wyraźnie zapisane w materiałach firmy Grena. Jeśli Zamawiający w SIWZ uznał za parametr wymagany długość linii szwu to niedopuszczalnym jest aby w procesie oceny ofert odwoływać się do tych zapisów katalogu producenta, które odnoszą się do zupełnie innego parametru.
Odwołujący podnosi, i wykładania językowa w/w pojęć prowadzi bezsprzecznie do wniosku, i desygnaty tych terminów są ró ne.
Wyroby zaoferowane przez odwołującego spełniają parametr techniczny długości „linii szwu", co zapowiada odwołujący do udowodnienia na rozprawie.

Odwołujący przyznaje, i istotnie ulotki informacyjne nie potwierdzały przedmiotowego parametru, wszak e Zamawiający nie wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia, bądź do zło enia wyjaśnień i przedwcześnie przyjął niezgodność wyrobu z wymaganiami SIWZ. Zarzut niezgodności zaoferowanego towaru z treścią SIWZ stawiany przez zamawiającego wyłącznie na podstawie, i zaoferowany zestaw zawiera elementy nie przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia jest interpretacją zbyt daleko idącą i jako wynik wykładni rozszerzającej - pozbawionej podstawy - winien zostać odrzucony.

Z samego faktu zaoferowania przez odwołującego swego świadczenia w zakresie szerszym, aczkolwiek koherentnym i nie sprzecznym z wymaganiami stawianymi SIWZ, nie mo na wywodzić „niezgodności z treścią SIWZ",
Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia adnej rozbie ności czy niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia.
Prezentowana ocena prowadzi do konstatacji, e zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę

odwołującego jako niezgodną z SIWZ.
Zdaniem odwołującego, zamawiający wyciągnął pochopne i nieadekwatne działania w stosunku do odwołującego. W toku badania i o oceny ofert, dopuszczalnym jest ądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, o ile nie prowadzi to do negocjacji dotyczącej zło onej oferty, uzupełniania jej braków lub zmiany jej treści, czego Zamawiający zaniechał (vide: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 21.09.201Or,, sygn. akt KIO/UZP 1915/10). Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 6.06.2012 r. (sygn. akt KIO 1071/12): „Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stawia adnych ograniczeń i Zamawiający mo e zwrócić się do wykonawcy w przypadku ka dej wątpliwości, którą poweźmie w stosunku do oferty. Tak więc nawet jeśli w ofercie wystąpi „oczywista niezgodność" z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, to zamawiający ma podstawy wyjaśnić swoje wątpliwości co do przyczyn owej rozbie ności."
Zgodnie z art. 7 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o czym wspomniał Sąd Najwy szy w uchwale z dn. 18.09.2002r. (sygn. akt III CZP52/02) - podjętej wprawdzie w odniesieniu do obowiązującej wówczas ustawy o zamówieniach publicznych, ale zachowującej swą aktualność w obowiązującym stanie prawnym. Sąd Najwy szy zwa ył: „{...) z przepisów ustawy wynikają dwie podstawowe zasady p.z.p.: zasada równości (konkurencyjność) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powy szych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny."
W przedmiotowym stanie faktycznym - w ocenie odwołującego - dokonana przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, jako przejaw formalizmu, ra ąco narusza przepisy p.z.p., albowiem gdyby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał interpretacji oświadczenia woli wykonawcy, prawidłowo przeprowadził czynności badania i oceny ofert, oraz zastosował właściwe kryteria i regulacje przy ich ocenie, to w zakresie Pakietów nr 1 oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.
Mając na uwadze powy sze, niniejsze odwołanie jest zasadne i konieczne zatem odwołujący wnosi jak w petitum.

Sygn. akt KIO902/14

Pismem z dnia 7 maja 2014r. wykonawca wybrany zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Przedstawił stanowisko w sprawie. Przede wszystkim wniósł o pominięcie ewentualnie oddalenie „osobowych" wniosków dowodowych odwołującego w zakresie słuchania stron i świadka jako powołanych jedynie dla zwłoki, niespełniających wymogów formalnych, a przede wszystkim niemających dla rozpoznania sprawy jakiegokolwiek znaczenia; pominięcie ewentualnie oddalenie wniosku dowodowego odwołującego odnośnie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania KIO 51/14 jako powołanego jedynie dla zwłoki, niespełniającego wymogów formalnych, a przede wszystkim niemającego dla rozpoznania sprawy jakiegokolwiek znaczenia; obcią enie odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych.
Przystępujący przeczy w całości twierdzeniom zawartym w odwołaniu i podnosi, e zarówno zarzuty sformułowane jak i wnioski odwołującego są całkowicie niezasadne oraz, wbrew obowiązującej na gruncie zamówień publicznych regule rozkładu cię aru dowodu, nie zostały udowodnione.
W jego ocenie zamawiający nie naruszył przepisów ustawy.
W pierwszej kolejności nale y z całą stanowczością podkreślić, e odwołujący zaoferował staplery o parametrach niezgodnych z wymogami SIWZ oraz dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień rozwiązaniami. Zgodnie z tymi wytycznymi zamawiający wymagał bowiem, aby zszywki były wykonane w technologii przestrzennej 3-D (SIWZ, Załącznik Nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia, str. 1 - 2). Na etapie udzielania odpowiedzi zamawiający dopuścił równie obok istniejących zapisów SIWZ zszywki wykonane w technologii DST - zszywki obustronnie spłaszczone na całej długości (pismo z dnia 11.02.2014 r., str. 6 - 10, odpowiedź Zamawiającego na\ pytanie nr 15 - w aktach). Tymczasem zaoferowane przez odwołującego staplery posiadają standardowe zszywki wykonane z drutu o przekroju

okrągłym, które nie są wykonane w adnej z dopuszczonych przez zamawiającego technologii 3-D lub DST. Z załączonej do oferty ulotki informacyjnej (na str. 27 oferty Beryl Med - w aktach) wynika, e zaoferowane staplery posiadają zszywki wykonane w technologii Staple Formation System, która nie została dopuszczona ani w SIWZ, ani na etapie udzielania wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego z pytaniami o dopuszczenie we wskazanej pozycji asortymentowej staplerów o proponowanych przez siebie parametrach (pismo „Zapytania i wnioski do SIWZ" z dnia 9 grudnia 2013 r. - w aktach). W swoich pytaniach nie uwzględniła jednak wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych i otrzymała

---

odpowiedź, e zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie, z jednoczesnym zastrze eniem, e pozostałe parametry SIWZ (o które wykonawca nie zapytał lub celowo pominął je w swoim pytaniu) nie ulegają zmianie.
Ponadto we wskazanej powy ej pozycji zamawiający wymagał staplera o długości linii szwów 61 mm. Zgodnie z załączonymi do oferty odwołującego materiałami informacyjnymi (na str. 27 oferty Beryl Med - w aktach), zaoferowane staplery posiadają efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 60mm. Taka długość staplera nie została przez zamawiającego dopuszczona.
Ponadto we wskazanej kolejnej pozycji zamawiający wymagał ładunku staplera o długości linii szwów 61 mm. Zgodnie z załączonymi do oferty odwołującego materiałami informacyjnymi (na str. 27 oferty Beryl Med - w aktach), zaoferowane ładunki posiadają efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 60mm. Taka długość ładunku nie została przez Zamawiającego dopuszczona.
Równie w zakresie pakietu nr 1, poz. 5 oferta Beryl Med nie jest zgodna z wymogami Zamawiającego. Spółka zaoferowała bowiem ładunki do staplerów liniowych z no em o numerach katalogowych DLCSC-80L oraz DLCSC-80H. Ładunki te posiadają zszywki o parametrach niezgodnych z wymogami SIWZ oraz dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień rozwiązaniami. Zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zszywki były wykonane w technologii przestrzennej 3-D (SIWZ - Załącznik Nr 1 - opis przedmiotu zamówienia, str. 1 - 2). Na etapie udzielania odpowiedzi zamawiający dopuścił równie obok istniejących zapisów SIWZ zszywki wykonane w technologii DST -zszywki obustronnie spłaszczone na całej długości (pismo z dnia 11 lutego 2014 r., str. 6 - 10, odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 15 - w aktach). Zaoferowane zaś przez Beryl Med ładunki posiadają standardowe zszywki wykonane z drutu o przekroju okrągłym, które nie są wykonane w adnej z dopuszczonych technologii 3-D lub DST. Z załączonej do oferty ulotki informacyjnej (na str. 27 oferty wykonawcy Beryl Med - w aktach) wynika, e zaoferowane ładunki posiadają zszywki wykonane w technologii Staple Formation System, która nie została dopuszczona zarówno w SIWZ, jak i na etapie udzielania wyjaśnień.
Wykonawca, firma Beryl Med, zwróciła się do Zamawiającego z pytaniami o dopuszczenie we wskazanej pozycji asortymentowej ładunków o proponowanych przez siebie parametrach (pismo „Zapytania i wnioski do SIWZ" z dnia 9 grudnia 2013 r. - w aktach). W swoich pytaniach nie uwzględniła jednak wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych i otrzymał odpowiedź, e Zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie, z jednoczesnym zastrze eniem, e pozostałe parametry SIWZ (o które wykonawca nie zapytał lub celowo pominął je w swoim pytaniu) nie ulegają zmianie.
Poza tym wykonawca zadając pytanie, pomylił się i zapytał o dopuszczenie ładunków o długości linii szwów 61 mm (zamiast długości 81 mm), które mają być kompatybilne ze

---

staplerem o długości linii szwów 81 mm. Natomiast w ofercie zaproponował rozwiązanie i długość ładunków, o które w ogóle nie pytał.
Ponadto we wskazanej powy ej pozycji zamawiający wymagał ładunku staplera o długości linii szwów 81 mm. Zgodnie z załączonymi do oferty odwołującego materiałami informacyjnymi (na str. 27 oferty odwołującego - w aktach), zaoferowane ładunki posiadają

efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 80mm. Taka długość ładunków nie została przez Zamawiającego dopuszczona.
Kolejna, piąta ju niezgodność oferty odwołującego się z wymogami Zamawiającego sformułowanymi w SIWZ dotyczy asortymentu z pakietu nr 1, poz. 6. Tutaj odwołujący zaoferował zestaw trokarów laparoskopowych o numerze katalogowym DTK510SX4VE. Zgodnie z załączonym katalogiem, zestaw ten składa się z następujących elementów: Po 2 kaniule i po 1 mandrynie 5 i 10mm, reduktor, igła Verresa, ewakuator, 1 zasobnik klipsów 0301-01 ML (wewnętrznie i zewnętrznie ebrowanych), 1 zasobnik klipsów 0301-06ML (wewnętrznie ebrowanych) - str. 29 oferty odwołującego (w aktach).
Z załączonej strony katalogowej wynika, e zestaw zawiera elementy, które nie zostały dopuszczone na adnym etapie udzielania wyjaśnień i modyfikacji. Zamawiający nie przewidział w opisie przedmiotu zamówienia elementów takich jak:
• reduktor,
• ewakuator,
• 2 zasobniki klipsów, w tym klipsy ebrowane wyłącznie wewnętrznie.
Zamawiający we wskazanej pozycji asortymentowej wymagał bowiem następującego zestawu: Sterylnie zapakowany zestaw, jednorazowych instrumentów zawierający: trokar 11/10 mm x 1 szt + uniwersalna kaniula 11/10 mm x 1 szt, trokar 5mm x 1 szt. + uniwersalna kaniula 5mm x 1 szt, igia Verressa x 1 szt, magazynek tytanowych klipsów średnio - du ych, rowkowanych (wenętrznie i zewnętrznie) x 1 szt (SIWZ, Załącznik Nr 1: Opis przedmiotu zamówienia, str. 4). Na etapie udzielania odpowiedzi Zamawiający dopuścił równie następujący zestaw: Jednorazowy zestaw do zabiegów laparoskopowych składający się z trokara o średnicy 11 mm z ostrzem liniowym, bezpieczny + dodatkowa kaniula 11 mm (automatyczna uszczelka 5-11 mm), trokar 5mm z ostrzem liniowym, bezpieczny + dodatkowa kaniula 5mm, ka dy trokar i kaniula posiadają zewnętrzne o ebrowanie oraz 3-stopniowy zawór umo liwiający insuflację, zatrzymanie przepływu gazu oraz desuflację bez odłączania wę yka z C02 + jednorazowa igła Verresa 120mm (pismo z dnia 11 lutego 2014 r., str. 6 -10, odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 15 - w aktach).
Co więcej - lektura katalogu załączonego do oferty w niniejszym postępowaniu skłania do sformułowania pytania: Co tak naprawdę odwołujący oferuje zamawiającemu i co mu dostarczy'?, skoro w postępowaniu przetargowym o nr PN/431/ZP/D/2012 na dostawę staplerow prowadzonym przez SP ZOZ USK im. WAM w Łodzi firma odwołującego równie

---

zaoferowała zestaw laparoskopowy o numerze katalogowym DTK510SX4VE, który zgodnie z opisem zawierał mniejszą ilość narzędzi składających się na zestaw, ni w przedmiotowym postępowaniu. Jako dowód załączono zdjęcie strony katalogowej z oferty firmy odwołującego zło onej w tamtym postępowaniu.
Tymczasem zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. nr 107, poz. 679 z późn. zm.), ka dy produkt medyczny musi posiadać swój indywidualny numer katalogowy umo liwiający identyfikację produktu. Nie ma mo liwości, aby istniały produkty o ró nych parametrach i posiadały ten sam numer katalogowy, jak ma to miejsce w odniesieniu do wyrobów oferowanych na rynku przez odwołującego, w tym w niniejszym postępowaniu. Dlatego zasadne jest zbadanie, czy w sprawie nie mamy do czynienia z próbą wprowadzenia Zamawiającego w błąd celem doprowadzenia do podpisania umowy przetargowej i wymuszenia zamówienia publicznego.
Podkreślić ponadto nale y, e odwołujący, poza wywodami mającymi potwierdzić rzekomą w ocenie przystępującego zgodność zaoferowanego przez odwołującego asortymentu z wymaganiami zamawiającego, nieudolnie wnosi tak e o odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i zarzuca wybór tej e z naruszeniem obowiązujących przepisów (w tym formułując zarzut w zakresie błędu w obliczeniu ceny), nie uzasadniając tego wniosku w aden sposób, pomimo e normy regulujące niniejsze postępowanie formułują taki wymóg.
Tym samym, wobec niezachowania warunków formalnych, przystępujący wnosi o pominiecie twierdzeń Odwołującej się w tym zakresie, nie widząc potrzeby dalszego uzasadnienia swojego stanowiska.
Ponadto podnieść nale y, i skar one w odwołaniu działania zamawiającego nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów równie w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, ni określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta mo e przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak te w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź te usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 grudnia 2009 r, KIO/UZP 1567/09, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2010/1 poz. 5);
Nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku, (dostarczania wyrobów medycznych) muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, je eli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Nie mo na przygotować opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania, ale wyłącznie

---

dla wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby wykonawca wykorzystując procedurę korzystania ze środków ochrony prawnej, dą ył do ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób dogodny wyłącznie dla siebie, to jest mając na uwadze parametry techniczne i u ytkowe, produkowanego bądź dystrybuowanego przez siebie sprzętu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 391/09, Lex Polonica nr 2232661).
Obowiązek przestrzegania na ka dym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi równie realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09).
Zwa yć te nale y, e odwołanie w zakresie pakietu nr 2 powinno być oddalone tak e z uwagi na fakt, i w tym zakresie odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie poniosła i nie mo e ponieść szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, bowiem w tym pakiecie odwołujący nie składał oferty.
Wobec powy szego zamawiający w sposób całkowicie uprawniony i zasadny odrzucił ofertę odwołującego oraz wybrał ofertę przystępującego. Tym samym zarzuty, twierdzenia oraz wnioski odwołującego w aden sposób nie znajdują uzasadnienia merytorycznego. Mając powy sze na względzie odwołanie uznać nale y za pozostające w sprzeczności z przepisami powszechnie obowiązującymi, w tym Prawa zamówień publicznych i całkowicie bezzasadne. Mając na uwadze przytoczoną argumentację, przystępujący wnosi jak we wstępie niniejszego pisma.

Zamawiający pismem z dnia 12.05.2014r. uwzględnił odwołanie w całości.

W terminie ustawowym przystępujący w dniu 15 maja 2014r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zwa ył co następuje

Izba ustaliła

Na rozprawie Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentów wskazanych przez wykonawcę odrzuconego w odwołaniu i z dokumentów przywołanych przez wykonawcę wybranego w przystąpieniu po stronie zamawiającego oraz zgłoszonych na rozprawie.

Zamawiający nie stawił się na rozprawę prawidłowo zawiadomiony o terminie.

Zamawiający w dniu 12.05.2014r. składając do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie uwzględnił w całości odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotową dostawę staplerów chirurgicznych, wnosząc o umorzenie postępowania przez Izbę na posiedzeniu niejawnym.

W związku ze skutecznie wniesionym do Prezesa Izby w dniu 9 maja 2014r. przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę wybranego, wezwano przystępującego do zło enia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W terminie ustawowym przystępujący w dniu 15 maja 2014r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.
W związku z powy szym odpadła podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego.
Izba na rozprawie nie przeprowadziła zawnioskowanych w odwołaniu dowodów z przesłuchania stron oraz wskazanego w odwołaniu świadka z uwagi na to, e wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, odwołujący cofnął te wnioski na rozprawie do protokołu.

W tym stanie rzeczy Izba na rozprawie przeprowadziła następujące dowody i dokonała następujących ustaleń w sprawie jak poni ej.

W dniu 25 kwietnia 2014r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia dokonując wyboru najkorzystniejszych ofert w trzech pakietach (pakiet nr 1, pakiet nr 2 i pakiet nr 3).

Z treści zawiadomienia zamawiającego oraz z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego (Zestawienie ofert), dołączonych do akt sprawy wynika, e odwołujący zło ył oferty w pakiecie nr 1 i nr 3. Przy czym zamawiający ofertę odwołującego odrzucił w pakiecie numer jeden. Zamawiający w tym pakiecie dokonał wyboru oferty przystępującego/wykonawca wybrany.
Zamawiający zawiadamiając odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie powiadomił go o odrzuceniu jego oferty. Powodem odrzucenia oferty było zaoferowanie dostawy materiałów będących przedmiotem zamówienia niezgodnych z wymaganiami SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) i treścią wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego.
Przedmiotem zamówienia jak ju wy ej zaznaczono jest dostawa staplerów chirurgicznych dla zamawiającego.
Zamawiający w zawiadomieniu podał trzy rodzaje niezgodności zaoferowanego towaru to jest staplerów chirurgicznych z treścią SIWZ.
W ocenie zamawiającego niezgodność zaoferowanej dostawy przez odwołującego polegała po pierwsze na tym, e odwołujący zaoferował niewłaściwą technologię wykonania zszywek przedmiotu zamówienia. W SIWZ jest wymóg wykonania zszywek w technologii 3-D a w wyjaśnieniach dopuszczono równie technologię DST. Przy czym odwołujący składając ofertę w załączniku nr 1 Formularz cenowy (opis przedmiotu zamówienia) potwierdził dostawę opisaną w SIWZ to jest tak jak w Załączniku nr 1 do SIWZ. Natomiast zamawiający na podstawie załączonych ulotek informacyjnych do oferty odwołującego stwierdził niezgodność z SIWZ. Bowiem odwołujący zaoferował wykonanie zszywek według technologii Staple Formation System. Czyli nie według technologii przestrzennej 3- D oraz dopuszczonej w wyjaśnieniach technologii DST.
Drugim zarzutem zmawiającego co do niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań SIWZ jest „długość linii szwu". Postanowienia SIWZ w tym zakresie przewidują długość linii szwu na 61 i 81 mmm a odwołujący zaoferował długość linii szwu w formularzu cenowym (zał. nr 1 do SIWZ) zgodnie z SIWZ ale z ulotek informacyjnych wynika, e oferuje odpowiednio „efektywną długość zespolenia i przecięcia" 60 i 80 milimetrów.
Trzeci zarzut zamawiającego to, e wyrób zaoferowany w poz. 6 posiada parametry niezgodne z SIWZ i dopuszczonymi na etapie udzielania wyjaśnień odpowiedziami, tj. - zaoferowany zestaw zawiera elementy dodatkowe nie wymagane przez Zamawiającego w

SIWZ.
Stanowisko zamawiającego zostało zaprezentowane w piśmie z dnia 25 kwietnia 2014r., które to pismo doręczono odwołującemu drogą faksową w tym samym dniu.
Dowód z tego dokumentu został zawnioskowany przez odwołującego, który załączył zawiadomienie do odwołania.

Powy sze ustalenia Izba dokonała na podstawie Zawiadomienia w związku z postanowieniami SIWZ z dnia 22.11.2013r. z uwzględnieniem po modyfikacji w dniu 11.02.2014r. oraz na podstawie oferty odwołującego.

Nale y podkreślić, e w treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 25.04.2014r. przywoływane są „wyjaśnienia do SIWZ" bez podania dat sporządzenia tych wyjaśnień. Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 25.04.2014r. przywołuje jako dopuszczone dwie technologie to jest technologię przestrzenną 3-D (taka technologia widnieje w SIWZ –zał. nr 1 Opis przedmiotu zamówienia i jednocześnie formularz cenowy). Natomiast druga technologia DST, którą przywołuje zamawiający prawdopodobnie wynika z wyjaśnień. Niemniej zamawiający nie wskazuje z których wyjaśnień.
Reasumując zamawiający w zawiadomieniu z dnia 25.04.2014r. stwierdza, e dopuszczonymi technologiami wykonania staplerów liniowych są: technologia DST – zszywki obustronnie spłaszczone na całej długości i zszywki 3-D wykonane w technologii przestrzennej. Powołując się na załączoną do oferty ulotkę informacyjną na stronie 27 oferty odwołującego, zamawiający stwierdza, e zaoferowane staplery posiadają zszywki wykonane w technologii Staple Formation System, która to technologią nie została dopuszczona na etapie wyjaśnień. „Zaoferowane ładunki posiadają standardowe zszywki wykonane z drutu o przekroju okrągłym, które nie są wykonane w adnej z dopuszczonych technologii 3-D lub DST".
Poza tym zamawiający wymagał staplera o długości linii szwów 61 i 81 milimetra. „Zgodnie z załączonymi materiałami informacyjnymi, zaoferowane ładunki do staplerów liniowych no em posiadają efektywną długość zespolenia i przecięcia (linię szwów) o długości 60 milimetrów. Taka długość staplera nie została dopuszczona dla produktu o zaoferowanej charakterystyce technicznej." Podobny zarzut zamawiający ma do długości linii szwu 81 mm, gdzie odwołujący zaoferował 80 milimetrów. Tak zamawiający uzasadnia odrzucenie oferty odwołującego w Zawiadomieniu. Tego samego rodzaju zarzuty do oferty odwołującego, zamawiający formułuje do pozycji 2,3,4 jak i 5 oferty odwołującego.
Z kolei w pozycji 6 zawierającej trokary laparoskopowe zamawiający wskazuje, e oprócz dopuszczonych elementów zawiera oferta elementy, które nie zostały dopuszczone na adnym etapie udzielania wyjaśnień i modyfikacji.
W tej sytuacji zamawiający kwituje „W związku z powy szym oferta odwołującego podlega odrzuceniu z mocy art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp, poniewa jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z załączonych do odwołania pytań oraz odpowiedzi wynika co następuje.

Do odwołania załączono pytania i wnioski do SIWZ z dnia 09.12.2013r. oraz z dnia 08.01.2014r. Załączono odpowiedzi zamawiającego z dnia 02.01.2014r. z wskazaniem na przewodniczący Komisji Przetargowej mgr Pani K…… W…… .

Do odwołania załączone jest równie pismo w sprawie uniewa nienia udzielonych odpowiedzi w dniu 02.01.2014r., które jednocześnie zawiera odpowiedzi na pytania. Dokument ten jest sygnowany przez Przewodnicząca Komisji Przetargowej j.w. ale nie nosi daty naniesionej maszynowo (widnieje data sporządzona odręcznie-11.02.2014 roku).

Izba przeprowadziła na rozprawie wnioskowany przez odwołującego dowód z dokumentacji w sprawie o Sygn. akt KIO 51/14. Odwołanie zostało wniesione w tej sprawie przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie zakończono wydaniem Postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w dniu 21 stycznia 2014r. z powodu uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.. Z uwagi na brak przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego postępowanie umorzono zgodnie z wnioskiem zamawiającego. Odwołanie było wniesione pismem z dnia 13 stycznia 2014r. Wśród zarzutów zawiera naruszenie art.38 pkt 4 i 4a pzp poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania, która to odpowiedź w sposób znaczący (z pominięciem prawem przepisanego trybu) zmienia warunki SIWZ, w szczególności załącznika nr 1, zawierającego opis przedmiotu zamówienia w tym szczegółowe parametry techniczne oraz zmienia warunki udziału w postępowaniu. Zarzucono równie naruszenie art.7 między innymi przez wskazanie nowych warunków udziału oraz dopuszczenie składania ofert równowa nych, które spełnia określona grupa wykonawców, art.7 ust.1 i 3, art.29ust.1-3, art.30 pzpw zw. z art.5 k.c. poprzez dokonanie przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania do treści SIWZ – zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący poprzez wskazanie na jednego producenta.
Przystępujący w aktualnej sprawie w treści przystąpienia przywołał pytania z dnia 9.12.2013r. i udzielone odpowiedzi w dniu 02.01.2014r.
I tak kolejno cytował jak poni ej.
Pytanie 2: Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 4 jednorazowej rączki staplera liniowego z no em wbudowanym w ładunek wraz z ładunkiem (w jednym opakowaniu) przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadający cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 61 mm. Staplery liniowe z no em dostarczane są przez naszą firmę od ponad dwóch lat do Zamawiającego na podstawie umów przetargowych. Obecny kształt opisu przedmiotu

---

zamówienia uniemo liwia nam zło enie wa nej oferty, niepodlegającej odrzuceniu.
Odpowiedź:
Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ.

Pytanie 3:Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 5 jednorazowej rączki staplera liniowego z no em wbudowanym w ładunek wraz z ładunkiem (w jednym opakowaniu) przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadający cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 81 mm. Staplery liniowe z no em dostarczane są przez naszą firmę od ponad dwóch lat do Zamawiającego na podstawie umów przetargowych. Obecny kształt opisu przedmiotu zamówienia uniemo liwia nam zło enie wa nej oferty, niepodlegającej odrzuceniu.
Odpowiedź:
Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ.

Pytanie 5: Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 7 ładunku do staplera liniowego z no em przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadającego cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 61 mm, kompatybilnego ze staplerami z pozycji nr 5 (nó zintegrowany z ładunkiem),
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ.

Przy czym odpowiedzi te zostały uchylone przez zamawiającego a co opisano powy ej. Jednak w kolejnej odpowiedzi je utrzymano je w mocy Powy sze według ustaleń Izby nastąpiło w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie opisanej powy ej o Sygn. akt KIO 51/14 poprzez uwzględnienie odwołania w całości.

Na rozprawie Izba dopuściła dowód z opinii Wojskowej Akademii Technicznej Wydział Nowych Technologii i Chemii Katedra Zaawansowanych Materiałów i Technologii ul. Gen. S. Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa 49 Laboratorium Badań Materiałowych Sprawozdanie

:111/1/LBM/2014 Wykonanie pomiaru długości linii szwu: ładunki do staplerów liniowych z no em na zlecenie MDML Poland Sp. z o.o. ul. Złotej Jesieni 58, 05-410 Jozefów. Badania wykonał dr in . T……. D……. Jednostka badająca posługuje się znakiem certyfikatu

Polskiego Centrum Akredytacji AB 699. Dowód – Opinia w oryginale została zło ona do akt sprawy Izby.
Przedmiotem badania były między innymi ładunki do staplerów liniowych z no em w poz. 4,5,6,7,Producent Grena LTD. Wyniki badań wskazują na: długość linii szwów w ofercie odwołującego 61 i 81 mm. Powy sze wyniki laboratorium potwierdzają długość linii szwu według opisu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający powinien ekspertyzę techniczną uwzględnić przy wyjaśnieniu oferty odwołującego.

Na podstawie dokonanych powy ej ustaleń Izba zwa yła jak poni ej.

Izba zwa yła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący udowodnił naruszenie przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp, który odrzucił jego ofertę jako sprzeczną z treścią SIWZ bez procedury jej wyjaśnienia w trybie art.87 ust.1 ustawy pzp. w związku z art 30 ust.5 ustawy pzp. Pomimo, e ądanie wyjaśnień jest prawem zamawiającego to w przedmiotowej sprawie wykonawca udowodnił, e nie umo liwiono jemu udzielenie wyjaśnień, które umo liwiły by wykazanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ i udzielonymi wyjaśnieniami przez zamawiającego.
Zamawiający w SIWZ to jest w zał. nr1 do SIWZ stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia dokonał opisu parametrów technicznych zamawianych materiałów to jest staplerów chirurgicznych. Wskazał równie na wymaganą technologię ich wykonania poprzez wskazanie jej nazwy (technologię przestrzenną 3-D).
Pomimo, e uwzględnił odwołanie (Sygn. akt KIO 51/14) to w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego przywołuje wyjaśnienia bez wskazania ich daty wymieniając przy tym tylko drugą technologię to jest „DST". Natomiast odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia według trzeciej technologii to jest Staple Formation System. Przy czym pomimo uchylenia odpowiedzi z dnia 02.01.2014r. to funkcjonują wyjaśnienia prawdopodobnie z daty modyfikacji SIWZ to jest 11.02.2014r. (ręczne zaznaczenie terminu). Niemniej winny być one uwzględnione w modyfikacji SIWZ dokonanej w tym samym dniu 11.02.2014r. W wyjaśnieniach z dnia 11.02.2014r. nie wymienia się np technologii DST a mimo to zamawiający uwa a, e jest ona obowiązującą, poniewa pisze o niej w zawiadomieniu o wyborze oferty i odrzuceniu oferty odwołującego w dniu 25.04.2014r. Natomiast w wyjaśnieniach z 11.02.2014r. powielane są pytania i odpowiedzi z dnia 29.11.2013r. (pytania) i z dnia 02.01.2014r. (pytania i odpowiedzi).

W wyjaśnieniach tych zresztą przywołanych w przystąpieniu, zadający pytanie to jest odwołujący oprócz wskazania parametrów przywołuje okoliczność wykonywania dostaw na rzecz zamawiającego. Natomiast odpowiedź zamawiającego jest pozytywna ale jednocześnie „ Zamawiający dopuszcza parametry. niejednoznaczna proponowane Pozostałe parametry zgodne z zapisami w SIWZ nie ulegają zmianie. Interpretując pojęcie „Technologii" mo na przyjąć, e jest te parametrem technicznym. W związku z tym mo na przyjąć, e obowiązuje Technologia przestrzenna 3-D, poniewa na taką wskazuje zmodyfikowana w dniu 11.02.2014r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.
Niemniej wykonawca ma obowiązek wykazania, e oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania zamawiającego, skoro oferuje inną technologię ni wynikającą z SIWZ w szczególności w kontekście udzielonych odpowiedzi czy to 02.01.2014 czy to 11.02.2014..
Powy szy obowiązek wynika z treści ust.5 art.30 ustawy pzp zgodnie z którym :wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równowa ne opisywanym przez zamawiającego, jest

obowiązany wykazać, e oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W myśl art.30 ust.1 ustawy pzp. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych . Z kolei opisując przedmiot zamówienia za pomocą specyfikacji technicznych jest zobowiązany wskazać, e dopuszcza rozwiązania równowa ne opisywanym. W tym stanie rzeczy zamawiający powinien wezwać odwołującego do wykazania równowa ności jego metody Staple Formation System z technologią przestrzenną 3-D jako zasadniczą bo wynikająca wprost z załącznika nr 1 do SIWZ. Powy sze stwierdzenie Izby wynika z faktu, e w zmodyfikowanym SIWZ mówi się o technologii przestrzennej 3-D a mimo to zamawiający dopuszcza (pismo z 25.04.2014) inną technologię „DST".
Natomiast co do pozostałych zarzutów to zamawiający powinien dopuścić do wyjaśnienia czy wskazanie na „efektywną długość linii szwu odpowiednio 60 i 80 mm" jest równoznaczne z „linią szwu odpowiednio 61, 81 mm".
Do powy szych ustaleń mo e posłu yć przedło ona do sprawy ekspertyza techniczna, która została opisana powy ej w ustaleniach Izby.
Z tej ekspertyzy jak opisano powy ej wynika, e „efektywna długość linii szwu 60 i 80 mm" opisana w ulotkach medycznych odwołującego, odpowiada „linii szwu 61 i 81mm" opisanej w zał. Nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia. Bowiem długość linii szwu jest zawsze dłu sza ni efektywna linia szwu. W ocenie Izby takie stwierdzenie odwołującego w odwołaniu wydaje się logiczne. Tym bardziej, e stwierdzenie to jest poparte ekspertyzą techniczną jak powy ej.
Natomiast co do dodatkowego wyposa enia trokary laparoskopowe to sam zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty stwierdza, e zawierają dodatkowe wyposa enie. W

ocenie Izby dodatkowe wyposa enie nie mo e stanowić podstawy do stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Reasumując zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia czy oferta odwołującego jest równowa na w zakresie parametrów określonych w SIWZ (zał. nr 1 Opis przedmiotu zamówienia) jak i udzielonych wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
Do powy szego obliguje go równie dwukrotne uwzględnienie odwołania w całości, które jest wyrazem stanowiska merytorycznego zamawiającego w sprawie. Natomiast stanowisko zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 25.04.2014r. takiego stanowiska nie zawiera a przywołuje tylko formalne postanowienia SIWZ i niedookreślone wyjaśnienia w sprawie.

Na powy sze zwa enie Izby miało wpływ postępowanie w sprawie o Sygn. akt KIO 51/14 w którym odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów SIWZ, znajdujących się w dokumentacji akt postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 51/14 na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego w postępowaniu, na okoliczności: wniesienia odwołania, zarzutów odwołania, twierdzeń, argumentacji i stanowisk podnoszonych przez odwołującego, uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, w szczególności dopuszczenia zaoferowania przez odwołującego wyrobów równowa nych, wymagań technicznych (opis przedmiotu zamówienia) stawianych przez zamawiającego . Zamawiający jak powy ej przedstawiono uwzględnił odwołanie w całości. W wyniku powy szego KIO wydało postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Zamawiający zmodyfikował dnia 11.02.2014r. SIWZ. Niemniej załącznik nr 1 opis przedmiotu zamówienia pozostał bez zmian w zakresie wykonania materiałów w technologii przestrzennej 3-D. Natomiast zamawiający zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty w dniu 25.04.2014r. przywołał oprócz postanowień SIWZ równie wyjaśnienia, bli ej nie precyzując o jakie wyjaśnienia chodzi nie podając np. ich dat i co było ich przedmiotem. Mo na domniemywać, e zamawiający podtrzymuje wszelkie wyjaśnienia jakie udzielił w toku postępowania.
Biorąc pod uwagę wyjaśnienia cytowane w piśmie przystępującego to zestawiając pytanie z odpowiedzią mo na wnosić, e zamawiający udzielając odpowiedzi godzi się co najmniej na materiały takie jakie dotychczas odwołujący dostarcza zamawiającemu w oparciu o przeprowadzone postępowanie przetargowe. W związku z posłu eniem się pojęciem w

piśmie z dnia 25.04.2014r. „i udzielonymi wyjaśnieniami” nale y równie brać pod uwagę cytowane pytania i odpowiedzi przez przystępującego. Tak więc w ramach równowa ności dostaw tę odpowiedź nale y równie uwzględnić rozpatrując czy odwołujący zło ył ofertę zgodną z SIWZ oraz wyjaśnieniami zamawiającego. („Przystępujący w treści przystąpienia

przywołał pytania z dnia 9.12.2013r. i udzielone odpowiedzi w dniu 02.01.2014r. I tak
Pytanie 2: Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 4 jednorazowej rączki staplera liniowego z no em wbudowanym w ładunek wraz z ładunkiem (w jednym opakowaniu) przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadający cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 61 mm. Staplery liniowe z no em dostarczane są przez naszą firmę od ponad dwóch lat do Zamawiającego na podstawie umów przetargowych. Obecny kształt opisu przedmiotu zamówienia uniemo liwia nam zło enie wa nej oferty, niepodlegającej odrzuceniu.
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ.Pytanie 3:Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 5 jednorazowej rączki staplera liniowego z no em wbudowanym w ładunek wraz z ładunkiem (w jednym opakowaniu) przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadający cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 81 mm. Staplery liniowe z no em dostarczane są przez naszą firmę od ponad dwóch lat do Zamawiającego na podstawie umów przetargowych. Obecny kształt opisu przedmiotu zamówienia uniemo liwia nam zło enie wa nej oferty, niepodlegającej odrzuceniu.
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ. Pytanie 5:Wnosimy o dopuszczenie w pozycji nr 7 ładunku do staplera liniowego z no em przeznaczonym do tkanki standardowej (1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (2 mm po zamknięciu) do wyboru przy składaniu zamówienia, posiadającego cztery rzędy tytanowych zszywek, o długości linii szwu 61 mm, kompatybilnego ze staplerami z pozycji nr 5 (nó zintegrowany z ładunkiem),Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu. Pozostałe parametry produktu zgodne z zapisami w SIWZ).
Zamawiający udzielił takich odpowiedzi i to jest bezsporne równie między stronami. Natomiast odpowiedź zamawiającego jest niejednoznaczna. Z jednej strony dopuszcza produkt o parametrach opisanych w zapytaniu, a z drugiej strony zaznacza, e pozostałe parametry zgodne z zapisami SIWZ. W ocenie Izby nie mo na pominąć tej części pytania w kontekście udzielonej odpowiedzi, które to pytanie przywołuje dotychczasową dostawę realizowaną przez odwołującego na rzecz zamawiającego.
Z zadanego pytania mo na wywieść, e odwołujący domaga się umo liwienia dostaw o parametrach jak aktualnie realizowane są dostawy przez niego na rzecz zamawiającego. Udzielona odpowiedź stanowi akceptację dla pytania odwołującego ale wnosi element niejednoznaczności bo zawiera warunek, o „pozostałych parametrach bez zmian”. Dokonując ostatecznej interpretacji udzielonej odpowiedzi Izba wywodzi, e zamawiający co najmniej zgadza się na dostawy materiałów o parametrach jak dotychczas. Innej

interpretacji nie mo na przyjąć, poniewa odpowiedź zamawiającego byłaby wewnętrznie sprzeczna to jest stanowi zgodę na warunki odwołującego ale wymaga pozostałych parametrów jak dotychczas, co mo e powodować niemo ność wykonania odpowiedzi zamawiającego.
W tym zakresie Izba podziela obszerny wywód prawny z przywołanym orzecznictwem Sądu Najwy szego, zawarty w uzasadnieniu odwołania a odnoszący się do sposobu interpretowania oświadczeń i woli stron tzw. wykładni kombinowanej.

Na marginesie sprawy nale y zaznaczyć, e odwołujący na rozprawie przyznał o braku interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie pakietu nr 2, poniewa w tej części zamówienia nie zło ył oferty.

Tym samym podniesione w odwołaniu zarzuty odnoszące się do pakietu nr 2 co do podstaw odrzucenia oferty wybranej w tym pakiecie, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba stwierdza po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp w zakresie Pakietu nr jeden. Zło ona przez niego oferta będzie najkorzystniejszą ofertą, poniewa jedynym kryterium oceny ofert jest cena.
W związku z powy szym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na rzecz odwołującego kwotę 18.600 **zł** 00 **gr** tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: ……