

WYROK
z dnia 17 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Raclawicka 122, 02-634 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**, protestu z dnia 4 maja 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Raclawicka 122, 02-634 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Raclawicka 122, 02-634 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 094 zł 46 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt cztery złote czterdzieści sześć groszy) przez **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Raclawicka 122, 02-634 Warszawa** na rzecz **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Raclawicka 122, 02-634 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup materiałów do kardiologii interwencyjnej”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Viridian Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lutego 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 34-049724). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne, zwany dalej „Zamawiającym”. Postępowanie to Zamawiający podzielił na 20 zadań, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania.

W postępowaniu tym Zamawiający, w dniu 29 kwietnia 2009 r. poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 20, tj. oferty AGA Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „AGA”).

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 4 maja 2009 r.,

doręczonym Zamawiającemu w dniu 5 maja 2009 r., złożył protest, w którym podniósł, że Zamawiający w zakresie wskazanego zadania dokonał wyboru oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia wymagań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W proteście Odwołujący zażądał:

- 1) unieważnienia decyzji Zamawiającego o wyborze wskazanej oferty;
- 2) odrzucenia oferty tej firmy;
- 3) dokonanie ponownej oceny jakościowej w zakresie zadania nr 20;

2

- 4) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 20.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta AGA nie spełnia wymogów SIWZ – Zamawiający bowiem w zakresie zadania nr 20 w opisie przedmiotu zamówienia wskazał na „Zestaw do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej (PFO/ASD), nitynolowy, typu jedno- i dwudyskowego”. Odwołujący wskazał, że jedynymi na rynku okluderami o konstrukcji jedno i dwudyskowej są okludery firmy Occlutech oraz PFM, natomiast firma AGA nie posiada w swojej ofercie okluderów o konstrukcji jednodyskowej, jest producentem wyłącznie dwudyskowych okluderów o konstrukcji nitynolowej i na takie tylko produkty dysponuje certyfikatami dopuszczającymi produkt do obrotu. Informacje te – zdaniem Odwołującego – firma AGA potwierdziła Zamawiającemu w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 r., tj. w wyjaśnieniach treści oferty. Odwołujący powołał się również na informacje producenta AGA, który konstrukcje wszystkich rodzajów produkowanych okluderów określa jako: „Double DISC” (w tłumaczeniu: „dwudyskowy”). Odwołujący podniósł, że w oferowanych przez AGA w tym postępowaniu okluderach część lewoprzedsionkowa i prawoprzedsionkowa składają się z dwóch złożonych ze sobą nitynolowych dysków, pomiędzy którymi znajdują się bardzo cienkie polietylenowe łąty, natomiast oba podwójne dyski połączone są ze sobą w części centralnej nitynolowym spłotem. Tymczasem w przypadku okluderów jednodyskowych część lewoprzedsionkowa składa się z pojedynczego dysku w formie wyplatanej siatki nitynolowej, na którą naszyta jest łąka polietylenowa wspomagająca i przyspieszająca zamknięcie ubytku i przyspieszająca endotelizację okludera.

Odwołujący w proteście wskazał również na celowość zastosowania praktycznego jednodyskowej konstrukcji dysku lewoprzedsionkowego okludera, takie jak: zmniejszenie wagi i objętości zestawu, objętości oraz ilości metalu, zapewnienie szybsze endotelizacji i zmniejszenie ryzyka powikłań zakrzepowo zatorowych, redukcja objętości dysku lewoprzedsionkowego, zwiększenie elastyczności i giętkości okludera.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający zgodnie z pkt 12.3 SIWZ powinien wezwać wykonawców do dostarczenia próbek produktów celem ich przetestowania, szczególnie wówczas, gdy produkt ten nie był wcześniej używany lub gdy zmienił swoje parametry, a w przypadku niedostarczenia próbek do testowania Zamawiający powinien ofertę odrzucić, tymczasem firma AGA nie dostarczyła próbek do testowania, a jej oferta nie została odrzucona. W tym zakresie Odwołujący wskazał również na nierówne traktowanie przez Zamawiającego wykonawców w postępowaniu.

3

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest pismem z dnia 19 maja 2009 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający protest oddalił w całości jako bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że podstawą podniesionego w proteście zarzutu jest kwestia nomenklatury na nazwanie przedmiotu zamówienia, tj. pojęcia okludera jednodyskowego oraz dwudyskowego, używanej z jednej strony przez Odwołującego, z drugiej zaś przez firmę AGA i Zamawiającego. Wedle Odwołującego okluderem jednodyskowym jest okluder, którego „część lewoprzedsionkowa składa się z pojedynczego dysku w formie wyplatanej siatki nitynolowej, na którą naszyta jest łąka polietylenowa”, natomiast w okluderze dwudyskowym: „część lewoprzedsionkowa i prawoprzedsionkowa składają się z dwóch złożonych ze sobą nitynolowych dysków,

poędzy którymi znajdują się bardzo cienkie polietylenowe łaty. Oba podwójne dyski połączone są ze sobą w części centralnej nitynolowym splotem". Odwołujący – zdaniem Zamawiającego – interpretuje cechę jedno lub dwudyskowości okluderów odnosząc ją do budowy pojedynczej, lewoprzedsionkowej części okludera. W konsekwencji oferowany przez Odwołującego okluder, którego część lewoprzedsionkowa skonstruowana jest z dwóch elementów nazwany jest okluderem dwudyskowym, podczas gdy okluder, którego część lewoprzedsionowa skonstruowana jest z pojedynczego elementu nazywany jest okluderem jednodyskowym. W ocenie Zamawiającego przyjęty przez Odwołującego sposób rozumienia obu pojęć jest swoistym nazewnictwem stosowanym wyłącznie przez Odwołującego dla poszczególnych oferowanych przez niego produktów. Nazewnictwo to różni się w sposób zasadniczy od nazewnictwa wykorzystywanego powszechnie w naukach medycznych, a co za tym idzie nie jest zgodne z rozumieniem tych terminów przyjętym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał, co rozumie przez pojęcie zestawy dwudyskowe. W jego ocenie należy przez to pojęcie rozumieć okludery PFO/ASD o budowie podwójnego dysku, tzn. złożone z dysku lewoprzedsionowego, elementu łączącego oraz dysku prawoprzedsionowego. W takim rozumieniu cecha jedno bądź dwudyskowości nie odnosi się do budowy pojedynczej części okludera lecz do budowy całego urządzenia jako takiego. Przy takim rozumieniu pojęcia okluderem jednodyskowym jest okluder o konstrukcji złożonej z części zabudowanej z pojedynczego dysku oraz elementu mocującego o kształcie stożka, walca lub innym. Nie ma znaczenia, że produkt oferowany przez Odwołującego składający się z części lewoprzedsionkowej oraz części prawoprzedsionowej, występuje pod nazwą: „Single Disc Septal Occluder”, jest to bowiem okluder dwudyskowy.

Zamawiający podniósł również, że nazewnictwo przyjęte przez Odwołującego poprzez oznaczenie okludera jako jedno bądź dwudyskowy wyłącznie w oparciu o jeden element nie jest zasadne. Odwołujący bowiem odnosi to nazewnictwo do budowy pojedynczego elementu, a konkretnie elementu lewoprzedsionkowego, a powyższe nie ma żadnego

4

uzasadnienia. Odnoszenie takiej sytuacji do elementu prawoprzedsionkowego dałoby w takiej sytuacji odmienne określenie produktu. W ocenie Zamawiającego brak jest również podstaw do przyjęcia że kwestia ilości dysków konkretnego modelu okludera powinna być w ogóle rozstrzygana w oparciu o liczbę elementów konstrukcyjnych jego lewej, czy prawoprzedsionkowej części.

Przyjęcie proponowanego przez Odwołującego nazewnictwa prowadziłoby również – w ocenie Zamawiającego – do ograniczenia konkurencji w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, bowiem jedynym podmiotem, który byłby w stanie zaoferować w postępowaniu okludery jednodyskowe według nazewnictwa Odwołującego byłby właśnie Odwołujący.

Zamawiający wskazał również na brak aktualnie informacji, które mogłyby wskazywać na choćby niewielką przewagę medyczną okluderów w konstrukcji oferowanej przez Odwołującego.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 29 maja 2009 r. Odwołujący złożył bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu zostały podtrzymane co do zasady te same zarzuty, żądania i argumentacja. Odwołujący wniósł dodatkowo o ewentualne nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz o powołanie biegłego z zakresu kardiologii i kardiochirurgii na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W dodatkowej argumentacji zawartej w odwołaniu Odwołujący powołał się na udzielone przez firmę AGA w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 r. na skutek wezwania Zamawiającego, skierowanego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia, z których wynika, że okludery PFO i ASD będące częścią zestawów do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej zaoferowane w ofercie AGA składają się z dwóch dysków zbudowanych z siatki nitynolowej, wypełnionych materiałem poliestrowym. Odwołujący podkreślił, że pomimo oświadczenia samego wykonawcy AGA, że oferuje wyłączanie okludery dwudyskowe Zamawiający nie odrzucił jego oferty.

Powtórzył również, że firma AGA nie posiada w swojej ofercie okluderów jednodyskowych służących do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej (PFO/ASD). Zdaniem Odwołującego pojęcie jedno lub dwudyskowości odnosi się jedynie do jednej części okludera (prawo lub lewoprzedsionkowej) nie zaś do okludera jako takiego. Odwołujący wskazał również na niekonsekwencję Zamawiającego, który przyjął, że oferta

Odwołującego spełnia wymogi SIWZ, natomiast gdyby uznać twierdzenia Zamawiającego za wiążące nie byłoby w postępowaniu ważnej oferty.

Odwołujący podniósł również, że okludery zgodne z wymogami Zamawiającego oprócz Odwołującego może dostarczyć co najmniej kilku wykonawców, wskazał tu m. in. na: A Care s.r.o. z siedzibą w Czechach, Izara S.A. z siedzibą w Niemczech, Dot Medical Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii.

Odwołujący wskazał również na zmianę wymagań co do przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że żądane zestawy miały służyć do wykonywania konkretnych operacji korygujących konkretne wady serca (PFO/ASD). W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający natomiast podniósł, że przy konstrukcji SIWZ wziął pod uwagę również potencjalną konieczność wykorzystania zamknięcia wrodzonych przecieków (typu przetok tętniczych, określanych jako PDA, co odbywa się z wykorzystaniem okluderów w konstrukcji jednodyskowej. Taka zmiana zapisów SIWZ w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalna, a ponadto Odwołujący wskazał, że jedynym producentem okluderów dwudyskowych służących do zamykania ubytków typu PFO/ASD oraz jednocześnie jednodyskowych okluderów służących do zamykania ubytków typu PDA jest spółka AGA Medical. Przyjęcie takiego rozumienia postanowień SIWZ uzasadniałoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący wnosząc w odwołaniu o powołanie biegłego w związku z wątpliwościami co do rozumienia pojęcia jedno i dwudyskowości okluderów, wskazał na następujące okoliczności:

- jakie jest typowe rozumienie pojęcia jedno i dwudyskowości okluderów w praktyce kardiochirurgicznej;
- jaki charakter mają okludery oferowane przez AGA jak i AGA Medical s.r.o. (jedno, czy dwudyskowy);
- czy oferowane przez AGA okludery spełniają wymagania Zamawiającego wyrażone w SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty AGA, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Została zatem w tym przypadku wypełniona dyspozycja wskazanego przepisu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia zadania nr 20 wskazał na zestaw do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej (PFO/ASD). W załączniku nr 5 do SIWZ, stanowiącym formularz cenowy na zamówienie co do

- zadania nr 20, Zamawiający doprecyzował przedmiot zamówienia we wskazanej części, wskazując: „Zestaw do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej (PFO/ASD), nitynolowy, typu jedno- i dwudyskowego”
- 2) Firma AGA złożyła ofertę na zadanie nr 20 i na str. 19 oferty wypełniła formularz cenowy co do tego zadania. Do oferty zostały również dołączone ulotki producenta oferowanego sprzętu.
- 3) Zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2009 r. (znak: ZP/29/09), działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał firmę AGA do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Zamawiający poprosił o wskazanie, czy w zaproponowanej przez firmę AGA ofercie zestawu do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej (PFO/ASD) są typu jednodyskowego i dwudyskowego zgodnie z zapisami SIWZ.
- 4) AGA pismem z dnia 27 kwietnia 2009 r., skierowanym do Zamawiającego wyjaśniła, że okludery ASD i PFO będące częścią zestawów do zamykania ubytków w przegrodzie międzyprzedsionkowej wskazane w ofercie składają się z dwóch dysków zbudowanych z siatki nitynolowej wypełnione materiałem poliestrowym.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził, że kwestionowana oferta firmy AGA jest zgodna z wymogami SIWZ, zawiera bowiem w swojej treści żądane przez Zamawiającego zarówno okludery jednodyskowe, jak i dwudyskowe. Świadczy o tym wycena żądanych w SIWZ okluderów w załączniku nr 5 do SIWZ wypełnionym przez firmę AGA i dołączonym do oferty (str. 19 oferty). Jednocześnie też firma AGA na str. 24 oferty załączyła wykaz produktów, tj. okluderów Amplatzer, będących w jej ofercie. W treści tego wykazu wskazano na okludery: Amplatzer Duct Occluder 9-PDA-003, 9-PDA-004, 9-PDA-005, 9-PDA-006, 9-PDA-007, 9-PDA-008, 9-PDA-009, które pełnomocnik Zamawiającego posiadający wiedzę specjalistyczną w zakresie kardiologii interwencyjnej – dr nauk medycznych Pan Przemysław W., wskazał jako okludery jednodyskowe, które niestandardowo, niemniej jednak mogą być wykorzystywane do zamykania ubytków typu PFO/ASD. Powyższym ustaleniom Odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył ani też nie podniósł żadnych argumentów mogących świadczyć o tym, że przywołane okludery nie są okluderami jednodyskowymi. Powołanie się na argument, że okludery te wyłącznie niestandardowo mogą być wykorzystywane do usuwania ubytków typu PFO/ASD wskazanych w SIWZ, natomiast standardowo wykorzystywane są do usuwania ubytków typu PDA, co zresztą oświadczył na rozprawie Pan Przemysław W. - pełnomocnik Zamawiającego, skład orzekający uznał za nietrafne. Okoliczność, że oferowane okludery jednodyskowe mogą mieć choćby minimalne zastosowanie do usuwania ubytków typu PFO/ASD potwierdza wypełnienie wymogu SIWZ. W postanowieniach SIWZ bowiem Zamawiający nie określił w żaden sposób, czy okludery jednodyskowe będą stosowane standardowo, czy też niestandardowo przy ubytkach typu PFO/ASD. Istotna pod kątem oceny zgodności treści oferty z SIWZ jest potencjalna możliwość wykorzystania oferowanych przez AGA okluderów do usuwania ubytków, które zostały wymienione w SIWZ. Jeśli Zamawiający będzie owe okludery wykorzystywał w trakcie realizacji umowy do usuwania innych ubytków typu PDA – niewymienionych w SIWZ, gdzie standardowo mogą być używane owe okludery, to jest to odrębna kwestia, która nie podlega ocenie Izby. W jaki sposób Zamawiający będzie wykorzystywał oferowany produkt w trakcie realizacji zamówienia nie może być podstawą oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, skoro SIWZ szczegółowych postanowień w tym przedmiocie nie określa. Pod kątem zgodności oferty z SIWZ we wskazanym zakresie, ocena składu orzekającego Izby jest pozytywna. Tak więc okoliczności, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazywał na możliwość wykorzystania oferowanych przez AGA okluderów jednodyskowych do usuwania ubytków typu PDA, niewskazanych w SIWZ, nie należy tłumaczyć – w ocenie Izby – jako decyzji Zamawiającego o zmianie wymogów SIWZ. Z treści rozstrzygnięcia protestu wynika bowiem, że owe okludery mogą być również wykorzystywane przy usuwaniu ubytków typu PDA, co wskazuje wyłącznie na taką możliwość użycia oferowanego produktu na etapie

realizacji umowy, nie kwestionuje natomiast możliwości ich zastosowania do ubytków określonych w SIWZ.

Podstawą podjętych przez Izbę ustaleń było przyjęcie rozumienia pojęć okludery jedno i dwudyskowe prezentowanego przez Zamawiającego. Przekonujące dla składu orzekającego Izby były argumenty Zamawiającego, że powszechne rozumienie jedno lub dwudyskowości związane jest z budową okludera, a nie z jego nazewnictwem stosowanym przez jednego, czy innego producenta. Nie jest znane powszechnie w medycynie rozumienie tych pojęć stosowane przez Odwołującego. Odwołujący zresztą w tym zakresie nie powołał się choćby na jakieś publikacje, czy opracowania specjalistyczne bądź naukowe.

Za przekonujące skład orzekający Izby uznał uzasadnienie Zamawiającego, że pojęcie dysku w okluderach należy utożsamiać z elementem okludera prawo lub lewo-przedSIONKOWYM. Rozumienie tych pojęć zaprezentowane przez Odwołującego, wskazujące na pojmowanie dysku jako powierzchni stycznej w ramach jednego przedSIONKA pomiędzy przedSIONKIEM (dwa dyski lub jeden dysk przy lewym przedSIONKU) oraz pomiędzy trzpieniem (dwa dyski), jest nieuzasadnione, może wskazywać w takiej sytuacji na wielodyskowość i wprowadza niejednoznaczności w stosowanej terminologii. Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie oraz w treści protestu schematy okluderów nie wskazują na logiczne i poprawne rozumienie pojęcia jedno i dwudyskowości. Rozumienie pojęcia jednodyskowości okludera, zaprezentowane przez Odwołującego, że okluder taki posiada jeden dysk po stronie lewo przedSIONKOWEJ, co uzasadnione jest względami medycznymi, skład orzekający Izby uznał za nadinterpretację wynikającą z faktu oferowania konkretnego produktu przez Odwołującego i stosowanym przez niego nazewnictwem. Powyższe jednak nie uzasadnia przyjęcia tej terminologii powszechnie. Przekonującym natomiast okazały się wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego, że jednodyskowe okludery są to okludery, które mają jedną powierzchnię styczną zbudowaną z dysku i elementu łączącego i odnoszą się do elementu budowy okludera lewo bądź prawo przedSIONKOWEGO.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, dotyczącego złożonych przez firmę AGA w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących oferowanych okluderów, w których to wyjaśnieniach wskazuje się na okludery dwudyskowe, skład orzekający Izby uznał, że owe wyjaśnienia nie mogą deprecjonować oświadczenia woli złożonego w ofercie AGA o oferowaniu okluderów jednodyskowych. Zamawiający nie ma prawa do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli sama treść oferty potwierdza spełnianie wymogów SIWZ. Udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące treści oferty nie muszą wprost potwierdzać ponownie spełnianie wszystkich wymogów SIWZ. Zwrócić bowiem należy uwagę, że z treści udzielonych przez AGA wyjaśnień nie wynika, że nie

oferuje on okludery jednodyskowych. AGA odnosi się w tych wyjaśnieniach wyłącznie do okluderów dwudyskowych, nie wypowiadając się w ogóle co do okluderów jednodyskowych, które – jak zostało potwierdzone – zostały wskazane w samej treści oferty. Tak więc Zamawiający przy ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie może pomijać treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający miał prawo skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli miał na pewnym etapie postępowania wątpliwości co do spełniania wymogów SIWZ, co nie świadczy jeszcze o niezgodności oferty wykonawcy z SIWZ. Jeśli natomiast te wątpliwości, co do treści oferty zostały następnie rozwiane przez osobę po stronie Zamawiającego, posiadającą wiedzę fachową co do przedmiotu zamówienia, to samo skierowanie wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego nie może świadczyć o niezgodności oferty AGA z treścią SIWZ.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszeń przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie odniósł się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty AGA z powodu nie dostarczenia Zamawiającemu przez tę firmę próbek produktów, wobec

wycofania się z tego zarzutu przez Odwołującego w trakcie rozprawy.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 i ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Skład orzekający Izby uznał w tym zakresie za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

10

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

11