

Sygn. akt: KIO/UZP 1125/09

WYROK
z dnia 18 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Barbara Bettman

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Aesculap Chifa" Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02-781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5** protestu z dnia 23 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża "Aesculap Chifa" Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **"Aesculap Chifa" Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Aesculap Chifa" Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14.**

U z a s a d n i e n i e

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 maja 2009r. pod nr 2009/S 103 -148398.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę kaniul dożylnych posiadających zabezpieczenie przed przypadkowym zakłuciem, koreczków i mandrynow do ww kaniul, znak PN-75/2009.

Zamówienie prowadzi Centrum Onkologii -Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Ul. W. K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie wniósł Aesculap Chifa Sp. z o.o. ul. Tysiąclecia 14; 64-300 Nowy Tomyśl zwany dalej „Odwołującym”.

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest Skamex Sp z o.o. s.k. ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź zwanej dalej „Skamex”.

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 03.08.2009r. na podstawie art.184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP” w związku oddaleniem w całości protestu Odwołującego, wniesionego na czynności Zamawiającego, polegające na:

1. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty spółki Skamex w zakresie pakietu 1 na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
2. nierównym traktowaniu wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz nie zachowaniu uczciwej konkurencji co powoduje naruszenie art. 7 ustawy PZP.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie podniesionych zarzutów.

Odwołujący przywołał załącznik nr 1 do SIWZ, dla pakietu 1, w którym Zamawiający wymagał podania nazwy producenta i numerów katalogowych wyrobów oferowanych.

Zgodnie z treścią oferty złożonej przez Skamex, Wykonawca ten w zakresie pakietu 1 w pozycji 1 zaoferował kaniule firmy Becton Dickinson, ale podał numer katalogowy wyłącznie dla kaniuli w rozmiarze 24G (383601). Dla kaniul w rozmiarze 22G; 20G; 18G; 17G; 16G wpisany został niekompletny numer katalogowy (3932**). Analogiczna sytuacja występuje w zakresie poz. 3 w/w pakietu. Dla mandrynów 22G i 18G wpisana została nazwa producenta i jeden, niekompletny numer katalogowy (39425*).

Powyższe powoduje, iż złożona przez tego Wykonawcę oferta nie odpowiada treści SIWZ.

W ofercie producenta zaoferowanych przez Skamex kaniul, tj. w ofercie producenta Becton Dickinson, nie istnieją numery katalogowe, które zostały podane w ofercie przetargowej przez firmę Skamex. Jak podaje w przystąpieniu do protestu Skamex w jej ofercie zastosowano schemat wpisując w poz. 1 pakietu nr 1 numer katalogowy 3932** gdzie gwiazdki kodują rozmiar kaniuli bądź mandrynu. Istotne jest to, iż Zamawiający wymagał w tej pozycji kaniul w rozmiarach: 22G, 20G, 18G, 17G, 16G (dla rozmiaru 24G podano cały numer katalogowy-383601), a producent Becton Dickinson posiada w swojej ofercie dwa rodzaje kaniul, dla których pierwsze cztery cyfry są takie same, natomiast dwie ostatnie przyporządkowane są do określonego rodzaju i rozmiaru kaniul. Są to kaniule Venflon PRO i Venflon Safety.

Z zastosowanego przez Skamex "schematu" nie wynika w żaden sposób, czy oferta dotyczy kaniul Venflon PRO czy kaniul Venflon Safety, ponieważ obydwa rodzaje kaniul mają

identyczne cztery pierwsze cyfry numeru katalogowego, jak również obydwa rodzaje występują w rozmiarach 22G, 20G, 18G, 17G, 16G.

W opinii Odwołującego podanie niekompletnych i nieprawidłowych numerów katalogowych nie tylko uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie rzetelnej oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, ale również wyklucza możliwość przeprowadzenia oceny w kryterium jakości zaoferowanych w postępowaniu wyrobów.

W niniejszym postępowaniu zaoferowane produkty miały podlegać ocenie jakościowej w oparciu o testowanie dostarczonych próbek zaoferowanego towaru.

Z powodu niekompletnych numerów katalogowych w formularzu cenowym Firmy Skamex Zamawiający nie może stwierdzić, że do oceny w kryterium jakości próbki są próbkami zaoferowanymi w postępowaniu wyrobów.

Uchybienia w ofercie wykonawcy Skamex kwalifikują ją do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, bowiem w zaistniałej sytuacji prowadzenie jakichkolwiek negocjacji Zamawiającego z wykonawcą prowadzące do zmiany treści złożonej w postępowaniu oferty w myśl art. 87 ust. 1 ustawy PZP jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty Skamex w zakresie pakietu 1;
2. odrzucenie oferty Skamex w zakresie pakietu 1 na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. dokonanie czynności zaniechanych, przeprowadzonych wadliwie, a w szczególności ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem – pismo z dn. 23.07.2009r.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przywołał pogląd doktryny zgodnie z którą "Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmiennosc ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji zamówienia. Może pojawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, w zakresie elementów składających się na treść oferty, odnoszących się do jej aspektów formalnych i materialnych. Oznacza to, że należy badać znaczenie poszczególnych sformułowań oferty by ustalić, czy zobowiązania, które przyjmuje na siebie wykonawca są tożsame z tymi, które są określone

w SIWZ” (por.: Dariusz Koba, Zamówienie na dostawy i usługi Poradnik, Wyd. UZP Warszawa 2004, s.123).

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo Zespołów Arbitrów. W wyroku ZA z dnia 21 stycznia 2005r., Sygn. akt UZP/ZO/O-54/05 uznano, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy 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. Nie ulega wątpliwości, że "nieodpowiedniość" treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem złożoną ofertę wykraczającą poza zakres przedmiotu zamówienia, na etapie badania i oceny złożonych ofert należy odrzucić.

Bezspornym jest więc, iż oferta nie spełniająca nakazu wynikającego z art. 82 ust. 3 ustawy PZP, powinna podlegać odrzuceniu na mocy art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy PZP, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie powyższej czynności przez Zamawiającego powoduje nie tylko naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP lecz również stanowi naruszenie art. 7 w/w ustawy. Art. 7 ustawy PZP, zobowiązuje Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkie podmioty ubiegające się i biorące udział w postępowaniu oraz do stosowania przy wyborze oferty wyłącznie zasad i kryteriów określonych w SIWZ. Zgodnie z tymi zapisami Zamawiający nie może w żaden sposób dyskryminować podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie może stosować innych kryteriów przedmiotowych niż te, które zostały zawarte odpowiednio w ogłoszeniu i SIWZ (wyrok ZA z dn. 6 lipca 2005r. Sygn. UZP/ZO/O - 1617/05).

Udzielenie zamówienia, czyli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego może mieć miejsce wyłącznie po wybraniu wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. Oczywiście komentowany przepis nakazuje udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany po prawidłowym zastosowaniu przepisów tej ustawy. Umowa zawarta bez zachowania tego wymogu jest umową nieważną. W zaistniałej sytuacji Zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań, aby przedmiot zamówienia, który chce zakupić w pełni odpowiadał jego potrzebom oraz aby nie zaszły przesłanki skutkujące nieważnością umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania w myśl art. 144 ust. 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. SIWZ w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest po to, by zamawiający otrzymał w wyniku zamówienia dobra lub usługi, które odpowiadać będą ściśle

jego potrzebom. SIWZ ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, że otrzyma towar, który odpowiada przedmiotowi zamówienia (por. wyrok ZA z dn. 28 stycznia 2005 r. Sygn. UZP/ZO/O -121/05).

W tym stanie rzeczy protest i odwołanie Odwołujący uważa za zasadny.

W dniu 24.07.2009r. dokonano rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie, gdyż zarzuty Zamawiający uznał za nie zasługujące na uwzględnienie.

Zdaniem Zamawiającego oferta Skamex zawiera wszystkie istotne elementy wymagane w dokumentacji zamówienia, w tym również w zakresie numerów katalogowych, które w całości zostały podane w załączniku 1 A do oferty Skamex.

W Rozdziale IX SIWZ pkt 4 b) i 5d) Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ oczekiwał przedłożenia: pkt 4b) "Próbki oferowanych artykułów do każdej pozycji w ilości 10 szt. każdego rozmiaru" i pkt 5d) "Wykaz załączonych do oferty próbek - wypełniony załącznik nr 1 A do SIWZ".

Tak sformułowany warunek w ocenie Zamawiającego jest jednoznaczny i zobowiązuje wykonawcę do przedłożenia próbek zgodnych z ofertą.

Dalej Zamawiający stwierdza że, jeżeli spełnienie określonego wymogu SIWZ nie wynika wprost z określonego miejsca oferty (brak pełnego wpisu w załączniku nr 1), a potwierdzenie spełniania tego wymogu znajduje się w innym miejscu oferty (załącznik 1A), brak jest podstaw do uznania, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Sytuacja ta nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, gdyż dotyczy jej formy a nie treści.

Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza aktualne orzecznictwo KIO -vide wyrok jak niżej: Sygn. akt; KIO/UZP 147/08, KIO/UZP 148/08, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2008 r. (...) w złożonej ofercie, w załączniku nr 2 pkt VI lp. 1 brak jest potwierdzenia, poprzez wpisanie wyrazu "TAK", spełnienia warunku dotyczącego pełnej automatyzacji procesu. Fakt spełnienia tego wymogu wynika jednak z zawartego na stronie 88 oferty (...) Sp. z o.o. opisu urządzenia. W świetle tego opisu, zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenie jest automatycznym analizatorem koagulologicznym przeznaczonym do diagnostyki koagulologicznej w laboratoriach medycznych. Przy ocenie ofert Zamawiający powinien bowiem wziąć pod uwagę całość oferty. Jeżeli spełnienie określonego wymogu SIWZ nie wynika wprost z określonego miejsca oferty (brak wpisu w załączniku nr 2), a potwierdzenie spełniania tego wymogu znajduje się w innym miejscu oferty, brak jest podstaw do uznania, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ".

Pismem z dnia 14.09. 2009 r. do postępowania odwoławczego przystąpił Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka

komandytowa z siedzibą w Łodzi ul. Częstochowska 38/52 ,93 -121 Łódź (Skamex).

Przystępujący podniósł, iż chybiony jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie pakietu nr 1, gdyż rzekomo jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Oferta Przystępującego zawierała wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy, również w zakresie numerów katalogowych wyrobów zaoferowanych w pakiecie nr 1.

Z uwagi na to, iż przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie definiują pojęcia "oferty" to w związku z odesłaniem z art. 14 ustawy PZP w tym zakresie należy stosować przepisy Kodeksu Cywilnego, w szczególności art. 66 § 1 kc., a zgodnie z nim ofertę będzie stanowić całość oświadczenia złożonego przez stronę.

Treść oferty musi wprawdzie odpowiadać treści SIWZ, ale oznacza to tylko tyle, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Z przepisów ustawy PZP wynika więc brak obowiązku wykonawców w zakresie stosowania określonych przez zamawiającego formularzy, szczególnego sposobu formatowania oferty czy innych wymogów niezwiązanych z treścią propozycji oczekiwanej przez zamawiającego. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców. Co zostało potwierdzone przez liczne orzeczenia Zespołu Arbitrów, przykładowo w poniższym wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 14 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-375/06 "Niezgodność formy oferty z narzuconym przez Zamawiającego wzorem, układem nie powoduje niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, byleby oświadczenia składane w ofercie zawierały wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje i zobowiązania".

Skoro w niniejszej sprawie Skamex złożył ofertę, której część składową stanowiły określone przez Zamawiającego formularze (załącznik nr 1 i 1A), zatem przy dokonywaniu oceny zgodności treści oferty ze SIWZ należało brać pod uwagę obydwie załączniki, a nie tylko jeden z jej załączników.

W rozdziale IX pkt 4b) i 5d) SIWZ Zamawiający wymagał celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, przedłożenia próbek oferowanych artykułów wraz z wykazem próbek, co miało stanowić załącznik nr 1A do oferty. Tak sformułowany warunek zobowiązywał wykonawcę do przedłożenia próbek zgodnych z jego ofertą, co firma Skamex w pełni je spełniła.

Zgodnie z powyższym wymogiem Zamawiającego, Przystępujący w załączniku nr 1A podał pełne numery katalogowe zaoferowanego asortymentu w pełni identyfikujące zaoferowane kaniule i mandryny zgodne z dołączonymi próbkami.

Mając na względzie, iż ofertę złożoną przez wykonawcę należy traktować jako całość i uwzględnić wszystkie zawarte w niej oświadczenia, bez względu na formę ich złożenia, Zamawiający prawidłowo nie dokonał odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż z uwagi na treść załącznika nr 1A stanowiącego integralną część oferty Przystępującego, oferta ta była zgodna ze SIWZ pod względem merytorycznym, a zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP uznać należy za całkowicie chybiony.

Przy uwzględnieniu całej treści oferty Przystępującego, Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, co do tego jakich kaniul dotyczy oferta Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający mógł dokonać rzetelnej oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, jak i dokonać oceny w kryterium jakości zaoferowanych wyrobów.

Z uwagi na powyższe częściowe zakodowanie przez Przystępującego w załączniku nr 1 numerów katalogowych zaoferowanego wyrobu mogłoby być co najwyżej traktowane jako brak formalny oferty Przystępującego, który jednakże nie mógłby stanowić podstawy do jej odrzucenia.

Pełne numery katalogowe zostały wskazane przez samego Przystępującego w załączniku nr 1A składającego się na treść oferty.

W powyższym stanie rzeczy Przystępujący Skamex, którego oferta została wybrana wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ jego oferta w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego Skamex byłaby tylko jedną pozostałą ważną ofertą w postępowaniu. W związku z tym podnoszone przez Odwołującego naruszenie art.89 ust.1 ustawy PZP przez Zamawiającego powodować może uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego przez nie uzyskanie zamówienia, co wypełnia przesłanki ustawowe art.179 ust.1 PZP.

Skład orzekający Izby ustalił

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zgłosił jeden zarzut pod adresem Zamawiającego to jest nie odrzucenie wybranej oferty Skamex jako oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ, czyli zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Odwołujący dla poparcia żądania odrzucenia oferty Skamex przywołał załącznik nr 1 do SIWZ " Formularz Cenowy Zamówienia", dla pakietu 1, w którym to Zamawiający wymagał między innymi podania nazwy producenta i numerów katalogowych wyrobów oferowanych. W Formularzu tym Zamawiający również dokonał opisu parametrów wymaganych wyrobów (kaniul dożylnych tzw. Venflonów, koreczków do kaniul oraz mandrynów do kaniul) przez wskazanie ich cech takich jak materiałów z których mają być wykonane, grubości, szerokości (rozmiary).

Zgodnie z treścią oferty złożonej przez Skamex, Wykonawca ten w zakresie pakietu 1 w pozycji 1 Zał. 1 "Formularza Cenowego Zamówienia" zaoferował kaniule firmy Becton Dickinson, ale podał pełny numer katalogowy wyłącznie dla kaniuli w rozmiarze 24G (383601). Dla pozostałych kaniul w rozmiarze 22G; 20G; 18G; 17G; 16G wpisał niekompletny numer katalogowy (3932**). Analogiczna sytuacja wystąpiła w zakresie poz. 3 w/w pakietu. To jest dla mandrynów (poz.3), dla których przewidziano rozmiary 22G i 18G wpisana została nazwa producenta i jeden, niekompletny numer katalogowy (39425*).

W ocenie Odwołującego powyższy sposób wypełnienia przez Skamex załącznika nr 1 „Formularz Cenowy Zamówienia” powoduje, iż złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Izba ustaliła, co było bezsporne również między stronami postępowania odwoławczego, że w ofercie Skamex w Zał. Nr 1 faktycznie zastosowano schemat wpisując w poz. 1 pakietu nr 1 niepełny numer katalogowy 3932** gdzie gwiazdki kodują rozmiar kaniuli, za wyjątkiem pełnego numeru dla kaniuli o rozmiarze 24 G (383601) i analogicznie dla mandryn wpisano niepełny numer katalogowy 39425*.

Izba również ustaliła, że Zamawiający wymagał w Zał. Nr 1 podania, oprócz producenta, numeru katalogowego (przez co należy rozumieć pełny numer katalogowy) kaniul w rozmiarach: 24G, 22G, 20G, 18G, 17G, 16G (a tylko dla rozmiaru 24G Skamex podał cały numer katalogowy-383601), a jak podnosił Odwołujący producent Becton Dickinson posiada w swojej ofercie dwa rodzaje kaniul, dla których pierwsze cztery cyfry są takie same, a dwie ostatnie cyfry przyporządkowane są do określonego rodzaju i rozmiaru kaniul. Są to kaniule Venflon PRO i Venflon Safety.

Na powyższe twierdzenie, że oznaczenie czterocyfrowe nie decyduje o zabezpieczeniu lub jego braku przed zakłuciem, na rozprawie Odwołujący przedłożył w poczet dowodów dwa rodzaje kaniul, które mają cztery pierwsze cyfry takie same to jest 3932 , a pozostałe dwie cyfry decydują o tym czy kaniula ma zabezpieczenie przed zakłuciem, czy takiego zabezpieczenia nie posiada. Z przedłożonego na rozprawie dowodu w postaci kaniul wynika,

że kaniula o końcówce cyfr- 10 (Venflon PRO) – nie ma zabezpieczenia, a kaniula o końcówce cyfr – 22 (Venflon Pro Safety) ma zabezpieczenie przed zakłuciem.

Powyższy dowód miał wskazywać na okoliczność, że Zamawiający nie może mieć pewności czy otrzyma od Skamex kaniule z zabezpieczeniem czy bez zabezpieczenia przed zakłuciem, a przecież z nazwy postępowania wynika, że przedmiotem dostawy mają być kaniule zabezpieczające przed zakłuciem (“na dostawę kaniul dożylnych posiadających zabezpieczenie przed przypadkowym zakłuciem, koreczków i mandrynow do ww kaniul”).

Dlatego na rozprawie Odwołujący wywodził jak w proteście i w odwołaniu, że z zastosowanego przez Skamex "schematu" nie wynika w żaden sposób, czy oferta dotyczy kaniul Venflon PRO czy kaniul Venflon Safety, ponieważ obydwa rodzaje kaniul mają identyczne cztery pierwsze cyfry numeru katalogowego, jak również obydwa rodzaje występują w rozmiarach 22G, 20G, 18G, 17G, 16G.

W opinii Odwołującego podanie niekompletnych i nieprawidłowych numerów katalogowych nie tylko uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie rzetelnej oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, ale również wyklucza możliwość przeprowadzenia oceny w kryterium jakości zaoferowanych w postępowaniu wyrobów to jest kaniul.

Natomiast Izba ustaliła na podstawie SIWZ, co było również bezsporne między stronami, że w niniejszym postępowaniu zaoferowane produkty miały podlegać ocenie jakościowej w oparciu o testowanie przez Zamawiającego dostarczonych przez dostawców próbek zaoferowanego towaru.

Izba również ustaliła, że w Zał. Nr 1 A do SIWZ “Wykaz Próbek Załączonych do Oferty” Zamawiający wymagał podania przy nazwach artykułu również jak w Zał. Nr 1 nazwy producenta i numeru katalogowego. Przy czym z Zał. Nr 1 A do oferty Skamex wynika, że podano w nim oprócz innych wymaganych danych również nazwę producenta t.j. Becton Dickinson jak w zał. Nr 1 do oferty oraz podano pełne numery katalogowe wyrobów (sześciocyfrowe, a nie czterocyfrowe jak w Zał. Nr 1 do oferty).

Przy tak ustalonym stanie rzeczy, Odwołujący nie kwestionował, że w załączniku nr 1A oferty Skamex podano wykaz próbek artykułów przedłożonych do oferty z oznaczeniem pełnego numeru katalogowego, które odpowiadały wymogom artykułów opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ, ale w ocenie Odwołującego Zał. Nr 1 A, nie stanowi treści oferty tylko Zał. Nr 1 stanowi treść oferty, więc oferta Skamex nie spełnia wymagań SIWZ.

Odwołujący na rozprawie przedłożył również w poczet dowodów formularz asortymentowocenowy Skamexu złożony w postępowaniu prowadzonym przez Akademickie Centrum

Kliniczne w Gdańsku (obecnie Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku) stwierdzając, że zaoferowano tam wyższe ceny na kaniule (2,30zł) niż w przedmiotowym postępowaniu, przy czym jednoznacznie zaoferowano tam dostawę kaniul z zabezpieczeniem przez zakłuciem(czyli np.: Venflon Pro Safety – 39 32 22). Powyższe ma świadczyć o tym, że w przedmiotowym postępowaniu Skamex zaoferował tańsze kaniule (2,00zł) bez zabezpieczenia przed zakłuciem (czyli np.: Venflon Pro – REF 39 32 10)co jest niezgodne z SIWZ.

Reasumując Odwołujący uważał, iż wobec tej sytuacji Zamawiający nie ma gwarancji co otrzyma – kaniule z zabezpieczeniem, czy bez zabezpieczenia, czyli jest ryzyko, że Zamawiający otrzyma kaniule bez zabezpieczenia przed ukłuciem.

Ponadto Odwołujący konkludując przywoływany przez niego Wyrok Sygn. akt KIO/UZP 919/08 na poparcie swoich twierdzeń podnosił, że Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert i załączonych próbek oraz Wykaz Próbek powinien dokonać ich oceny w kontekście SIWZ. W ocenie Odwołującego, uwzględniając SIWZ, wykaz próbek to wykaz produktów, które będą przedmiotem oceny jakościowej, a wykaz z formularza cenowego to wykaz produktów, które mają potwierdzić wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący uważał, że Wykaz Próbek nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ i wskazał decyzję Zamawiającego z 16 lipca 2009 r. w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Zamawiający odrzucił ofertę spółki GCZM Zarys Sp. z o.o. Zabrze, z powodu nie dostarczenia Wykazu Próbek i samych Próbek artykułów nie wzywając do uzupełnienia próbek, przedkładając w poczet dowodów kserokopię pisma.

Natomiast Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż załącznik Nr 1 A stanowi treść oferty i nie zgadza się z całością wywodów Odwołującego w tym w zakresie wskazującym na to, iż załącznik nr 1A służyć ma tylko do oceny jakościowej oferowanych wyrobów. Zamawiający uważa, że przywoływany przez Odwołującego wyrok KIO/ UZP 919/08 dotyczy tylko kwestii, w jakich sytuacjach ma bądź nie ma Zamawiający obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, natomiast podkreśla, że na podstawie dostarczonych próbek opisanych w załączniku nr 1A Zamawiający dokonywał oceny spełnienia wymagań określonych w załączniku nr 1 oraz oceny jakościowej opisanej w załączniku nr 6

Przystępujący do postępowania odwoławczego Skamex popierając stanowisko Zamawiającego twierdził, że o treści jego oferty decyduje również Zał. Nr 1 A do oferty, a nie tylko Zał. Nr 1 do oferty co powoduje, że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła następujące zapisy w SIWZ:

1. Rozdz. III Przedmiot zamówienia. "Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę kaniul dożylnych posiadających zabezpieczenie przed przypadkowym zakłuciem, koreczków i mandryn do ww. kaniul, szczegółowo określone w załączniku nr 1 do SIWZ (...) Oferowane produkty będą oceniane w oparciu o testowanie (nieodpłatnych i bezzwrotnych) dostarczonych próbek oferowanego towaru, dostarczonych przez Wykonawców(...) Próbki oferowanego towaru muszą być zapakowane odpowiednio do każdej pozycji i rozmiaru dokładnie opisane w języku polskim(w tym nr katalogowy). Brak ww. wymogów spowoduje odrzucenie oferty. W przypadku nie dostarczenia próbek do testowania w terminie oraz w ilości określonej w SIWZ oferta Wykonawcy zostanie odrzucona. Opakowania z oferowanymi próbkami towaru zostaną otwarte na publicznym otwarciu ofert. Zamawiający (komisja przetargowa) sporządzi protokół z otwarcia próbek, zawierający następujące dane: nazwę artykułu, nr katalogowy, producent, ilość oraz rozmiar i numer pozycji, do której są składane(...) W przypadku stwierdzenia niezgodności pomiędzy protokołem Zamawiającego z otwarcia próbek, a załącznikiem nr 1 A do SIWZ sporządzonym przez Wykonawcę, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona."
2. Rozdz. IX SIWZ pkt 4 b) i 5d) zgodnie z którym Zamawiający w Wykazie oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oczekiwał przedłożenia: pkt 4b) "Próbek oferowanych artykułów do każdej pozycji w ilości 10 szt. każdego rozmiaru" i pkt 5d) "Wykazu załączonych do oferty próbek - wypełniony załącznik nr 1 A do SIWZ".
3. Rozdz. XIII „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 2. ceny oferty mają być podane w PLN netto i brutto oraz wpisane do „formularza cenowego- przedmiot zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ i dołączone do oferty; pkt 3 Wartość całej oferty powinna być wpisana w wypełniony „formularz ofertowy” stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ."
4. Rozdz. XVII SIWZ "*Opis kryteriów*": cena oferty - 60%, ocena techniczna - 40 %. Zapisano w SIWZ również, że ocena techniczna ustalona zostanie na podstawie złożonych próbek, według podanych parametrów załącznika nr 6 do SIWZ. W załączniku nr 6 określono parametry oceny jakości takie jak np. ostrość kaniul, szczelność połączeń, w szczególności brak odczynów miejscowych występujących u pacjentów, przy przewidzianej punktacji od 0 do 20 punktów.

Skład orzekający Izby na podstawie argumentacji uczestniczących stron w postępowaniu odwoławczym oraz na podstawie dokonanych ustaleń z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia zważył.

Przedmiot objęty sporem dotyczy rozstrzygnięcia czy w przedmiotowym postępowaniu o treści oferty decyduje Zał nr 1 "Formularz Cenowy Zamówienia" czy Zał. 1 A "Wykaz Próbek Załączonych do Oferty".

Znaczenie dla rozstrzygnięcia ma okoliczność, że zarówno w Zał. Nr 1 jak i w Zał. Nr 1A znajduje się zapis, iż należy w obydwu załącznikach do oferty, podać nazwę producenta artykułów jak i numery katalogowe oferowanych artykułów.

Tym samym przez dokonanie wpisu o nazwie producenta i numerze katalogowym artykułu Zamawiający ma możliwość sprawdzenia czy oferowane artykuły odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia zamieszczonego w zał. Nr 1 (Rozdz. III SIWZ Przedmiot zamówienia. "Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę kaniul dożylnych posiadających zabezpieczenie przed przypadkowym zakłuciem, koreczków i mandryn do ww. kaniul, szczegółowo określone w załączniku nr 1 do SIWZ).

W przedmiotowej sprawie zarzut sprowadzał się nie do tego, że np.; w różnych częściach oferty, rozumianej w szerokim tego słowa znaczeniu, zamieszczono sprzeczne opisy oferowanego przedmiotu zamówienia. Tylko zarzut sprowadzał się do tego, że oznaczenie oferowanego produktu poprzez wskazanie producenta i pełnego numeru katalogowego za pośrednictwem , którego można zidentyfikować artykuł, a przez to jego cechy pod kątem wypełnienia wymagań Zamawiającego, można było znaleźć w ocenie Odwołującego w nieodpowiednim miejscu to jest nie w ofercie czyli Zał. Nr 1 , a tylko Zał. Nr 1 A, który według oceny Odwołującego nie jest elementem oferty. Bowiem w Zał. Nr 1 nie podano pełnych numerów katalogowych, umożliwiającego identyfikację artykułów tylko w Zał. Nr 1 A podano pełne numery katalogowe umożliwiający identyfikacje oferowanych artykułów.

W ocenie Izby na podstawie zapisów SIWZ należy stwierdzić jednoznacznie, że o oferowanych artykułach i ich zgodności z SIWZ nie decydowała tylko treść oferty zawarta w Zał. Nr 1 (Formularz Cenowy – przedmiot zamówienia) , ale także decydowała treść zawarta w Zał. Nr 1 A (Wykaz Próbek Załączonych do Oferty.). Twierdzenie to należy wywieść z samego faktu, że o identyfikacji przedmiotu zamówienia może świadczyć każda część oferty w szerokim tego słowa znaczeniu czyli formularz ofertowy i wszelkie dokumenty i oświadczenia do niego załączone, jeżeli nie ma w tym zakresie jednoznacznych zapisów SIWZ, np.: że o identyfikacji zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami co do przedmiotu zamówienia świadczyć będzie załączony konkretny element oferty (dokument, oświadczenie). Powyższe stwierdzenie, znajduje oparcie w przywoływanych w

sprawie przez Zamawiającego i Przystępującego orzeczeniach Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej.

W rozpoznawanej sprawie o tym, że o treści oferowanego przedmiotu zamówienia decyduje również treść Zał. Nr 1 A, zdecydowała również regulacja SIWZ zgodnie z którą, jeżeli „Opakowania z oferowanymi próbkami towaru zostaną otwarte na publicznym otwarciu ofert. Zamawiający (komisja przetargowa) sporządzi protokół z otwarcia próbek, zawierający następujące dane: nazwę artykułu, nr katalogowy, producent, ilość oraz rozmiar i numer pozycji, do której są składane(...) W przypadku stwierdzenia niezgodności pomiędzy protokołem Zamawiającego z otwarcia próbek, a załącznikiem nr 1 A do SIWZ sporządzonym przez Wykonawcę, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.” Z powyższego zapisu SIWZ wynika, że dla Zamawiającego dokumentem wskazującym na oferowane artykuły jest właśnie Zał. Nr 1A (Wykaz próbek), a nie jak podnosi Odwołujący Zał. Nr 1 (Formularz cenowy). Tym bardziej wobec rygorystycznego zapisu w SIWZ, że „Próbki oferowanego towaru muszą być zapakowane odpowiednio do każdej pozycji i rozmiaru dokładnie opisane w języku polskim (w tym nr katalogowy). Brak ww. wymogów spowoduje odrzucenie oferty” Powyżej cytowany zapis SIWZ świadczy o tym, że badanie zgodności treści oferty z SIWZ w zakresie zgodności oferowanych artykułów z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Zał. Nr 1 wykazany ma być w tym postępowaniu na podstawie Wykazu próbek (Zał. Nr 1 A), a nie na podstawie Zał. Nr 1.

W ocenie Izby Zał. Nr 1 może również potwierdzać zgodność oferowanych artykułów z ich opisem zawartym w SIWZ, ale Zał. Nr 1 jak jego sam tytuł i treść wskazuje (Formularz cenowy – przedmiot zamówienia) ma służyć do podania cen jednostkowych artykułów i również określenia artykułów przez wskazanie producenta i numeru katalogowego. Natomiast nie ma tak jak w przypadku Zał. Nr 1 A rygoru wprost w SIWZ o odrzuceniu oferty w przypadku braku tego załącznika (Rozdz. XIII „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 2. ceny oferty mają być podane w PLN netto i brutto oraz wpisane do „formularza cenowego-przedmiot zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ i dołączone do oferty; pkt 3 Wartość całej oferty powinna być wpisana w wypełniony „formularz ofertowy” stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ.”).

Również zapisem wprost w SIWZ świadczącym o tym, że Zał. Nr 1 A jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia przez oferowane artykuły warunków udziału w postępowaniu świadczy zapis Rozdziału IX SIWZ pkt 4 b) i 5d) zgodnie z którym Zamawiający w Wykazie oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oczekiwał przedłożenia: pkt 4b) “Próbek oferowanych artykułów do każdej pozycji w ilości 10 szt. każdego rozmiaru” i pkt 5d) “Wykazu załączonych do oferty próbek - wypełniony załącznik nr 1 A do SIWZ”.

Zamykając powyższe wywody należy stwierdzić, że zał. Nr 1 A według regulacji powyżej przedstawionych zapisów SIWZ pełnił zarówno funkcję na poczet stwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ co do oferowanych artykułów przez Skamex (art. 82 ust.3 ustawy PZP), pełnił funkcję na potwierdzenie spełnienia wymogów oferowanych artykułów przez Skamex z wymaganiami SIWZ (art.25 ust. 1 ustawy PZP) oraz na koniec służył pośrednio do oceny jakościowej przy wyborze najkorzystniejszej oferty (Rozdz. XVII SIWZ "Opis kryteriów": cena oferty - 60%, ocena techniczna - 40 %. Zapisano w SIWZ również, że ocena techniczna ustalona zostanie na podstawie złożonych próbek, według podanych parametrów załącznika nr 6 do SIWZ – art.91 ust.1 ustawy PZP.)

W związku z powyższymi wywodami w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie potwierdził się zarzut Odwołującego braku wskazania przedmiotu oferowanego zamówienia, z uwagi na niepełne numery katalogowe kaniul i mandryn w zał. Nr 1 do oferty, ponieważ przedmiot oferowany został w wyczerpujący sposób przedstawiony w Zał. Nr 1 A , gdzie zgodnie z SIWZ Skamex miał prawo określić oferowane artykuły objęte przedmiotem zamówienia (kaniule i koreczki oraz mandryny).

Tym samym nie wykazał Odwołujący naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia przywoływany Wyrok KIO/UZP 919/08, który rozstrzyga o tym w przypadku braku jakich dokumentów, oświadczeń zamawiający może wzywać do ich uzupełnienia, a w przypadku braku jakich dokumentów i oświadczeń zamawiający nie może wzywać do ich uzupełnienia.

Również dowód na tańszą ofertę złożoną w innym postępowaniu nie stanowi o racjach Odwołującego, ponieważ wykonawcy w ramach stosowanych praktyk marketingowych i handlowych stosują na te same wyroby różne ceny, nawet w zbliżonych okresach czasowych, kierując się określoną przez nich strategią funkcjonowania na rynku.

Reasumując powyższe orzeczono jak w sentencji Wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy PZP.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*