

**Sygn. akt KIO/UZP 355/10**

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Ewa Rzońca**

**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego ul. Żołnierska 18a 10-561 Olsztyn** protestu z dnia 18.02.2010r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa**

**orzeka:**

## 1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego ul. Żołnierska 18a 10-561 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**,

## Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy ul. Żołnierska 18a 10-561 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę medycznych pomp insulinowych dla dzieci, numer SZP-332-2PN/2010.

W dniu 12.02.2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego - Aero-MEDIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa, o dokonaniu czynności odrzucenia jego oferty i dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Medtronic Poland Sp. z o.o.

Wobec powyższych czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do zadania nr 1 i nr 2 Odwołujący w dniu 18.02.2010r. wniósł protest.

Odwołujący w swoim proteście zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a to przez przyjęcie, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymogu zawartego w załączniku nr 1A w pozycji nr 14 (tabela) do Siwz, aby pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nierówne traktowanie wykonawców przy dokonaniu czynności oceny ofert, oraz przeprowadzenie nieprzewidzianego przez przepisy ustawy Pzp, niedopuszczalnego prywatnego dochodzenia w celu próby podważenia domniemania prawdziwości oświadczeń zawartych w jego ofercie; a także ewentualne naruszenie art. 7 ust. 1 powyższej ustawy poprzez sformułowanie, opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie i bezzasadnie restrykcyjny, a przez to uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. sprzeczność istotnych ustaleń Zamawiającego z treścią oferty Protestującego przez przyjęcie, że bateria typu 1/2 AA, którą zasilana jest pompa insulinowa zaoferowana przez Odwołującego nie jest baterią ogólnodostępną.

Odwołujący przy tym zażądał od Zamawiającego:

- unieważnienia dokonanych czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- ponownego dokonania czynności oceny ofert i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wypadek jednak nieuwzględnienia powyższych zarzutów niniejszego protestu Odwołujący zażądał zbadania z urzędu przesłanek nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na ewentualne naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a także ewentualne naruszenie art. 29 ust. 2 tejże ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, które to naruszenia stanowią spełnienie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W swoim proteście Odwołujący podniósł w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty z dnia 12 lutego 2010 r. wskazał, że podstawą prawną odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 cyt. ustawy, a przyczyną odrzucenia tej oferty było niespełnienie wymogu SIWZ, w szczególności zawartego w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1A do SIWZ, gdzie wymagane było w pozycji nr 14 (tabela), aby pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami (w tym dostępność zakupu baterii w sieciach stacji benzynowych oraz powszechnych punktach sprzedaży prasy np. kioskach RUCH). W uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący

umieścił w kolumnie nr 3 /Oferowany parametr/ wpis; „TAK. 1/2 AA alkaiczne dostępne np. w aptekach”.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego w tym zakresie była arbitralna, oparta na błędnej ocenie okoliczności faktycznych, a mianowicie w kwestii ogólnodostępności baterii typu 1/2 AA w handlu w Polsce Zamawiający próbował kwestionować prawdziwość twierdzenia zawartego w ofercie, że przedmiotowe baterie typu 1/2 AA są ogólnodostępne w handlu w Polsce.

Dalej Odwołujący wywodził, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył on ofertę, w której umieścił w kolumnie nr 3 /Oferowany parametr/ wpis: „TAK. 1/2 AA alkaiczne dostępne np. w aptekach”, co jak wskazywał przytoczył Zamawiający w uzasadnieniu swej decyzji. Treść powyżej przytoczonego sformułowania oferty była – według Odwołującego - niewątpliwie zgodna z treścią Siwz, a w szczególności z zawartym w opisie przedmiotu zamówienia - załącznikiem nr 1A do Siwz, gdzie wymagane było w pozycji nr 14 (tabela), aby „pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami (w tym dostępność zakupu baterii w sieciach stacji benzynowych oraz powszechnych punktach sprzedaży prasy np. kioskach RUCH)”. Odwołujący zauważył, iż wypełniając w ofercie tabelę słowami: „TAK. 1/2 AA alkaiczne dostępne np. w aptekach” w najmniejszym nawet stopniu nie spowodował sprzeczności treści swej oferty z Siwz. Określenie Siwz wskazane w nawiasie „(w tym dostępność zakupu baterii w sieciach stacji benzynowych oraz powszechnych punktach sprzedaży prasy np. kioskach RUCH)” nie stanowiło dodatkowego wymogu poza wymogiem ogólnodostępności, a jedynie było wskazaniem przykładowym sytuacji w których występuje ogólnodostępność baterii, a zatem wskazanie przez niego dostępności „np. w aptekach” na równi powinno wyczerpywać spełnienie wymogu, aby „pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami”.

Odwołujący również podkreślił, że w świetle przepisów ustawy Pzp Zamawiający nie miał prawa dokonywania oceny ofert w oparciu o kryteria wykraczające poza warunki określone w Siwz. W szczególności Zamawiający nie wprowadził do treści Siwz wymogu, aby baterie 1/2 AA były dostępne w konkretnych, wyraźnie wymienionych miejscach, choćby określonych rodzajowo jak kioski RUCH, a jedynie ustanowił ogólny wymóg ogólnodostępności baterii. Co także podkreślał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: (...) 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza załącznikiem nr 1A wypełnionym przez Odwołującego zgodnie z treścią Siwz Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek innych oświadczeń, ani dokumentów mających potwierdzić spełnienie wymogu ogólnodostępności baterii, a zatem jako wystarczającą musi on uznać odpowiedź „TAK. 1/2 AA alkaliczne dostępne np. w aptekach” udzieloną przez Odwołującego w załączniku nr 1A do oferty.

Gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty Odwołującego, miał obowiązek zażądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także co do oświadczenia potwierdzającego spełnienie wymogów SIWZ miał obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 lub wezwać Protestującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 cyt. ustawy. Niedokonanie tych czynności przez Zamawiającego oznaczało, że nie miał on wątpliwości przy dokonywaniu oceny treści oferty i nie powinien ich mieć skoro treść oferty była oczywiście zgodna z Siwz.

Kolejny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący argumentował w ten sposób, że Zamawiający dokonując czynności odrzucenia jego oferty dopuścił się

naruszenia art. 7 ust. 1 powołanej wyżej ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez całkowicie błędną, arbitralną interpretację wymogu zawartego w załączniku nr 1A w pozycji nr 14 (tabela) do SIWZ, aby pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami. Innym przejawem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jego zdaniem - było ujawnienie w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty przeprowadzenie nieuregulowanego przez przepisy ustawy Pzp prywatnego dochodzenia w celu próby podważenia prawdziwości oświadczeń zawartych w ofercie, chronionej domniemaniem prawnym prawdziwości oświadczeń, z pominięciem analogicznych czynności dochodzenia w stosunku do ofert konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący wskazał przy tym, że w ogóle dokonanie takiego dochodzenia pozostawało bezpodstawne i niedopuszczalne, szczególnie w związku ze wskazaną podstawą prawną czynności odrzucenia jego oferty, a to art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co powinno powodować, że powoływanie się na ustalenia takiego prywatnego dochodzenia powinno być bezskuteczne i jako takie pominięte przy ocenie ofert.

Odwołujący nie zgodził się z wynikami prywatnego dochodzenia Zamawiającego, który podał przykłady miejsc, które były sprawdzone, w których według oświadczenia Zamawiającego baterie 1/2 AA nie były dostępne. Poza tym odwołujący podniósł, że nie wiadomo kto odwiedził i jakie konkretnie miejsca, czy była powołana komisja i świadkowie mogący potwierdzić te zdarzenia, kiedy dokładnie ów ktoś odwiedził i jak dobierał miejsca odwiedzin, jakie pytania zadawał oraz czy i w jaki sposób przeprowadzał i dokumentował te czynności. Wszystko to – według Odwołującego - całkowicie podważało jakąkolwiek moc dowodową stwierdzeń Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, że baterie typu 1/2 AA nie były ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami, ani też, że nie były dostępne w aptekach. Odwołujący zauważył, że gdyby Zamawiający chciał rzeczywiście formułować zarzut nieprawdziwości jego oświadczeń musiałby oprzeć się na zupełnie innej podstawie

prawnej zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wykluczyć wykonawcę z postępowania, a nie dokonywać odrzucenia oferty.

Dalej Odwołujący podnosił, że gdyby w dalszym toku postępowania Zamawiający dowiódł, że w owych przypadkowo wybranych punktach handlowo-usługowych na terenie miasta Olsztyn i okolic, w szczególności stacji benzynowych, kiosków RUCH i odwiedzonych aptekach nie były akurat wtedy dostępne baterie typu 1/2 AA to i tak pozostaje to bez znaczenia dla sposobu oceny ofert, bowiem punkt 1 powyżej Siwz nie zawiera wymogu dalej idącego niż wymóg ogólnodostępności baterii w handlu w Polsce, a ogólnodostępność ta była niekwestionowana.

Odwołujący przedstawił – jego zdaniem - przykładowe dowody na okoliczność ogólnodostępności baterii typu 1/2 AA zasilających oferowane przez niego pompy insulinowe w ok. 80 aptekach w samym Olsztynie i okolicach.

Powołał się przy tym na oświadczenie hurtowni leków Farmacol S.A. zaopatrującej ok. 80 aptek w Olsztynie i okolicach z dnia 15.02.2010 r., oświadczenie apteki Aloes s.c. Lidia Górska, Wojciech Górski w Olsztynie z dnia 1.02.2010 r. oraz oświadczenie sklepu BDO z 27.05.2009 r.

Poza tym Odwołujący wskazał, że baterie typu 1/2 AA są oferowane do sprzedaży przez tysiące sklepów internetowych gwarantujących przesłanie przedmiotowych baterii na adres kupującego w terminie krótszym niż jedna doba.

Na potwierdzenie tego przedłożył wydruki z wybranych witryn internetowych oferujących sprzedaż baterii typu 1/2 AA.

Nadto Odwołujący zauważył, że baterie 1/2 AA dostępne są także w sieci bieżącej dystrybucji wewnętrznej w postaci ciągłych jego świadczeń na rzecz dzieci korzystających z osobistych pomp insulinowych będących przedmiotem przetargu polegających na regularnej dostawie zapasu baterii 1/2 AA wraz z każdorazowym

zakupem zestawów infuzyjnych, a także wraz z kalibratorem - koniecznym dla całego systemu urządzeniem, również zasilanym baterią 1/2 AA, co powoduje, że w baterii użytkownik ma ich zawsze na bieżąco więcej niż potrzeba. Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że baterie typu 1/2 AA można u niego zamówić, które są dostarczane kurierem standardowo w ciągu 24 godzin.

Odwołujący zauważył, że ogólnodostępność przedmiotowych baterii typu 1/2 AA nie tylko w ok. 80 aptekach w samym Olsztynie i okolicach, a także w innych sklepach, w tym internetowych była wystarczającą gwarancją spełnienia warunku Siwz, aby „pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami”. Podkreślił przy tym, że przedmiotowe baterie typu 1/2 AA są ogólnodostępne, czyli powszechnie dostępne, możliwe do zakupu w sposób łatwy, bez utrudnień, jako przedmiot zwykłego codziennego zastosowania także w handlu poza aptekami w licznych sklepach w całej Polsce.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący nie zaakceptował wykładni według której dodatkowe słowa dodane przez Zamawiającego w załączniku nr 1A do Siwz, w pozycji nr 14 (tabela) w nawiasie, a cytowane powyżej, nie są wyliczeniem przykładowym, a ustanawiają zawężające warunki dodatkowe poza ogólnym wymogiem „ogólnodostępności” w handlu w Polsce. Taka interpretacja w jego ocenie powodowałaby, że konieczne stałoby się unieważnienie całego postępowania jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a to na skutek sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie i bezzasadnie restrykcyjny i przez to uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co naruszałoby jedną z podstawowych zasad europejskiego prawa zamówień publicznych implementowaną do polskiego ustawodawstwa w art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia pozostałych zarzutów niniejszego protestu Odwołujący zażądał zbadania z urzędu przesłanek nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na ewentualne naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp który, stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także ewentualne naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, które to naruszenia stanowią spełnienie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nakazującej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Trzeci zarzut wskazany w punkcie 3 na początku protestu miał charakter dodatkowy i wskazujący na sprzeczność istotnych ustaleń Zamawiającego z treścią odrzuconej oferty przez przyjęcie, że bateria typu 1/2 AA, którą zasilana jest pompa insulinowa nie jest baterią ogólnodostępną.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Siwz nie zawierało wymogów dalej idących niż ogólnodostępność baterii rozumiana prawidłowo i jednoznacznie zgodnie ze uznanymi słownikami języka polskiego jako „*dostępność dla wszystkich*”. Pojęcie to wyjaśnione zostało niezależnie od siebie w ten sam sposób w:

- 1) Słowniku języka polskiego PWN,
- 2) Słowniku języka polskiego T. Karpowicza,
- 3) Słowniku języka polskiego Samuela Bogumiła Lindego.

Dalej Odwołujący wywodził, że zgodnie z celem przetargu i w kontekście Siwz dostępność dla wszystkich powinna oznaczać nie więcej niż możliwość zakupu baterii przez użytkowników bez restrykcji prawnych lub faktycznych uniemożliwiających mimo zachowania należytej staranności, której można oczekiwać w tym wypadku od rodzica

dziecka chorego na cukrzycę zaopatrującego regularnie chore dziecko - użytkownika w towary takie jak specjalistyczne lekarstwa, zestawy infuzyjne oraz wkłucia dostępne w aptekach.

W dniu 23.02.2010r. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest w ten sposób, że go odrzucił jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

W swoim rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że na podstawie art. 181 ust. 4 ustawy Pzp, do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu w dniu 22.02.2010r.. przystąpił - po stronie Zamawiającego, wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-041), ul. Ostrobramska 101.

W uzasadnieniu odrzucenia protestu Zamawiający podniósł, że protest został podpisany przez osobę nieuprawnioną, nieumocowaną należycie do dokonania tej czynności. Powyższe ustalenia Zamawiający dokonał na podstawie analizy treści załączonego do protestu pełnomocnictwa.

Jako potwierdzenie powyższej motywacji Odwołujący powołał się na przepis art. 14 ustawy Pzp i art. 98 Kodeksu cywilnego.

Na podstawie powyższych przepisów Zamawiający stwierdził, że pełnomocnictwo uznać należało za wadliwe, jeżeli z jego treści nie wynikało, że pełnomocnik legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środka ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych, w tym przypadku w imieniu Aero-Medika Sp. z o.o. do wniesienia protestu.

Z takim rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 1.03.2010r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący zaskarżył odwołaniem następujące czynności Zamawiającego:

- 1) odrzucenie protestu Odwołującego;
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego;
- 3) wybór oferty innego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił przy tym Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 180 ust. 1 i 2 oraz 7 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp jak również przepisów art. 98 kodeksu cywilnego w związku z art. 65 §1 k.c. poprzez odrzucenie protestu, podczas gdy z zachowaniem ustawowego terminu, w dniu 18 lutego 2010 r. pełnomocnik Odwołującego poinformował Zamawiającego o treści wysłanego protestu przesyłając protest pocztą elektroniczną na adres wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączając pełnomocnictwo rodzajowe w rozumieniu k.c, z którego wynikało umocowanie do wniesienia protestu w imieniu Zamawiającego, co zamawiający niezwłocznie potwierdził w odpowiedzi potwierdzającej wniesienie protestu wysłanej na adres pełnomocnika wnoszącego protest; naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem Zamawiający nie odniósł się do zarzutów zawartych w proteście i nie ocenił ponownie oferty, dokonując zaś oceny zarzutów zawartych w proteście powinien protest uwzględnić i ponownie ocenić ofertę Odwołującego jako nie podlegającą odrzuceniu oraz jako ofertę najkorzystniejszą;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego pomimo, że oferta ta była zgodna z Siwz, a to przez przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści

Siwz, w szczególności nie spełniała wymogu zawartego w załączniku nr 1A w pozycji nr 14 (tabela) do Siwz, aby pompa zasilana była ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców przy dokonaniu czynności oceny ofert, oraz przeprowadzenie nieprzewidzianego przez przepisy ustawy Pzp, niedopuszczalnego prywatnego dochodzenia w celu próby podważenia domniemania prawdziwości oświadczeń zawartych w ofercie Odwołującego; a także ewentualne naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie i bezzasadnie restrykcyjny, a przez to uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. uznanie, iż protest wniesiony został przez podmiot uprawniony, we właściwej formie oraz we właściwym w terminie;
2. rozpoznanie odwołania;
3. uznanie, iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści Siwz oraz, że oferta wybrana przez Zamawiającego nie jest ofertą najkorzystniejszą w odniesieniu do zadania nr 1 jak i zadania nr 2, bowiem najkorzystniejszą dla obu zadań jest oferta Odwołującego;
4. unieważnienia dokonanych czynności odrzucenia protestu, odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
6. ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów niniejszego

odwołania Odwołujący zażądał zbadania z urzędu przesłanek nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na ewentualne naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a także ewentualne naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, które to naruszenia stanowią spełnienie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych na zasadzie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie rachunków, które przedłożone zostaną na rozprawie.

W pierwszej kolejności na potwierdzenie zasadności zarzutu bezzasadnego odrzucenia protestu Odwołującego powołał się on na wydruk poczty elektronicznej wysłanej przez pełnomocnika Odwołującego na adres poczty elektronicznej Zamawiającego wskazany w Siwz oraz wydruk potwierdzenia otrzymania protestu w dniu 18.02.2010 r. w postaci poczty elektronicznej wysłanej przez Zamawiającego pełnomocnikowi Odwołującego, jak również na niezwłoczne potwierdzenie Zamawiającego w odpowiedzi potwierdzającej wniesienie protestu wysłanej na adres pełnomocnika wnoszącego protest.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucając protest dopuścił się naruszenia art. 180 ust. 1 i 2 oraz 7 ustawy Pzp, art. 14 tejże ustawy jak również przepisów art. 98 k.c w związku z art. 65 §1 k.c.

W ocenie Odwołującego pełnomocnictwo z dnia 29 maja 2009 r. załączone do protestu było niewątpliwie pełnomocnictwem rodzajowym materialnym, bowiem zawierało ogólnie ujęty rodzaj czynności do dokonywania których umocowany został

podpisany poniżej pełnomocnik radca prawny Piotr Jurczak, a jednocześnie było ono pełnomocnictwem procesowym ogólnym.

Odwołujący stwierdził, że nieuprawione było konstruowanie contra legem wykładni wedle której treść pełnomocnictwa do wniesienia protestu miałyby obejmować rzekomo wyraźne wskazanie, iż pełnomocnictwo zostaje udzielone do czynności wniesienia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Treść pełnomocnictwa – w ocenie Odwołującego - upoważniała Piotra J do wszelkich innych czynności dokonywanych przed osobami prawnymi, w tym przed Zamawiającym w celu wykonania przedmiotu pełnomocnictwa (reprezentowanie przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Zamówień Publicznych).

Dodatkowo Odwołujący dla wzmocnienia własnej tezy, że zgodnie z art. 65 k.c. wykładnia zakresu umocowania dokonywana z uwzględnieniem okoliczności, w których złożone zostało pełnomocnictwo załączone do protestu prowadzić musi do wniosku, że Odwołujący objął oczywiście umocowaniem także czynność wniesienia protestu, powołał się na oświadczenie Aero-Medika Sp. z o.o. z dnia 25.02.2010 r.

Nadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten wprowadził w błąd pełnomocnika pozostawiając go w mylnym przeświadczeniu, że uznaje za skuteczną czynność dokonaną przez pełnomocnika, co zresztą konsekwentnie powtórzył przesyłając pełnomocnikowi także rozstrzygnięcie protestów oraz przystąpienie do postępowania przez drugiego z wykonawców - Medtronic.

Poza tym, odnosząc się do argumentów wykonawcy, który przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego - Medtronic Poland Sp. z o.o. wskazał, że protest został podpisany przez osobę umocowaną oraz został doręczony w

terminie za pomocą dopuszczonego przez Zamawiającego środka komunikacji za pośrednictwem poczty elektronicznej skutecznie w dniu 18 lutego 2010 r. zauważył również, że wcześniejsze wniesienie protestu faksem w dniu 17 lutego 2010 r. nie było zabronione przez ustawę i nie pozbawiało wykonawcy możliwości wniesienia protestu w terminie następnie w sposób wyraźnie dopuszczony w SIWZ przez Zamawiającego - za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Odwołujący załączył również do odwołania pełnomocnictwo szczególne z dnia 25 lutego 2010 r. potwierdzające wcześniejsze umocowanie do wniesienia protestu.

W pozostałym zakresie Odwołujący zarzuty i argumentację do nich zawarte w odwołaniu podtrzymał.

W swoim odwołaniu Odwołujący odniósł się również do argumentów Przystępującego w zakresie wniosku Przystępującego o oddalenie protestu.

Przystępujący stwierdził, że parametr „baterie ogólnodostępne” pojawiał się niemal w każdej specyfikacji istotnych warunków zamówienia na przetargi dotyczące pomp insulinowych na terenie Polski. Przystępujący wskazywał, że „w zdecydowanej większości tych postępowań oferta Aero-Medika była odrzucona przez zamawiających jako oferta niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na niedysponowanie ogólnodostępnymi bateriami do oferowanych przez nią pomp”. Odwołujący jednak zauważył, że w przywołanym wyżej oświadczeniu Przystępujący wyraźnie sam przyznał, że były jednak przetargi w których zamawiający wybrał ofertę Odwołującego oceniając, że Odwołujący dysponuje ogólnodostępnymi bateriami (typu 1/2 AA) do oferowanych przez niego pomp insulinowych

Odwołujący nie zgodził się również z powołanym przez Przystępującego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 22 maja 2009 r., którego tezy – w jego ocenie – należało uznać za nieaktualne i niemiarodajne szczególnie, iż od momentu

rozstrzygnięcia przetargu, którego dotyczył ten wyrok baterie zasilające pompę insulinową Odwołującego zostały wprowadzone w szerszym zakresie do aptek i sklepów i nastąpiło wybranie ofert Odwołującego w kilku przetargach mimo protestów konkurentów, a w ślad za tym podpisanie dwóch umów w przetargach nieograniczonych, w których analogicznie była oceniana ogólnodostępność baterii typu 3,6 V DC rozmiar 1/2 AA zasilających pompę insulinową Odwołującego.

Jako dowody Odwołujący zgłosił podpisaną umowę na dostawę pomp insulinowych ze Szpitalem w Łodzi - zał. nr 7 i podpisaną umowę na dostawę pomp insulinowych ze Szpitalem we Wrocławiu - zał. nr 8 oraz akta KIO nr postępowania KIO/UZP 1889/09 - załącznik nr 6 do odwołania w tym postępowaniu .

Odwołujący dalej wskazywał, że powyższe fakty dobitnie dowodzą niejednoznaczności określenia przez Zamawiającego parametru ogólnodostępności baterii. Powyższa niejednoznaczność spowodowała, że skoro Zamawiający miał wątpliwość co do treści oferty Odwołującego powinien bezwzględnie zażądać wyjaśnień od Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czego Zamawiający zaniechał bezprawnie odrzucając ofertę Odwołującego i wybierając mniej korzystną w niniejszym postępowaniu ofertę Przystępującego.

Wykazana niejednoznaczność parametru ogólnodostępności, spotęgowana w niniejszym postępowaniu dodatkowymi niejednoznacznościami i nadmiernymi zastrzeżeniami Siwz w opisie tego parametru powinna – według Odwołującego - spowodować także zbadanie przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu przesłanki unieważnienia postępowania z uwagi na jego wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 30.03.2010r. Medtronic Poland Sp. z o.o. podtrzymując argumentację jak w przystąpieniu do protestu z dnia 22.02.2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego w postaci oferty Odwołującego( str 4, poz.14 załącznika nr 1A do formularza ofertowego ), SIWZ(opis przedmiotu zamówienia zał. nr 1A, poz. 14), oświadczeń stron przedstawionych na rozprawie Izba postanowiła odwołanie oddalić.

W pierwszej kolejności Izba, na posiedzeniu niejawnym dokonała jednak oceny warunków formalnych wniesionego protestu i odwołania. Po analizie tego zagadnienia Izba doszła do przekonania, iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby wykładnia oświadczeń woli zawartych w pełnomocnictwach do wniesienia protestu powinna być dokonywana w oparciu o reguły interpretacyjne wynikające z treści art.14 ustawy Pzp w związku z art.65 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego, które to przepisy stanowią, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W istocie badane pełnomocnictwo załączone przy proteście należało badać łącznie z innymi postanowieniami w nim zawartymi, a to doprowadziło Izbę do wniosku, iż zakres umocowania upoważniał Piotra J do wszelkich innych czynności dokonywanych przed osobami prawnymi, w tym przed Zamawiającym w celu wykonania przedmiotu pełnomocnictwa, to jest również do wniesienia protestu. Wola

mocodawcy zresztą została w sposób jednoznaczny uzewnętrzniona w pełnomocnictwie z dnia 25.02.2010 r.

Natomiast przechodząc do zarzutów zgłoszonych w odwołaniu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art.29 ust. 1 i ust.2, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby opis przedmiotu zamówienia określony w załączniku nr 1A w pkt 14 do Siwz (parametry techniczne pomp insulinowych) został przez Zamawiającego dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający wyraźnie wskazał, iż pompa ma być zasilana ogólnodostępnymi w handlu w Polsce ogniwami.

Przy czym w nawiasie w poz. 14 zał.1 A do Siwz Zamawiający precyzyjnie określił ową dostępność zakupu baterii poprzez użycie słów : „w tym”, jako zakresu bezwzględnie wymagalnego. Słowa te – zdaniem Izby – mają istotne znaczenie zarówno z językowego, jak i logicznego punktu widzenia. Otóż oznacza to, iż w katalogu dostępności baterii muszą być one również dostępne do zakupu w sieciach stacji benzynowych oraz powszechnych punktach sprzedaży prasy np. kioskach Ruch. Izba podziela pogląd Odwołującego o przykładowym wyliczeniu kiosków Ruch. Jednak oznacza to tyle, że Zamawiający dopuścił również możliwość nabywania baterii w innych powszechnych punktach sprzedaży prasy. Nie budzi wątpliwości Izby, iż ograniczenie dostępności baterii do punktów aptecznych nie czyni zadość ścisłemu warunkowi Siwz, którego celem była jak najszersza dostępność w nabywaniu w handlu elementów koniecznego wyposażenia dodatkowego pomp insulinowych.

Z przedłożonych przez Odwołującego dowodów wynika, iż baterie w oferowanych przez niego pompach insulinowych są dostępne jedynie w aptekach, poprzez zamówienia internetowe, jak również w wewnętrznej sieci Odwołującego.

Izba reprezentuje pogląd, że taka ogólnodostępność w handlu jest rozumiana zbyt wąsko w aspekcie specyfiki dogodności użytkowania pomp insulinowych wymaganej postanowieniami Siwz, których adresatem jest szczególny krąg podmiotów jakimi są dzieci chore na cukrzycę.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania, na zasadzie art.192 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....