

**WYROK**

**z dnia 29 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Mariusz Gontarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 listopada 2016 r.** przez wykonawcę: **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Bolesława Kryświczka 7/8, 61-825 Poznań**, przy udziale wykonawcy:

**IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j., ul. Dąbrowskiego 77, 60-529 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Specjalistycznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej, ul. Bolesława Kryświczka 7/8, 61-825 Poznań:**
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. ul. Dąbrowskiego 77, 60-529 Poznań** na część nr 1 i część nr 2 zamówienia,
  - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław** na część nr 1, część nr 2 i część nr 5 zamówienia,
  - 1.3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część 5 zamówienia i dokonanie wyboru oferty odwołującego **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław** na część nr 5 zamówienia,
  - 1.4. dokonanie ponownej oceny ofert na część nr 1 i część nr 2 zamówienia, poprzedzone wezwaniem odwołującego **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław** do złożenia udokumentowanych wyjaśnień treści oferty w zakresie Formularza cenowego:
    - a) oferty dla części nr 1, poz. 3; w odniesieniu do materiału z jakiego jest wykonany płaszcz trokara oraz kształtu uszczelki,

- b) oferty dla części nr 2, poz. 1 w odniesieniu do przeznaczenia narzędzia do chwytania rzepki, oraz poz. 5 i poz. 6 w odniesieniu do przeznaczenia narzędzi do przecinania drutu miękkiego i twardego o oznaczonych przekrojach.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Bolesława Krysiwicza 7/8, 61-825 Poznań,**
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Specjalistycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, ul. Bolesława Krysiwicza 7/8, 61-825 Poznań** na rzecz odwołującego: **J. D. R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław,** kwotę **9 960,00 zł** (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawę Narzędzi Chirurgicznych” - poniżej kwoty 209 euro, opublikowanym w BZP w dniu 05.09.2016 r., nr 304996-2016, w dniu 14 listopada 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez J. D. R. Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym”, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 10 listopada 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze oferty IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. z siedzibą w Poznaniu na część nr 1 i część nr 2 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części nr 1,2 i 5 zamówienia.

Zamawiający nie przecząc, że przeprowadził postępowanie w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych i informując jednocześnie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że wartość zamówienia nie przekroczyła kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 tej ustawy i, który przeprowadził postępowanie z zachowaniem procedury dla zamówień podprogowych w oparciu o przepisy ustawy Pzp - wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie artykułu 189 ust. 2 punkt 1 ustawy Pzp, gdyż w postępowaniu odwoławczym nie mają zastosowania ustawy Pzp, ze względu na szacunkową wartość zamówienia, która łącznie na wszystkie części zamówienia wynosi 105 453,51 zł, co w przeliczeniu na euro daje kwotę 25 259,93 euro. Artykuł 4 pkt. 8 ustawy Pzp stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Izba uznała, że zamawiający nie wykazał w sposób jednoznaczny, że wymienione zamówienie jest o wartości szacunkowej poniżej 30 000 euro, gdyż ze względu na art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 34 ust. 1 Pzp - podstawą wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze bądź dostawie. Zamawiający nie wykazał, iż spełnił warunki tej normy. Dodatkowo Izba sprawdziła, że na stronie internetowej zamawiającego <http://www.szoz.pl/przetargi> przedmiotowe zamówienie - Dostawa narzędzi chirurgicznych widnieje, jako prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp, w tzw. „procedurze podprogowej”. Zamawiający osobno

wymienia ogłoszenia „o zakupie/usłudze/dostawie poniżej kwoty 30 000 euro -wyłączone z ustawy Pzp”, wśród nich nie widnieje przetarg, którego dotyczy odwołanie.

Z powyższych względów izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 listopada 2016 r. przesłane środkiem komunikacji elektronicznej, zgłoszenie (w kopii przesłane stronom) złożył w dniu 17 listopada 2016 r. wykonawca wybrany IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w utrzymaniu w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Zamawiający dokonał wyboru oferty zgłaszającego przystąpienie na część 1 i 2. Zawarł umowę z tym wykonawcą na część 3 i 4. Zamawiający unieważnił postępowanie na część 5. Na część 6 odwołujący oferty nie złożył.

Izba postanowiła dopuścić udziału w postępowaniu odwoławczym IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. - uznając, że przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020), tj. ze zmianami wprowadzonymi ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Specjalistycznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem, Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Poznaniu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwaną „ustawą Pzp,” tj.:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy oferta była w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2. art. 26 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego JDR do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego, które stały się następnie podstawami do odrzucenia złożonej oferty.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i nakazania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie
- 3) nakazania unieważnienia postępowania w całości.

Ponadto, odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie:

- 4) dowodu z akt sprawy odwoławczej sygnatura akt: KIO 2056/16, w tym z poprzedniego odwołania, uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, a także
- 5) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu materiałoznawstwa na okoliczność określenia ceny w (zadaniach) części numer 2 i numer 5 - na poziomie odpowiadającym cenie rynkowej (nie będącej rażąco niską ceną).

W uzasadnieniu zgłaszanych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania. Odwołujący utrzymywał, że w razie uwzględnienia odwołania i ponownej oceny ofert, jego oferta będzie najkorzystniejsza, co z kolei pozwoli na uzyskanie stosownego dochodu z kontraktu. Szkodę majątkową odwołujący uzasadniał tym, że na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego utraci możliwość wyboru jego oferty i zawarcia umowy oraz dostawy przedmiotowych narzędzi.

Odwołujący wyjaśniał, że niniejsze odwołanie stanowi w tym postępowaniu, drugi przypadek skorzystania przez niego ze środka zaskarżenia określonego w art. 180 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający uporczywie i w sposób bezprawny ponownie odrzucił jego ofertę, powołując się w rzeczywistości na te same argumenty, co przy dokonaniu po raz pierwszy czynności odrzucenia.

Odwołujący stwierdził, że w pierwotnie złożonym odwołaniu zakwestionował pierwszą czynność odrzucenia swojej ofert - opartą przez zamawiającego na zarzucie niezgodności treści jego oferty z postanowieniami SIWZ.

W skutek pierwszego odwołania złożonego w dniu 3 listopada 2016 r., zamawiający poinformował Prezesa KIO: *"że uwzględni odwołanie wykonawcy J.D.R. Polska i uwzględni w całości zarzuty Odwołującego. I"(..)w związku z powyższym przystąpi do ponownej oceny ofert"*.

Odwołujący stwierdził, że powyższe wskazuje, że zamawiający bądź niestarannie dokonał oceny złożonych ofert, co przy ponownej ocenie powinno skutkować:

- zmianą składu Komisji Przetargowej (nie ma pewności, że "niestaranność" się nie powtórzy), bądź
- uwzględnił twierdzenia odwołującego.

Odwołujący podnosił, że zamawiający w kolejnej decyzji o odrzuceniu jego oferty - podniósł te same argumenty, np.:

- dot. poz. 1 i 4. Zadania 1
- dot. poz. 11 Zadania 2.

Nadto, postawił zupełnie nowe, zdaniem odwołującego bezprzedmiotowe, zarzuty, nie żądając od odwołującego uzupełnienia „informacji przetargowej” zgodnie z ustawą Pzp. Zamawiający po raz kolejny wybrał firmę IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j., której oferta była droższa od oferty odwołującego, i w opinii odwołującego nie spełniała wymogów SIWZ „(wykazane w Uzupełnieniu Odwołania Wykonawcy z dnia 31/10/2016, sygn. akt: 2056/16)”.

Odwołujący stwierdził, że nie ma wiedzy, czy oferta firmy IMS (drugi oferent w zadaniach, gdzie odrzucono ofertę odwołującego), została uzupełniona o wyjaśnienia niezgodności oferty z SIWZ. Jednakże ponowny wybór firmy IMS wskazuje na taką sytuację (w innym wypadku oferta ta powinna być odrzucona), w przeciwnym wypadku doszłoby do złamania zasady równego traktowania oferentów. Zaznaczył, że zamawiający nie wezwał firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. o wyjaśnienie złożonej oferty.

Odwołujący utrzymywał, że zamawiający przy ponownej ocenie ofert, po raz kolejny naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wskazywał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty J.D.R. w części nr 1 poz. 1 zamawiający ponownie podniósł identyczne zarzuty, które odwołujący zaskarżył w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu z dnia 27 października 2016 r. Przekonywał, że po wyjaśnieniach podczas prezentacji, zamawiający musiał uznać je za wystarczające, skoro nie poprosił o wyjaśnienie oferty w tym zakresie - w piśmie z dnia 11.10.2016 r.

### Zadanie nr 1 poz. 3.

Odwołujący przytoczył uzasadnienie odrzucenia jego oferty: *"W toku badania oferty stwierdzono, że płaszcz trokara nie jest wykonany z tworzyw PEEK oraz PPSU, co było wymogiem SIWZ"*

Według odwołującego - twierdzenie takie nie ma pokrycia w faktach. W związku z faktem iż w "Załączniku nr 2 do SIWZ - formularz cenowy, Zadanie nr 1- zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej" w "Wymogach dotyczących zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej" w punkcie 10 był zapis *"Zamawiający w celu sprawdzenia kompatybilności zaoferowanego asortymentu może wezwać wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji"*.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że przedstawiciel jego firmy - po otwarciu ofert, zaoferował przeprowadzenie prezentacji u oddziałowej na bloku operacyjnym. Prezentacja obejmowała omówienie parametrów technicznych zaoferowanego sprzętu, prezentacja płaszcz trokara oraz grotu trokara poz. 2. i 3. Zadanie nr 1- zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej oraz narzędzi laparoskopowych. Zdaniem odwołującego, zaprezentowany trokar został oceniony jako "taki sam" jak posiadany na oddziale trokar firmy RUDOLF.

Zaznaczał, że jeżeli zamawiający posiadał jakiegokolwiek dodatkowe wątpliwości, co do materiału z jakiego wykonany był wspomniany produkt, mógł wezwać odwołującego do kolejnej prezentacji, bądź wezwać do wyjaśnienia złożonej oferty. W przekazanym w dniu 11.10.2016 r. piśmie, wzywającym do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty nie wspomniano o „nieprawidłowościach dotyczących materiału z jakiego wykonany jest płaszcz trokara.”

W odniesieniu do kolejnego zarzutu zamawiającego: *„ponadto uszczelka, której wymagał Zamawiający miała być w kształcie stożka z 4 skrzydełkami, które umożliwiają poruszanie się narzędzia wewnątrz płaszcz bez utraty gazu z jamy brzusznej. Uszczelka wewnętrzna zaoferowana(..) nie spełnia wymogów SIWZ w tym zakresie. Jest to zwykły stożek bez żadnych skrzydełek (SIC!)(..). Ponadto wyklucza to również możliwość kompatybilności oferowanego produktu z posiadaniem przez szpital instrumentarium, co było oddzielnym wymogiem(...)”* - zaznaczał, że zadaniem każdej uszczelki jest "uszczelnianie", a zamawiający nie wykazał wadliwości technicznych działania uszczelki stożkowej. Wyjaśniał, że jest to jedna z uszczelki powszechnie stosowanych w płaszczach trokarów laparoskopowych. Prezentacja w szpitalu obejmowała dwie uszczelki, i zdaniem odwołującego obydwie pasowały zarówno do płaszczy oferowanych przez firmę J.D.R. Polska, jak i płaszczy firmy RUDOLF.

Odwołujący - dla potwierdzenia kompatybilności *„oferowanego produktu z posiadaniem przez szpital instrumentarium,”* wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z fotografii - części płaszcz trokara firmy RUDOLF z uszczelką stożkową.

Ponadto, zaznaczył, że zamawiający uznał za ważną ofertę firmy IMS z uszczelką w kształcie walca (dotychczas nie spotkał się z określeniem takiej bryły jako "stożka ze skrzydełkami"). "Skrzydełka" według odwołującego miały być ruchomymi częściami uszczelki, stwierdzi zatem, że oferowana przez niego uszczelka takowe posiada.

#### Zadanie nr 1 poz.4.

Odwołujący argumentował, że w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu w sprawie Sygn. akt: KIO 2056/16, wyjaśniał, że taki zarzut nie ma potwierdzenia w faktach.

Zacytował fragment: "Fakt posiadania bezpiecznego grotu trójkątnego potwierdzony został zarówno podczas prezentacji w dniu otwarcia ofert, jak i w dniu 14.10.2016 w Dziale Zamówień Publicznych Zamawiającego."

Ponadto, w ofercie która wg zamawiającego spełnia warunki zamówienia opisane w SIWZ w tej pozycji (4) występuje grot trokara (TR350-054), który jest identyczny w budowie i parametrach, oraz w katalogu firmy RUDOLF przedstawiony jest w identyczny sposób jak grot w ofercie odwołującego.

W załączeniu ponownie przedstawił karty katalogowe zaoferowanego trokara firm RUDOLF i bestMedical.

#### Zadanie nr 2 poz. 1.

Zarzut zamawiającego brzmiał: *"oferta firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu dedykowania przez producenta oferowanego narzędzia do chwytania rzepki. Dedykacja taka powinna być bezwzględnie widoczna w oficjalnym katalogu, który jest przeznaczony dla użytkownika. Oferowane narzędzie nie posiada takiej dedykacji. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R."*

Odwołujący stwierdził, że nie podziela argumentacji zamawiającego. Uznał twierdzenie że *"dedykacja taka powinna być bezwzględnie widoczna w oficjalnym katalogu"* za nie mające pokrycia w zapisach SIWZ. Utrzymywał, że dedykowanie do chwytania rzepki stanowi fragment opisu narzędzia oraz, że zaoferował narzędzie, które w powszechnym użyciu jest stosowane do chwytania rzepki - zgodnie z wymogami specyfikacji - występujące u większości producentów europejskich, i takie samo narzędzie zostało zaoferowane przez firmę IMS.

Odwołujący wywodził, że zamawiający w żadnym punkcie nie wykazał wadliwości, lub niezgodności z wymogami technicznymi oferowanego produktu. Ponadto wymóg przeznaczenia do stosowania w danej specjalności chirurgicznej miał w tym zestawie być potwierdzony poprzez certyfikat potwierdzający stosowanie normy DIN EN 10088-01 (punkt 4. Wymogów zamawiającego w tej części). Zamawiający nie podnosi tego faktu w swoim uzasadnieniu.

#### Zadanie nr 2 poz. 5. i 6.

Odwołujący przekonywał, że przez cały okres badania ofert zamawiający uznawał jego ofertę w tym zakresie za udokumentowaną właściwie i wywodził to z braku pytań dotyczących tych pozycji w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych ofert. Odwołujący podnosił, że chcąc zapewnić zamawiającego o pełnej zgodności jego oferty z SIWZ - w odpowiedzi na zapytania z dnia 14.10.2016 r. potwierdził ten fakt ponownie: („W



odpowiedzi na Państwa zapytanie informujemy co następuje: 1. Wszystkie zaproponowane przez nas narzędzia są zgodne ze specyfikacją i odpowiadają wymaganiom technicznym określonym w Specyfikacji").

#### Zadanie nr 2 poz. 11.

Odwołujący uznawał, że w złożonym wcześniej odwołaniu z dnia 27 października 2016 r. wykazał manipulację zamawiającego argumentującego odrzucenie oferty w tym punkcie.

Raz jeszcze wyjaśniał, że w odpowiedziach z dnia 16.09.2016 r. umieszczono doprecyzowanie opisu: "Zamawiający podaje przykładowe numery katalogowe narzędzi, które są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, t.j.: f..) Poz. 11. - RU.TO7-14". W odpowiedzi na wezwanie z dnia 10.10.2016 r. w pkt. 4. odwołujący dołączył oświadczenie producenta o identycznych cechach technicznych zaproponowanego narzędzia z narzędziem firmy RUDOLF o nr RU5537-14. W opinii odwołującego- rysunki na kartach katalogowych firm RUDOLF i bestMedical potwierdzają to jednoznacznie.

#### Zarzut rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że zamawiający nie wykonał prawidłowo obowiązku określonego w art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Przypomnił, że zamówienie składało się z kilku części. Jedynym pismem zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny - było pismo z dnia 11.10.2016 r., gdzie zamawiający nie wskazał w odniesieniu, do którego z zamówień częściowych formułuje podejrzenie niskiej ceny. Jako wykonawca przy tak nieskonkretyzowanym wezwaniu zamawiającego nie był w stanie w sposób wystarczająco precyzyjny odczytać intencji zamawiającego.

Stwierdził, że na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienie w dniu 14 października 2016r., które niejako „na ślepo” odnosiło się do cen wszystkich części zamówienia. Ku zaskoczeniu odwołującego, złożone wyjaśnienie (jedno do wszystkich ofert) zostało przyjęte w zakresie części nr 2, a odrzucone w zakresie części nr 5.

Uznał kolejną decyzję o odrzuceniu jego oferty, z powodu braku wystarczającego wyjaśnienia - za dziwną, a nadto że jego wyjaśnienie miało potwierdzenie w przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu. W zakresie części nr 4 kwota przeznaczona na zakup wynosiła 19 961,95 zł. Oferta firmy MEDIM wynosiła 19 961,96 zł, a oferta firmy IMS stanowiła tylko 34% wartości kwoty przeznaczonej na ten pakiet.

W części 6 żadna oferta nie była odrzucona a różnice w cenie wynosiły 33%. Analiza kwot przeznaczonych przez zamawiającego na daną część, według odwołującego może

potwierdzać fakt, że przy wycenie szacunkowej części zamówienia - nie analizowano ofert kilku firm, ale jednej. Odwołujący przywoływał informacje podane na otwarciu ofert, kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia:

- część 1 - przeznaczono 17.517,60 zł, oferta z najwyższą ceną: 17.517,60 zł
- część 2 - przeznaczono 39.898,44 zł, oferta z najwyższą ceną: 39.895,47zł
- część 3 -przeznaczono 20.473,80 zł, oferta z najwyższą ceną: 20.472,80 zł
- część 4 - przeznaczono 19.961,95 zł, oferta z najwyższą ceną: 19.961,96zł.

Z zestawionych wartości szacunkowych poszczególnych części zamówienia odwołujący wywodził, że można było ustalić, której firmy oferta była podstawą wyceny zamawiającego. Potwierdzały to zapisy specyfikacji, np. numery katalogowe firm - podawane jako referencyjne.

Odwołujący podnosił, że elementem gry handlowej jest w takim przypadku ustalenie marży na wystarczająco niskim poziomie, żeby cenowo pokonać konkurentów. Stwierdził, że nieraz "trafia się" trochę poniżej ceny spodziewanej u innych oferentów, czasami różnice są większe, co dało się zauważyć w różnicach cen w niniejszym przetargu i z czego wywodził prawdziwość oświadczenia o uczciwym sposobie ukształtowania jego cen na poszczególne części zamówienia.

W razie dalszych wątpliwości w zakresie określenia cen złożonych ofert na poszczególne części - na poziomie odpowiadającym cenom rynkowym - odwołujący wnosił o powołanie biegłego celem ustalenia powyższej okoliczności przez osobę posiadającą wiadomości specjalne w dziedzinie objętej przedmiotem postępowania.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucał również odstąpienie przez zamawiającego od obligatoryjnej procedury określonej art. 26 ust 3 Pzp. W części nr 1, poz. 3 w zakresie potwierdzenia wykonania zaproponowanego narzędzia z materiału PEEK i PPSU, oraz potwierdzenia kształtu uszczelki co do zgodności z opisem SIWZ w tej samej pozycji. W części nr 2, poz. 1 - potwierdzenia dedykowania narzędzia przez producenta do chwytania rzepki- wg odwołującego takiego wymogu w SIWZ nie było. Jednakże utrzymywał, że w razie wątpliwości co do przeznaczenia narzędzia, zamawiający powinien wystąpić z takim pytaniem.

Poz. 5 i 6 - zaznaczał, że zamawiający uznał spełnianie tego wymogu podczas pierwszej oceny oferty JDR Polska. Wątpliwości pojawiły się podczas ponownej oceny oferty, jednakże odwołujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień. Działanie takie jako naruszające dyspozycję art. 26 ust 3 Pzp, w opinii odwołującego - uzasadnia wnioski o nakazanie uchylenie zaskarżonych czynności zamawiającego.

załączniki:

- 1) Pismo zamawiającego o uznaniu odwołania
- 2) Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10.11.2016r.
- 3) Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dn. 11.10.2016r.
- 4) Wyjaśnienia do złożonej oferty z dnia 14.10.2016r.
- 5) Zdjęcie uszczelki stożkowej w płaszczu firmy RUDOLF
- 6) Karty katalogowe z grotami trokara firmy RUDOLF i bestMedical
- 7) Formularz cenowy -Załącznik nr 2 do SIWZ
- 8) Odpowiedź na pytania do SIWZ z dnia 16.09.2016r.
- 9) Załącznik do wyjaśnień potwierdzający zgodność pozycji z wymaganiami SIWZ
- 10) Karty katalogowe firmy RUDOLF i bestMedical dotyczące poz. 11 części nr 2.
- 11) Informacja z otwarcia ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 listopada 2016 r. złożonej na posiedzeniu Izby, zajął następujące stanowisko.

*(...) „I. Uwzględnienie Odwołania z dnia 27 października 2016 roku*

*Wskazać w pierwszej kolejności należy, że uwzględnienie przez Zamawiającego pierwszego ze złożonych odwołań nie nakazuje mu a limine dokonywania czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego. Takie jest w tym zakresie stanowisko orzecznictwa. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 roku (sygn. akt KIO 2225/14) „Zamawiający nie jest zobowiązany do wykonania wszystkich żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu. W takiej sytuacji wykonawca, którego odwołanie zostało pierwotnie uwzględnione jest legitymowany do ponownego skorzystania ze środka ochrony prawnej, inicjującego postępowanie odwoławcze mające na celu weryfikację zgodności z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) tych czynności zamawiającego, które stoją w sprzeczności z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu”. Ponadto w myśl wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2014 roku (sygn. akt KIO 604/14) „Sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem. Artykuł 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych,*

których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia".

Zatem w niniejszym stanie faktycznym uwzględnienie pierwszego z odwołań przez Zamawiającego nie może automatycznie rzutować na konieczność jego bezkrytycznego uwzględnienia przez Izbę. Warto wskazać, że Zamawiający działał w tym wypadku jedynie w celu przeprowadzenia ponownego badania ofert i w konsekwencji usunął te podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, który były w jego ocenie wskazane wadliwe, jednakże nie sposób uznać, iż może to prowadzić do automatycznego przyjęcia oferty Odwołującego. Dodać trzeba, że każdorazowo zamówienie w myśl art. 7 ust. 3 Pzp powinno zostać udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tejże ustawy. Jest to naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych, która wyprzedza w tym wypadku art. 186 ust. 2 Pzp niestanowiący samodzielnej normy decydującej czy wskutek uwzględnienia odwołania wykonawcy może zostać on wybrany do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## *II. Zastrzeżenia formalne, co do zarzutów odwołania*

Wskazać trzeba, że Odwołujący w sposób wadliwy sformułował zarzut dot. rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem przepis ten w żadnym zakresie nie uprawnia bądź zobowiązuje Zamawiającego do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień co do treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, gdyż ten zakres wypełnia dyspozycja art. 26 ust. 4, zgodnie z którym „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1". Nie sposób traktować tego błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż zostaje on również powtórzony na ostatniej stronie odwołania, gdzie Odwołujący wskazuje po raz kolejny na odstąpienie od obligatoryjnej (w jego ocenie) procedury wzywania do składania wyjaśnień, o której jego zdaniem mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Warto dodać, że zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1631/14) „Zamawiający nie ma obowiązku uzyskiwania stanowiska wykonawcy co do każdej informacji pozyskanej w trakcie dokonywania badania i oceny ofert. Wezwanie do wyjaśnień powinno nastąpić w sytuacji, gdy w treści oferty występują niejasności". Zatem ewidentne niespełnienie (tak jak w omawianych niżej przypadkach) wymagań SIWZ nie prowadziło do występowania niejasności w treści oferty, ale do jej niezgodności z treścią SIWZ, której Zamawiający nie był zobowiązany usuwać.

*Dodać jednocześnie trzeba, że nawet uznanie przez Izbę, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp - choć w ocenie Zamawiającego przepisy te znalazły już swoje prawidłowe zastosowanie w Postępowaniu - nie może w tym zakresie prowadzić do uwzględnienia odwołania ze względu na brak poprawnie skonstruowanego zarzutu. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 roku (sygn. akt KIO 166/15) „Zarzut odwołania, którego sformułowanie pozostaje w wyłącznej dyspozycji wykonawcy, powinien zawierać wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz związane z nimi okoliczności faktyczne i prawne. Samo wskazanie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu odwołania”. Zatem samo tylko wskazanie art. 26 ust. 3 Pzp nie może prowadzić do jego uwzględnienia przez Izbę, gdyż został on skorelowany z treścią innego przepisu, tj. art. 26 ust 4 Pzp, które wzajemnie się wykluczają.*

*III. Przeprowadzenie prezentacji przez zamawiającego (...)*

*V. Zadanie częściowe nr 1 poz. 3*

*Również w tym przypadku Odwołujący powołuje się na rzekomą prezentację, podczas której Zamawiający miał ocenić trokar jako „taki sam” jak posiadany na oddziale trokar firmy Rudolf. Dodatkowo Odwołujący stosuje taką samą narrację jak w zakresie poz. 1, co do obowiązku wezwania go przez Zamawiającego o wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie. Zauważyć należy, że to każdorazowo wykonawca składa ofertę i to wykonawca jest zobowiązany do wykazania, iż zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Przedłożony przez Odwołującego dokument nie potwierdza, aby płaszcz trokara był wykonany z tworzyw PEEK oraz PPSU. Podobnie należy rozpatrywać kwestię uszczelki. W treści SIWZ wyraźnie wskazano, iż uszczelka winna być w kształcie stożka z 4 skrzydełkami, czego w oferta Odwołującego w żadnym miejscu nie potwierdza. Zamiast tego Odwołujący każdorazowo wspomina o prezentacji, która rzekomo miała potwierdzać zgodność oferty z SIWZ.*

*VII. Zadanie częściowe nr 2 poz. 1*

*Jednoznacznie określonym wymogiem Zamawiającego, który nie został w żaden zakwestionowany przez Odwołującego jest dedykowanie przez producenta przedmiotowego narzędzia do chwytania rzepki. Taka też właściwość konkretnego narzędzia winna wynikać z treści oferty, tak jako zostało wskazane ofercie IMS sp. z o.o., tj. ofercie Przystępującego. Warto dodać, że Przystępujący wprost wskazał, iż zaoferowane przez niego narzędzie posiada taką dedykację nadaną mu przez producenta. Brak jest natomiast takiego potwierdzenia dla narzędzia oferowanego przez Odwołującego. Nie sposób uznać argumentacji Odwołującego jakoby dedykacja do chwytania rzepki mogła być jedynie*

fragmentem opisu narzędzia, albowiem w takiej sytuacji opis w SIWZ brzmiałby „Kościotrzymacz dedykowany do chwytania rzepki”. Z kolei opis Zamawiający wyraźnie odnosi - do dedykacji producenta w tym zakresie, czego w ofercie Odwołującego z oczywistych względów brakuje.

#### VIII. Zadanie częściowe nr 2 poz. 5 i 6

Podkreślić po raz kolejny należy brak obowiązku wzywania przez Zamawiającego do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do treści oferty lub dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Zauważyć trzeba, że Odwołujący w treści odwołania nie podjął nawet próby polemiki z zarzutami Zamawiającego dotyczącymi posiadania przez oferowany produkt potwierdzenia parametrów maksymalnej średnicy cięcia drutu zarówno miękkiego i twardego (...).

#### X. Zarzut rażąco niskiej ceny

W tym miejscu wskazać trzeba, że Odwołujący został prawidłowo wezwany przez Zamawiającego w zakresie złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny.

Wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi:

- dla zamówienia częściowego nr 2 - 39.898,44 zł
- dla zamówienia częściowego nr 5 - 4.536,00 zł
- Z kolei cena oferty Odwołującego wynosi:
- dla zamówienia częściowego nr 2 - 27.108,48 zł, a zatem jest niższa o 32% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług
- dla zamówienia częściowego nr 5 - 1.815,22 zł, a zatem jest niższa aż o 69% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

Z powyższego wyliczenia wprost wynika, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego w zakresie części 2 i 5 zamówienia. Dodać trzeba, że nic nie stało na przeszkodzie, aby również wezwać Odwołującego do wyjaśnienia ceny w zakresie części 1 zamówienia, albowiem ustawa Pzp pozwala Zamawiającemu na wzywanie wykonawców w tej materii każdorazowo, gdy tylko cena oferty wydaje się rażąco niska. Ocena czy w danym stanie faktycznym cena wydaje się rażąco niska należy do Zamawiającego i w razie skierowania do wykonawcy stosownego wezwania, jest on zobowiązany do jego rzetelnego wykonania.

Odwołujący zatem nie musiał jako na to wskazuje w treści odwołania „na ślepo” odnosić się do cen wszystkich zamówień częściowych, albowiem z treści pisma to wynikało, nawet jeżeli intencją Zamawiającego było wezwanie Odwołującego tylko w zakresie części nr 2 i 5. Podkreślić jeszcze raz należy, że obowiązkiem Odwołującego było prawidłowe ustosunkowanie się do treści wezwania, co oczywiście nie zostało dokonane, czego

*konsekwencją stało się w pełni uzasadnione odrzucenie oferty w zakresie części 2 i 5 części zamówienia.*

*Odnosząc się do „merytorycznej” części odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazać trzeba na postępowanie Odwołującego, który poszukuje uzasadnienia ceny swojej oferty w cenach ofert złożonych przez innych Wykonawców w ramach pozostałych części zamówienia, zamiast skupić się wyjaśnieniu istotnych elementów ceny swojej oferty. Dodać trzeba, że inne części zamówienia dotyczyły m.in. specjalistycznych zestawów laryngologicznych, czyli w żaden sposób nie można ich porównać z sytuacją na rynku narzędzi i akcesoriów laparoskopowych oraz rynku narzędzi ortopedycznych. Podkreślenia wymaga, iż odwołujący dokonując wyjaśnień dotyczących wyliczeń ceny lub kosztu powinien skupić się na relacji w jakiej pozostaje cena jego oferty do przedmiotu zamówienia, a nie natomiast poszukiwać ochrony podając za przykład inne postępowania dotyczące zupełnie innego asortymentu.*

*Warto wskazać, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt. 1 Pzp „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej, spoczywa na: wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego”. Odwołujący jest oczywiście stroną tego postępowania, więc powyższą okoliczność powinien wykazać. Odnosząc się z kolei do wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, wskazać należy iż powinien on zostać oddalony na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym „Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki”. Intencją Odwołującego wydaje się być posłużenie się biegłym celem wyręczenia go z obowiązków jakie nakłada na niego ustawa Pzp związanych z koniecznością wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powołany biegły mógł ewentualnie oceniać dowody (gdyby takie były) na potwierdzenie zasadności twierdzeń Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Innymi słowy biegły mógłby ocenić czy określone szczególne okoliczności pozwalają na zaoferowanie konkretnej w tym przypadku ceny. Odwołujący nie może natomiast żądać, aby zadaniem biegłego była wyłącznie samodzielna ocena oferty i wyręczenie Odwołującego z obowiązku przedłożenia dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Z tego też względu niniejszy wniosek dowodowy należy ocenić jako złożony wyłącznie dla zwłoki.*

*Odnosząc się z kolei do lakonicznych wyjaśnień złożonych na etapie badania i oceny ofert, wskazać należy, iż nie mogły one znaleźć uznania przez Zamawiającego w zakresie części 2 i 5 zamówienia, skoro są to gołosłowne twierdzenia nie znajdujące żadnego potwierdzenia w przedstawionych (a właściwie nie przedstawionych) dowodach. Odwołujący wskazuje na: długoletnią współpracę z producentem, nie wskazując ile faktycznie ta współpraca wynosi,*

*dostawy takiego samego asortymentu do innych podmiotów, nie wskazując co, w jakiej ilości i kiedy byto przez te podmioty zamawiane*

*- załączenie informacji z otwarcia ofert z innych postępowań, z których nie wynika w żadnym zakresie ich przedmiot, co też uniemożliwiało ich jakąkolwiek ocenę. Nie zostało też wykazane, aby oferty Odwołującego zostały w tych postępowaniach przyjęte do realizacji i w konsekwencji zostały zawarte stosowne umowy o zamówienie publiczne.*

*Oczywistym wydaje się, iż tego typu wyjaśnień Zamawiający nie mógł uznać za wystarczające, z tego też względu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 jest ze wszech miar chybiony.”*

Przystępujący IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j., popierał stanowisko zamawiającego oraz stanowisko przedstawione w piśmie do zamawiającego z dnia 02.10.2016 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z protokołu postępowania z załącznikami, postanowień SIWZ z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym, z zawiadomienia o wyniku przetargu z dnia 26 października 2016 r. oraz z dnia 10 listopada 2016 r. Ponadto, dowód z akt sprawy odwoławczej sygnatura akt: KIO 2056/16, w tym z poprzedniego odwołania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron oraz przystępującego przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał następujący stan faktyczny i chronologia czynności w postępowaniu, którego strony i uczestnik nie kwestionowali, ani nie wnosili o jego uzupełnienie.

Z tych względów Izba przyjęła ten stan faktyczny za podstawę rozstrzygnięcia.

Przedmiot zamówienia obejmuje „Dostawę narzędzi chirurgicznych” z podziałem na 6 części.

Określenie przedmiotu zamówienia na część:

- nr 1 Zestaw narzędzi do laparoskopii operacyjnej
- nr 2 Zestaw narzędzi do chirurgii urazowej oraz laryngologicznej w operacjach pediatrycznych
- nr 3 Narzędzia do drenażu jam bębenkowych
- nr 4 Zestaw do operacji tympanoplastycznych
- nr 5 Narzędzia mikrochirurgiczne



- nr 6 Narzędzia ortopedyczne

Oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części i jednej części.

Zamówienie, które jest przedmiotem niniejszego postępowania zostało podzielone na 6 zamówień częściowych o następującej wartości.

- 1) 16 220,00 zł, co stanowi równowartość 3 885,12 euro
- 2) 36 943,00 zł, co stanowi równowartość 8 848,84 euro
- 3) 18 957,22 zł, co stanowi równowartość 4 540,76 euro
- 4) 18 483,29 zł, co stanowi równowartość 4 427,24 euro
- 5) 4 200,00 zł, co stanowi równowartość 1 006,01 euro
- 6) 10 650 00 zł co stanowi równowartość 2 550,96 euro

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie: zamówienia, w wysokości 113 889,79 zł, w tym w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, kwotę na sfinansowanie:

- część 1 w wysokości 17.517.60 zł
- część 2 w wysokości 39.898.44 zł
- część 3 w wysokości 20.473.80 zł część 4 w wysokości 19.961,95 zł
- część 5 w wysokości 4.536,00zł
- część 6 w wysokości 11.502,00zł

Wniosek o wszczęcie postępowania podaje, że ustalenie szacunkowej wartości zamówienia nastąpiło 24.08.2016 r. na podstawie cen rynkowych.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku 2 do SIWZ - Formularz cenowy.

### SIWZ III. Opis Przedmiotu zamówienia

3.1. Jeżeli w Opisie przedmiotu zamówienia występują nazwy własne należy je traktować wyłącznie jako przykład produktu, który dokładnie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia: w każdym takim przypadku zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym pod warunkiem, że oferowany asortyment posiada parametry jakościowe, co najmniej takie same lub lepsze jak asortyment opisany za ich pomocą przez zamawiającego.

3.2 Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne winien udowodnić zamawiającemu za pomocą środków, o których mowa w art. 30 b ust. 1 ustawy, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp.

3.3. Zamawiający uzna za sprzeczne z SIWZ oferty zawierające asortyment o niższych (gorszych) parametrach niż wymienione niniejszej SIWZ, tym samym takie oferty będą podlegały odrzuceniu.

SIWZ. VI, pkt 10 w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadające wymaganiom określonym przez Zamawiającego, zamawiający żąda: opisów, fotografii oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego.

UWAGA: Dostarczone materiały muszą w sposób jednoznaczny potwierdzić wszystkie wymagania Zamawiającego, wymienione w opisie przedmiotu zamawiania załącznik nr 2 do SIWZ.

Zamawiający przyznał, że dokumenty te miały być złożone w trybie art. 26 ust. 2 Pzp - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ustęp 8 zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w terminie wyznaczonym nie krótszym niż 5 dni aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

X. Opis sposobu przygotowania oferty.

3 Dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem .

4. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

5. Oferta musi zawierać Formularz oferty wraz z Formularzem cenowym oraz aktualne na dzień składania ofert, oświadczenia (zał. 3 i 4 SIWZ)

14. Oferty nie odpowiadające zasadom określonym w ustawie oraz nie spełniające warunków ustalonych w niniejszej SIWZ zostaną odrzucone.

XII Opis sposobu obliczenia ceny

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które odpowiadają zasadom określonym w ustawie i spełniające warunki ustalone w SIWZ.

2. W ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (...)

3. W cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej obowiązującymi przepisami realizacji wybranej części przedmiotu zamówienia.

XIII Opis kryteriów oceny ofert

Cena - 60%

Termin dostawy - 15%

Okres gwarancji - 25%

W zał. Nr 1 do SIWZ - Formularzu oferty wykonawca składał oświadczenie, że zapoznał się z SIWZ, nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz uzyskał informacje niezbędne do przygotowania oferty.

Załączniki nr 2 do SIWZ stanowią formularze cenowe na poszczególne części zamówienia od 1 do 6, w których kolumna 2 zawiera opis wymagania, w kolumnie 3 wykonawca zobowiązany był podać numer katalogowy oferowanego produktu oraz nazwę producenta.

Pod tabelą Formularzy cenowych widnieje adnotacja - Wymogi Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych części. Np. część nr 1:

1. Wszystkie narzędzia muszą być fabrycznie nowe (rok produkcji 2016).
2. Wszystkie zaoferowane narzędzia muszą posiadać Deklaracje Zgodności producenta wystawioną na wyrób medyczny o danym numerze katalogowym, potwierdzającą zgodność oferowanego wyrobu medycznego o danym numerze katalogowym z Dyrektywą 93/42/EEC
3. Wszystkie narzędzia muszą być wykonane w najwyższym standardzie technologicznym, potwierdzonym zgodnością z aneksem do dyrektywy 93/42 EEC, mówiącym o zapewnieniu odpowiedniej jakości procesów projektowania, wykonania i dystrybucji narzędzi chirurgicznych według norm ISO 9001 oraz ISO 13485
4. Zamawiający wymaga, aby jakość materiału użytego do produkcji narzędzi potwierdzona była certyfikatem według normy DIN EN 10088-1 potwierdzający skład stopu użytego do produkcji narzędzi i wynikające stąd przeznaczenie do stosowania w danej specjalności chirurgicznej.
5. Gwarancja fabryczna nie może być krótsza niż 24 miesiące.
6. (...)
9. Wszystkie narzędzia i trokary muszą tworzyć kompatybilny ze sobą zestaw (zaleca się, aby pochodził od jednego producenta). Trokary z oprzyrządowaniem i akcesoriami (przede wszystkim gwoździami) również muszą być ze sobą kompatybilne (zaleca się, aby pochodziły od jednego producenta).
10. Zamawiający w celu sprawdzenia kompatybilności zaoferowanego asortymentu może wezwać wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji.

Oświadczam, że zaoferowane narzędzia spełniają wymagania zamawiającego i na etapie zawarcia umowy przekażę wszystkie dokumenty i certyfikaty potwierdzające wymogi zamawiającego.

Odpowiednio, tej samej treści adnotacje widnieją pod wszystkimi Formularzami cenowymi.

Wykonawcy w Formularzu cenowym zobowiązani byli jedynie podać kartę katalogową/producenta oraz cenę w poszczególnych pozycjach.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ.

W odpowiedzi z dnia 12.09.2016 r. w odniesieniu do części 1 poz.: 2,3,5,6,7. Prosimy o podanie numerów katalogowych posiadanych przez zamawiającego uchwytów i tubusów narzędzi z posiadanego przez Zamawiającego zestawu laparoskopowego RUDOLF w celu ustalenia kompatybilności z oferowanym przez nas sprzętem.

Zamawiający podał numery katalogowe posiadanych przez zamawiającego uchwytów i tubusów.

W zakresie części 2 poz. 3 na prośbę o doprecyzowanie opisu pozycji, w tym uszczelki do płaszczka trokara (ilości) - zamawiający nie udzielił odpowiedzi, i w odpowiedzi w dniu 15.09.2016 r. podał, że wymaga dostarczenia 10 szt. uszczelek.

W odniesieniu do części 2 poz.: 1,7,8,11,13. Prosimy o podanie dokładniejszego opisu wymaganych narzędzi, ewentualnie referencyjnego nr-u katalogowego, na podstawie którego dokonano opisu. Poz. opisane w ww. punktach dają możliwość zaoferowania w każdym punkcie kilku narzędzi o dużych różnicach cenowych. Ponadto, czy w poz. 7 i 8 wymagane jest to samo narzędzie.

Odpowiedź: należy złożyć ofertę zgodnie z zapisami SIWZ, w poz. 7 i 8 wymagane jest to samo narzędzie. W odpowiedzi z dnia 15.09.2016 r. podał przykładowe numery katalogowe narzędzi (...), które zgodne są z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym- pod warunkiem, że oferowany asortyment posiada parametry jakościowe, co najmniej takie same lub lepsze jak asortyment opisany za ich pomocą przez Zamawiającego. W kolejnej odpowiedzi z dnia 19.09.2016 r. zamawiający sprostował, że dopuści każde narzędzie spełniające wszystkie właściwości, parametry i rozmiary zgodnie z SIWZ.

Na pytanie: do części 2, poz. 11, podany typ narzędzia (RU5523-23) posiada długość (...) Obie bransze są zagięte ( w opisie ma być tylko jedna zagięta). Proponowany typ narzędzia nie posiada „zakończenia w postaci ostrego czubka posiadającego jeden ząbek” lecz ruchomą szczękę ułatwiającą zacisk na kości. Prosimy o doprecyzowanie, które parametry będą brane pod uwagę: te z typu narzędzia, czy z opisu w SIWZ?

Zamawiający będzie brał pod uwagę narzędzia posiadające wszystkie właściwości, parametry i rozmiary zgodnie z SIWZ.

4. Sprostowanie do odpowiedzi z dnia 12.09.2016 r. z dnia 19.10.2016 r.

Zamówienie częściowe nr 1- Zestaw narzędzi do laparoskopii operacyjnej - poz.: 2,3,5,6,7:

Prosimy o podanie nr katalogowych posiadanych przez Zamawiającego uchwytów i tubusów narzędzi z posiadanego przez Zamawiającego zestawu laparoskopowego RUDOLF w celu ustalenia kompatybilności z oferowanym przez nas sprzętem.

SPROSTOWANIE Odpowiedzi: Zamawiający podaje numery katalogowe posiadanych przez Zamawiającego uchwytów i tubusów: Poz. 2 uchwyt (rączka bez blokady), kod : RS110 000, tubus narzędzia 5 mm, kod : RS005-000, Poz. 3 kompletny płaszcz trokara, kod: EP133-230, Poz. 5 uchwyt (rączka z blokadą dolną), kod : RS130-000, tubus narzędzia 5 mm, kod : RS005- 000, poz. 6 RS130-000, poz. 7-RS 110-000.

5) Sprostowanie do odpowiedzi z dnia 15.09.2016r,

Zamówienie częściowe nr 2-Zestaw narzędzi do chirurgii urazowej oraz laryngologicznej w operacjach pediatrycznych poz.: 1,7,8,11,13

Prosimy o podanie dokładniejszego opisu wymaganych narzędzi, ewentualnie referencyjnego nr katalogowego narzędzia, na podstawie którego dokonano opisu.

Pozycje opisane w w/w punktach dają możliwość zaoferowania w każdym punkcie kilku narzędzi o dużych różnicach cenowych. Ponadto, czy w pkt. 7. i 8. Zamawiający wymaga tego samego narzędzia? Podane opisy różnią się tylko określeniem „wąska”-„bardzo wąska”, jednakże podane w opisach wymiary są identyczne.

SPROSTOWANIE z dnia 19 października 2016 r. Odpowiedzi: Należy złożyć ofertę zgodnie z zapisami SIWZ, w pozycji 7 i 8 wymagane są różne narzędzia. Muszą się one różnić końcówkami - jak w opisie SIWZ, gdyż używane są do różnych grubości drutu oraz różnych sytuacji operacyjnych.

Zamawiający podaje przykładowo numery katalogowe narzędzi, które zgodne są z opisem przedmiotu zamówienia, t.j.: Poz. I-RU 5540-01, Poz. 7-RU 5761-19, Poz. 8 - RU 5761-20, Poz. 11 RU 5537-14, Poz. 13 - 195-130-14. Doprecyzowanie opisu: Bransze proste, żebrowane na całej długości na końcówce roboczej narzędzia każda z bransz zagięta półkuliście.

Jednocześnie Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym - pod warunkiem, że oferowany asortyment posiada parametry jakościowe, co najmniej takie same lub lepsze jak asortyment opisany za ich pomocą przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga, by oferowane narzędzia spełniały wszystkie parametry, rozmiary i właściwości opisane w SIWZ.

Termin składania ofert - 23.09.2016 r. Oferty złożyli:

J. D. R. Polska Sp. z o.o.:

część 1 - cena - 12 996,66, termin dostawy - 3, okres gwarancji - 49

część 2 - cena - 27 108,48, termin dostawy - 5, okres gwarancji - 49

część 5 - cena - 1 815,22, termin dostawy - 5, okres gwarancji - 49

MS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j.

część 1 - cena - 17 517,60, termin dostawy - 1, okres gwarancji - 24

część 2 - cena - 39 895,47, termin dostawy - 1, okres gwarancji - 60

Ponadto wykonawca MS Innovative Medical Solutions złożył ofertę na część 3 i 4 zamówienia.

Na część 5 zamówienia ofertę złożył wykonawca Ronest s.c. J. N.; L. R., T. S. - cena 4 992,20, termin dostawy - 1, okres gwarancji - 49 - oferta odrzucona.

Wykonawcy, w tym odwołujący w poszczególnych poz. Formularza cenowego 1 i 2 wpisali numery katalogowe produktu oraz nazwę producenta. Odwołujący opisy i fotografie produktów dołączył do oferty (w języku angielskim). W Formularzu dla części 2 nie wpisał nazwy producenta. Strony były zgodne, że po numerze katalogowym można było ustalić producenta.

Pismem z dnia 03.10.2016 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę, [t.j. odwołującego] do złożenia dokumentów, potwierdzających cechy przedmiotowe zaoferowanego sprzętu wraz z ich tłumaczeniem na język polski zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący przy piśmie z dnia 06.10.2016 r. złożył opisy z katalogu producenta oferowanych wyrobów.

Pismem z 11.10.2016 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień odnośnie treści oferty, w zakresie:

- części 1, poz. 4 „Grot trokara bezpieczny z samocofojącym się ostrzem, trójgraniasty, ostry, rozbieralny, wielorazowego użytku, dedykowany do płaszczy trokarów o śr. 5,5mm, oraz dł. tubusa 70mm. Kompatybilny z trokarem oferowanym w poz. 3.” Wykonawca zaoferował produkt o numerze katalogowym 265-022K BestMadical, który wg. karty katalogowej posiada długość 14 cm i jest tępy.

- części 2, poz. 7 kleszcze do zginania drutu rozmiar 0,5mm. Wykonawca w swojej ofercie nigdzie nie potwierdza rozmiaru.

- części 2, poz. 11 „Kościotrzymacz z blokadą dolną, jedna bransza zagięta półkuliście i zakończona tępo oraz ożebrowana, druga bransza zamykająca kleszcze prosta, zakończona ostrym czubkiem posiadającym jeden ząbek, dł. Narzędzia 14,5cm”.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp, w związku z ustaleniem, że zaproponowana przez Państwa w ofercie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia z VAT wymagał złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający przytoczył definicję ustawową.

W zakreślonym terminie dnia 14.10.2016 r. zostały złożone wyjaśnienia przez odwołującego:

1. Wszystkie zaproponowane przez nas narzędzia są zgodne ze specyfikacją i odpowiadają wymaganiom technicznym określonym w Specyfikacji.
2. Pakiet 1. Poz. 4. Zaproponowany w pakiecie 1. Poz. 4 trokar jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Wg. opisu technicznego powinien to być „Grot trokara bezpieczny z samocofającym się ostrzem, trójgraniasty, ostry, rozbieralny, wielorazowego użytku. Dedykowany do płaszczy trokarów o śr. 5,5mm, oraz dł. tubusa 70mm. Kompatybilny z trokarem oferowanym w poz. 3.” Opisany w poz. 3 płaszcz powinien posiadać; korpus oraz tubus. W systemie oferowanym przez naszą firmę, podobnie jak w systemie Easyport firmy RUDOLF, korpus płaszcza posiada dł. ok. 60mm. Żeby narzędzie (grot trokara) było kompatybilne z opisany w poz. 3 płaszczem trokara musi posiadać ono długość większą niż płaszcz, czyli 130mm (60mm korpus-)- 70mm tubus), np. 14cm. Trokar bezpieczny cechuje się tym, że po jednorazowym przebiciu powłok ostrze jest zabezpieczane i trokar staje się trokarem tępym. Ponadto pragnę zaznaczyć, że po otwarciu ofert udałem się na blok operacyjny w celu prezentacji kompatybilności z posiadanym już przez Państwa sprzętem. Kompatybilność została potwierdzona.
3. Pakiet 2. Poz. 7. W celu potwierdzenia wielkości ząbkowania końcówki dołączamy oświadczenie producenta [Załącznik nr 1].
4. Pakiet 2. Poz. 11. Zamawiający wymagał „Kościotrzymacz z blokadą dolną, jedna bransza zagięta półkuliście i zakończona tępo oraz ożebrowana, druga bransza zamykająca kleszcze prosta, zakończona ostrym czubkiem posiadającym jeden ząbek, dł. Narzędzia 14,5cm”. Po zapytaniach od Oferentów Zamawiający doprecyzował: „Zamawiający podaje przykładowo numery- katalogowe narzędzi, które zgodne są z opisem przedmiotu zamówienia. t.j. (...)Poz. 11 RU 5537-14.” Na potwierdzenie spełniania warunków dołączamy Oświadczenie Producenta o zaoferowaniu w tej pozycji narzędzia o identycznych parametrach technicznych jak narzędzie RU5537-14 firmy RUDOLF [załącznik nr 1]. Ponadto pragniemy zaznaczyć, że przedstawiony w naszym katalogu szkic nie potwierdza, iż bransza zagięta jest pod kątem 45 stopni. Przedstawia jedynie kształt części roboczej narzędzia o półkuliście wygiętych branszach.
5. Odnosząc się do Państwa wniosku z dnia 30.09.2016 o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, informujemy, że na ustalenie wartości oferty nie miały wpływu oszczędności w metodzie wykonania oferty, ani wybrane rozwiązania techniczne, ani oryginalność projektu wykonawcy, ani zaniżone koszty pracy. Za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy można uznać długoletnią współpracę między producentem, a oferującym, co skutkuje dużymi rabatami przy zakupie sprzętu. Stałe dostawy, często identycznych z oferowanymi, narzędzi firmy

Best Medical, były dostarczane sukcesywnie do kilku jednostek służby zdrowia (m. in. Szpital ALDEMED w Zielonej Górze, Szpital Bielański w Warszawie) Oczywiście byłoby, że taki klient nie zamawiałby u nas stale sprzętu, jeżeli dostawca nie byłby w stanie zadowolająco zrealizować poprzednich zamówień. Oferowanie przez nas narzędzia całkowicie spełniają wymagania opisane dla wyrobu medycznego. Ponadto pragniemy wyjaśnić, że w przypadku narzędzi chirurgicznych firm europejskich, bądź amerykańskich, co wiemy z długoletniego doświadczenia, najważniejszym elementem wyznaczenia ceny dla odbiorcy jest wysokość prowizji nakładanej przez pośrednika/sprzedawcy/dystrybutora bądź przedstawiciela. Dla przykładu załączamy również do niniejszego pisma raporty z otwarcia ofert w kilku postępowaniach przetargowych, wartości złożonych ofert znacznie się różniły, co wynika z zastosowanych różnych marży i rabatów przyznawanych w zależności od wymaganych warunków udziału w postępowaniu. W tych przetargach reprezentowała firmę Best Medical firma „L.B.”, z Łodzi. Dla porównania raporty z otwarcia ofert:

- Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie (maj 2015) [Załącznik nr 2]
- Szpital Bielański w Warszawie (listopad 2014) [Załącznik nr 3]
- SP ZOZ Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie (marzec 2015) [Załącznik nr 4]

W dniu 2.10.2016 r. przystępujący IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. ul. Dąbrowskiego 77, 60-529 Poznań, informował zamawiającego przed oceną oferty, bez zachowania trybu określonego w art. 181 ust. 2 Pzp o wadach oferty odwołującego kwalifikujących odwołującego do wykluczania, a jego ofertą do odrzucenia w częściach 1 i 2 zamówienia. Przystępujący podnosił te same zarzuty, które następnie zamawiający przedstawił odwołującemu w powiadomieniu o wyniku przetargu zarówno z dnia 26 października 2016 r., jak i z dnia 10 listopada 2016 r. i przywołane piśmie z 21.10.2016 r. Z-cy Kierownika Bloku Operacyjnego p. M. L. .

Przystępujący podnosił, że zamawiający korzysta w zakresie części 1 zestawu do laparoskopii z narzędzi producenta RUDOLF Medical GmbH & Co.Kg z siedzibą w Fridingen, Niemcy, którego produkty są objęte ochroną patentową i żaden inny osprzęt do nich nie może być używany - niż tylko i wyłącznie tej jednej firmy.

Pismem z dnia 21.10.2016 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę, [t.j. przystępującego], którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie części nr 1 i 2 do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zamawiający prosi o przesłanie opisów, fotografii (dotyczących części nr 1 i 2) oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona wykonawcą Termin do 26.10.2016 r.



W powiadomieniu z dnia 26 października 2016 r. o wyniku przetargu zamawiający informował odwołującego, jak niżej.

#### Zamówienie częściowe Nr 1 i Nr 2:

Podstawa prawna: art. 89 ust. 1 pkt 2) - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U, z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) - Podstawa faktyczna:

#### Zamówienie częściowe Nr 1

- poz. 1. - wymogiem zawartym w SIWZ i nie zmienianym na etapie zadawania pytań i udzielanych odpowiedzi było posiadanie rączki narzędzia wykonanej z aluminium pokrytego teflonem. Wykonawca: J.D.R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-617 Wrocław zaoferował rączkę posiadającą satynową powierzchnie nie potwierdzając tym samym pokrycia teflonem. W wyjaśnieniu przesłanym 18.10.2016 r. Wykonawca potwierdza posiadanie satynowej powłoki aluminiowej poprzez przedstawienie kart katalogowych, gdzie w sposób jednoznaczny widnieje, Aluminium anodized handles in 2 variations, extremely light, for comfortable handling. Handle with a satin-black surface and full protection against corrosion"- zgodnie z tłumaczeniem „uchwyt z satynową czarną powierzchnią odporną na korozję". Tym samym potwierdza, że nie posiada pokrycia rączki teflonem i nie spełnia wymogów SIWZ stawianego w tym punkcie. Dla Zamawiającego wymóg pokrycia rączki teflonem jest niezwykle i ważny w celu zabezpieczenia aluminium w procesie dekontaminacji i sterylizacji, co ma kluczowe znaczenie dla trwałości narzędzia,

- poz.4 - bezwzględnym wymogiem było zaoferowanie grota bezpiecznego dedykowanego do trokara pediatrycznego z poz. 3, czyli współpracującego z tubusem długości 70 mm. Wykonawca J.D.R- Polska Sp. z o.o. (...) zaoferował trokar bezpieczny o długości roboczej 14 cm, który z pewnością nie jest grotem dedykowanym do trokara pediatrycznego. Świadczy o tym fakt, że na załączonej do ofert karcie katalogowej pod nr 265-020K znajduje się grot bezpieczny pediatryczny o długości, roboczej 70 mm, który nie został zaoferowany w tej pozycji, Z załączonej karty katalogowej nie wynika, że ww. Wykonawca posiada w swojej ofercie jedynie groty bezpieczne tępe, a nie trójgraniaste ostre, co było wymogiem SIWZ, i tego wymogu nie jest w stanie spełnić.

#### Zamówienie częściowe Nr 2

- poz. 7 wymogiem w tej pozycji było potwierdzenie przez producenta, że oferowane imadło posiada rozmiar 0,5mm. Wykonawca J.D.R. Polska Sp. z o.o., (...) w oryginalnej karcie katalogowej producenta załączonej do oferty nie potwierdza tego parametru W wyjaśnieniach z dn. 18.10.2016 w żaden sposób nie odnosi się do tego faktu. Jest to

kluczowy parametr warunkujący użycie narzędzia w zabiegach z zakresu chirurga dziecięcej. W związku z tym produkt zaoferowany w tej pozycji nie spełnia wymogów SIWZ, ani potrzeb bloku operacyjnego,

- poz. 11 - kościotrzymacz opisany w tej pozycji SIWZ posiadał wszystkie cechy i parametry umożliwiające precyzyjne dopasowanie narzędzia. Wykonawca J D R Polska Sp. z o.o. (...) w oryginalnej karcie katalogowej nie potwierdza tych parametrów. Co więcej oferuje inny kościotrzymacz, który na naszym bloku operacyjnym nie znajduje żadnego zastosowania. Produkt zaoferowany w tej pozycji nie spełnia wymogów SIWZ. W wyjaśnieniach z dn. 18.10.2016 firma JDR tłumaczy zaoferowanie produktu nie spełniającego wymogów SIWZ „wieloznacznym i niedoprecyzowanym opisem”. Stanowczo odrzucam taką argumentację. Opis w tej pozycji zawiera szczegółowo wszystkie kluczowe parametry narzędzia.

#### Zamówienie częściowe Nr 5

Podstawa prawna; art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm) - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawa faktyczna: Zamawiający w dniu 11.10.2016 r. zwrócił się do Wykonawcy: J. D. R. Polska Sp. z o. o. (...) na podstawie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach informuje, „że na ustalenie wartości oferty nie miały wpływu oszczędności w metodzie wykonania oferty, ani wybrane rozwiązania techniczne, ani oryginalność projektu wykonawcy, ani zaniżone koszty pracy. Za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy można uznać długoletnią współpracę między producentem, a oferującym, co skutkuje dużymi rabatami przy zakupie sprzętu. „Instytucja rażąco niskiej ceny przewiduje skierowanie do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia tworząc domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, a obowiązek obalenia tego domniemania spoczywa na Wykonawcy. Z przedłożonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę jest ceną realną i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny wprowadzono przede wszystkim w celu uniemożliwienia wykonawcom zaniżania ceny wykonania zamówienia poniżej kosztów jego wykonania. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt: V Ca 459/06) stwierdzono, że „... podstawowym celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych. Ustawodawca nie definiuje pojęcia rażąco niskiej i ceny ogranicza się jedynie do wymienienia niektórych

okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. Zamawiający pragnie zaznaczyć za opinią zawartą na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, iż o tym, czy oferta jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga Zamawiający sam w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

#### Unieważnienie postępowania w zakresie części nr 5.

Powody unieważnienia postępowania Uzasadnienie prawne: art. 93 ust. 1 pkt 1 (t.j. Dz. U. 2015 poz. 2164 z późn. zm.) - w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W zamówieniu częściowym Nr 5 zostały złożone dwie oferty, które zostały odrzucone w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie części 1,2,3 i 4 zamawiający dokonał wyboru oferty IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. ul. Dąbrowskiego 77, 60-529 Poznań.

W pierwszym odwołaniu wniesionym w dniu 31 października 2016 r. przez tego samego odwołującego w tym postępowaniu przetargowym odwołujący zarzucał zamawiającemu: naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, art. 7 ust. 1 [w zw. z art. ustawy] poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty w sytuacji gdy oferta była w pełni zgodna z treścią SIWZ, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołując wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i nakazania dokonania ponownej oceny ofert, ewentualnie o nakazanie unieważnienia postępowania w całości.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Utrzymywał, że w razie uwzględnienia niniejszego odwołania i ponownej oceny ofert, jego oferta będzie najkorzystniejsza, co z kolei pozwoli na uzyskanie stosownego dochodu z kontraktu. Szkodę majątkową odwołujący uzasadniał tym, że na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego utraci możliwość wyboru jego oferty i zawarcia umowy i uzyskania dochodu z tego kontraktu.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa narzędzi chirurgicznych w podziale na sześć części dla potrzeb jednostek Zamawiającego (kod CPV: 33169000-2) opisanych w formularzu cenowym (Załącznik nr 2 SIWZ) [zał. nr.4] Formularz był uzupełniany i modyfikowany w informacjach zawartych w:

- Pytania z dnia 7.09.2016 r. (w zakresie części 3 i 4) [zał. nr.5]

- Pytaniach z dnia 08.09.2016 r. i 09.09.2016 (w zakresie części 1,2,6) [zał. nr.6]
- Pytaniach z dnia 08.09.2016 r. (w zakresie części 1,2) [zał. nr.7]
- Pytanie z dnia 16 i 19. 09.2016 r. (w zakresie części 1,2,3,4,5) [zał. nr.8]

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z tymi wskazówkami przygotował ofertę Przedstawiciel firmy J.D.R. był również obecny podczas otwarcia ofert. Ofertę złożyły tylko dwie firmy IMS Medical Solutions z Poznania (oferując narzędzia firmy RUDOLF GmbH), oraz J.D.R. Polska Sp. z o.o. (oferująca narzędzia firmy bestMedical).

Odwołujący wyjaśniał, jak niżej. W związku z faktem iż w "Załączniku nr 2 do SIWZ - formularz cenowy, Zamówienie częściowe nr 1 - „Zestaw narzędzi do laparoskopii operacyjnej” w "Wymogach Zamawiającego dotyczących Zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej” w punkcie 10 był zapis: "Zamawiający w celu sprawdzenia kompatybilności zaoferowanego asortymentu może wezwać wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji" (zał. nr.4), przedstawiciel odwołującego zaoferował przeprowadzenie prezentacji u oddziałowej na bloku operacyjnym Zamawiającego. Prezentacja obejmowała omówienie parametrów technicznych zaoferowanego sprzętu, prezentacja płaszcz trokara oraz grotu trokara (poz. 2. i 3. Zamówienie część nr 1-Zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej) (zał. nr.4). Z uwagi na fakt, że nie było możliwości sprawdzenia kompatybilności uchwytu do narzędzi z końcówkami posiadanymi przez zamawiającego (końcówki były sterylne i nie mogły być zakładane na prezentowaną "rączkę") przedstawiciel firmy J.D.R. Polska pozostawił na bloku uchwyt 401-000 (poz. 7. Zamówienia część nr 1) celem sprawdzenia kompatybilności. Z informacji uzyskanej zarówno w Dziale Zamówień Publicznych zamawiającego, jak i od oddziałowej bloku operacyjnego zamawiającego, podczas odbierania uchwytu, prezentowany uchwyt był w pełni kompatybilny z posiadanymi przez zamawiającego końcówkami narzędzi laparoskopowych.

W piśmie z dnia 11.10.2016 r. (zał. nr 9) zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wezwał J.D.R. Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Niejasności dotyczyły w części 1. poz. 4. i 7.; w części 2. poz. 7. i 11., oraz części 5 - zgodnie z art. 90. ust. 1 i 1a pkt 1 Pzp - o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 14.10.2016 r. odwołujący złożył pismo wraz z załącznikami wyjaśniające treść złożonej oferty oraz wyjaśnieniami sposobu obliczenia wartości oferty w części nr 5. (zał. nr 10).

Odwołujący z powiadomienia z dnia 26 października 2016 r. (zał. nr.12) dowiedział się, że jego oferta została odrzucona we wszystkich trzech pakietach (1,2,5). Uznał, że uzasadnienie kwestionowanej czynności zamawiającego nie pokrywa się ze stanem

rzeczywistym, a przedstawione argumenty są sprzeczne z informacjami zawartymi w ofercie, złożonych wyjaśnieniach, oraz z faktami wynikającymi z prezentacji.

W uzasadnieniu pisma z dnia 26 października 2016 r. zamawiający twierdził:

1) "Zamówienie częściowe nr 1 poz. 1 - wymogiem zawartym w SIWZ i nie zmienionym na etapie zadawania pytań i udzielanych odpowiedzi było posiadanie rączki narzędzia wykonanej z aluminium pokrytego teflonem. Wykonawca J.D.R. Polska Sp. z o.o. ul. Karpacka 28/6, 54-917 Wrocław zaoferował rączkę posiadającą satynową powierzchnię nie potwierdzając tym samym pokrycia teflonem. W wyjaśnieniu przesłanym 18.10.2016 r. Wykonawca potwierdza posiadanie satynowej powłoki aluminiowej poprzez przedstawienie kart katalogowych, gdzie w sposób jednoznaczny widnieje "Aluminium anodized handles with 2 variations, extremely light, for comfortable handling. Handle with satin-black surface and full protection against corrosion" - zgodnie z tłumaczeniem "uchwyt z satynową, czarną powierzchnią odporną na korozję" tym samym potwierdza, że nie posiada pokrycia rączki teflonem i nie spełnia wymogów SIWZ stawianego w tym punkcie" (zał. nr.12)

Odwołujący poczytał powyższe twierdzenie, jako niezgodne z prawdą, gdyż 18.10.2016 r. nie składał żadnego wyjaśnienia. Utrzymywał, że sytuacja pokrycia teflonem uchwytu imadła była omawiana podczas prezentacji zarówno w Dziale Zamówień Publicznych jak i na Bloku Operacyjnym. Brak wątpliwości zamawiającego do tej pozycji zamówienia potwierdza według odwołującego fakt, że w wezwaniu z dnia 11.10.2016r. zamawiający nie podnosi tego problemu.

2) "Zamówienie częściowe nr 1 poz. 4 - bezwzględnym wymogiem było zaoferowanie grota bezpiecznego dedykowanego do trokara pediatrycznego z poz.3, czyli współpracującego z tubusem długości 70mm. Wykonawca J.D.R. Polska Sp. z o.o. ul. Karpacka 28/6, 54- 917 Wrocław zaoferował trokar bezpieczny o długości roboczej 14 cm, który z pewnością nie jest grotem dedykowanym do trokara pediatrycznego. Świadczy o tym fakt, że na załączonej do oferty karcie katalogowej pod nr 265-020K znajduje się grot bezpieczny pediatryczny o długości roboczej 70mm, który nie został zaoferowany w tej pozycji. Z załączonej karty katalogowej niezbitnie wynika, że ww. Wykonawca posiada w swojej ofercie jedynie groty bezpieczne tępe a nie trójgraniaste ostre, co było wymogiem SIWZ i tego wymogu nie jest w stanie spełnić" (zał. nr.12).

Postawę zamawiającego uznał odwołujący za niezrozumiałą, gdyż pominął on złożone w dniu 14.10.2016 r. wyjaśnienia (zał. nr 10) - „Ponownie chciałbym wyjaśnić: żeby grot trokara był kompatybilny z opisanym w poz. 3 Zamówienia częściowego nr 1 płaszcz trokara musi być wystarczająco długi, żeby jego ostrze wystawało poza tubus płaszcza. Grot nie wystający poza tubus trokara, zarówno w laparoskopii pediatrycznej, jak i we wszystkich znanych dotychczas metodach laparoskopowych, nie spełnia swojego zadania (przebiecia

powłok)." W poz. 3 Zamówienia częściowego nr 1 zamawiający dokładnie opisał budowę trokara: "Paszcz trokara niemetalowy, wykonany z tworzyw PEEK oraz PPSU, pediatryczny, wielorazowego użytku. Płaszcz posiada zawór do insuflacji oraz gwintowany tubus. (...) Dł. tubusa 70 mm, śr. 5,5 mm. Płaszcz kompatybilny w zakresie możliwości korpusu oraz tubusa z posiadanym przez Zamawiającego zestawem laparoskopowym RUDOLF".(zał. nr.4) Długość korpusu w tego typu płaszczach trokara wynosi ok. 60 mm. Żeby grot wystawał poza płaszcz trokara musi mieć długość większą niż suma długości tubusa (70 mm) i korpusu (60 mm). Sugerowany przez zamawiającego grot firmy bestMedical 265-020K o długości części roboczej 70 mm, w opinii odwołującego - nie spełnia wymogów specyfikacji. Warunkiem koniecznym w pozycji 4 Zamówienia częściowego nr 1 była KOMPATYBILNOŚĆ, a nie długość 70 mm. Wyjaśniał, że w celu potwierdzenia wymaganej długości grotu pasującego do płaszcza trokara o długości tubusa 70 mm - zwrócił się z zapytaniem do osoby, która tworzyła ofertę laparoskopową firmy RUDOLF, p. A. R. . Odwołujący zaznaczał, że wymieniona osoba potwierdziła takie stanowisko, (zał. nr 13). Odwołujący podtrzymał, że fakt posiadania bezpiecznego grotu trójgraniastego potwierdzony został zarówno podczas prezentacji w dniu otwarcia ofert, jak i w dniu 14.10.2016 w Dziale Zamówień Publicznych zamawiającego. Ponadto wskazywał, że w ofercie, która wg zamawiającego spełnia warunki zamówienia opisane w SIWZ - w tej pozycji (4) występuje grot trokara (TR350- 054), który jest identyczny w budowie i parametrach, oraz w katalogu firmy RUDOLF przedstawiony jest w identyczny sposób, jak grot zaoferowany przez odwołującego (zał. nr14).

3) "Zamówienie częściowe nr 2 poz.7- wymogiem tej pozycji było potwierdzenie przez producenta, że oferowane imadło posiada rozmiar 0,5. Wykonawca J.D.R. Polska Sp. z o.o. ul. Karpacka 28/6, 54-917 Wrocław w oryginalnej karcie katalogowej producenta załączonej do oferty nie potwierdza tego parametru. W wyjaśnieniach z dn. 18.10.2016 w żaden sposób nie odnosi się do tego faktu. Jest to kluczowy parametr warunkujący użycie narzędzia w zabiegach z zakresu chirurgii dziecięcej(...)"(zał. nr.12).

Odwołujący stwierdził, że po raz kolejny zamawiający mija się z prawdą. W dniu 18.10.2016r. wykonawca nie złożył żadnego wyjaśnienia - wymaganego przez zamawiającego. Wyjaśnienia do tej pozycji (o ząbkowaniu 0,5) wraz z przetłumaczonym oświadczeniem producenta złożono w dniu 14.10.2016 r. (zał. nr 10). Otrzymanie ww. dokumentów potwierdził Dział Zamówień Publicznych.

4) "Zamówienie częściowe nr 2, poz. 11 - kościotrzymacz opisany w tej pozycji SIWZ posiadał wszystkie cechy i parametry umożliwiające precyzyjne dopasowanie narzędzia. Wykonawca J.D.R. Polska Sp. z o.o., ul. Karpacka 28/6, 54-917 Wrocław w oryginalnej karcie katalogowej nie potwierdza tych parametrów. Co więcej oferuje inny

kościotrzymacz, który na naszym bloku operacyjnym nie znajduje żadnego zastosowania. Produkt zaoferowany w tej pozycji nie spełnia wymogów SIWZ. W wyjaśnieniach z dn. 18.10.2016 firma JDR tłumaczy zaoferowanie produktu nie spełniającego wymogów SIWZ "wieloznacznym i niedoprecyzowanym opisem" (zał. nr.12).

Odwołujący stwierdził, że w dniu 18.10.2016 r. nie składał żadnych wyjaśnień wymaganych przez zamawiającego. Zwrotu "wieloznacznym niedoprecyzowany opis" firma J.D.R. nie użyła ani w złożonej ofercie, ani w wyjaśnieniach z dnia 14.10.2016 r. W pytaniach do specyfikacji w stosunku do opisu wielu pozycji (I.,7.,8.,II.,13. zamówienia częściowego nr 2 użyto zwrotu: "Pozycje opisane w w/w punktach dają możliwość zaoferowania w każdym punkcie kilku narzędzi o dużych różnicach cenowych" (zał. nr 15). Potwierdzeniem faktu "niedoprecyzowania" niech będą odpowiedzi udzielane przez Zamawiającego.

I tak, w "odpowiedziach z dnia 08.09.2016 r. i 09.09.2016 r. opublikowanych w dniu 12.09.2016 r. (zał. nr.6) dotyczących pozycji 7 i 8 w części nr 2 - zamawiający oświadcza: "Należy złożyć ofertę zgodnie z zapisami SIWZ, w poz. 7 i 8 wymagane jest to samo narzędzie". Natomiast w odpowiedziach "Pytanie z dnia 16 i 19.09.2016 r." (zał. nr.8) z dnia 19.09.2016 r. do tych samych pozycji jest wyjaśnienie: "SPROSTOWANIE (..), w poz. 7 i 8 wymagane są różne narzędzia".

Również w pozycji 11 części nr 2 pierwotny zapis brzmiał: Kościotrzymacz z blokadą dolną, jedna bransza zagięta półkuliście i zakończona tępo oraz ożebrowana, druga bransza zamykająca kleszcze prosta, zakończona czubkiem posiadającym jeden ząbek, dł. narzędzia 14,5cm" (zał. nr.4). W odpowiedziach z dnia 16.09.2016 r. (zał. nr.8) umieszczono doprecyzowanie opisu: "Zamawiający podaje przykładowe numery katalogowe narzędzi, które są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, t.j.:

(...) Poz. 11- RU5537-14"Opisane RU5537-14 na karcie katalogowej firmy RUDOLF narzędzie posiada dwie bransze identyczne (wymóg pierwotny: "druga bransza zamykająca kleszcze prosta zakończona ostrym czubkiem posiadającym jeden ząbek") i nie posiada "ostrego czubka posiadającego jeden ząbek". Ponadto na kartach katalogowych zarówno firmy RUDOLF jak i bestMedical (zał. nr.16) narzędzie z tej pozycji zaprezentowane jest w ten sam sposób i wygląda tak samo. W związku z wezwaniem firmy J.D.R. Polska do wyjaśnień oferty w tym punkcie (poz. 11 część nr 2) odwołujący złożył oświadczenie producenta (zał. nr 10) o tożsamości parametrów zaoferowanego narzędzia (K551-14) z wymaganym (RU5537-14).

Odwołujący stwierdził, że nie jest sprawą wykonawcy fakt, czy takie narzędzie, jak opisane nr kat. RU5537-14, ma lub nie ma zastosowania na bloku operacyjnym zamawiającego.

Odnosnie zarzutu rażącej ceny odwołujący stwierdził, że w sposób jednoznaczny określił sposób ukształtowania ceny w ofercie i zaprzeczył w oświadczeniu własnym, żeby przy kalkulacji cen, ustalono ją poniżej realnych kosztów produkcji, czy dystrybucji. Wskazał, że zaferowany towar pochodzi z Unii Europejskiej, którego sprzedaż i produkcja obwarowana jest wystarczająco dużą ilością wymogów i przepisów, więc sprzedaż poniżej kosztów produkcji narażałaby dystrybutora lub producenta na odpowiedzialność karną. Takiego zarzutu nie postawiono wobec odwołującego. Raz jeszcze oświadczył, że na ustalenie wartości oferty nie miały wpływu oszczędności w metodzie wykonania oferty, ani wybrane rozwiązania techniczne, ani oryginalność projektu wykonawcy, ani zaniżone koszty pracy. Za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy uznał długoletnią współpracę między producentem, a ofertującym, co skutkuje dużymi rabatami przy zakupie sprzętu. Stałe dostawy, często identycznych z oferowanymi, narzędzi firmy Best Medical, były dostarczane sukcesywnie do kilku jednostek służby zdrowia (m. in. Szpital ALDEMED w Zielonej Górze, Szpital Bielański w Warszawie). Za oczywiste poczytał, że taki klient nie zamawiałby u niego stale sprzętu, jeżeli dostawca nie byłby w stanie zadowolająco zrealizować poprzednich zamówień. Przekonywał, że oferowanie przez niego narzędzia całkowicie spełniają wymagania opisane dla wyrobu medycznego. Ponadto, że w przypadku narzędzi chirurgicznych firm europejskich, bądź amerykańskich, co znał z długoletniego doświadczenia, najważniejszym elementem wyznaczenia ceny dla odbiorcy jest wysokość prowizji nakładanej przez pośrednika/sprzedawcę/dystrybutora bądź przedstawiciela. Jako dowody załączył, jako dowody:

- 4) Załącznik nr 2 SIWZ
- 5) Pytania z dnia 7.09.2016r
- 6) Pytaniach z dnia 08.09.2016 r. i 09.09.2016 r. (w zakresie pakietów 1,2,6) [zał. nr.6]
- 7) Pytaniach z dnia 08.09.2016 r. (w zakresie pakietów 1,2) [zał. nr.7]
- 8) Pytanie z dnia 16 i 19. 09.2016 r. (w zakresie pakietów 1,2,3,4,5) [zał. nr.8]
- 9) Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dn. 11.10.2016
- 10) Wyjaśnienia specyfikacji z dn. 14.10.2016r
- 11) faks Zamawiającego informujący o rozstrzygnięciu przetargu.
- 12) Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 26.10.2016
- 13) Informacja techniczna dot. długości grotu trokara p. A. R.
- 14) strona katalogowa firm RUDOLF i bestMedical
- 15) pytania do dokumentacji przetargowej z dn. 08.09.2016 r.
- 16) karty katalogowe firm RUDOLF i bestMedical.

Pismem z dnia 3 listopada 2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w sprawie sygn. akt: KIO 2056/16, w której oświadczył: „Na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy



z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.- dalej PZP) Zamawiający informuje, że uwzględni odwołanie wykonawcy J.D.R. z siedzibą we Wrocławiu (54-617) przy ul. Karpackiej 28/6, w związku z powyższym przystąpi do ponownej oceny ofert złożonych do postępowania (...). Na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy PZP, zamawiający wnioskuje o umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron z uwagi na fakt, że uwzględnił w całości zarzuty odwołującego.

Postanowieniem z dnia 8 listopada 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze, sygn. akt: KIO 2056/16.

W dniu 10 listopada 2016 r. zamawiający powiadomił wykonawców, że: „Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm. inaczej PZP) Zamawiający informuje, że dokonał zgodnie z zobowiązaniem jakie poczynił na mocy uwzględnienia odwołania i zobowiązania się literalnie do dokonania ww. czynności - ponownej oceny ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne na Dostawę narzędzi chirurgicznych.

W jej wyniku Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy;

IMS Innovative Medical Solutions B. N. spółka jawna, ul. Dąbrowskiego 77, 60-529 Poznań, która zaoferowała wykonanie zamówienia częściowego Nr 1: Zestaw narzędzi do laparoskopii operacyjnej za cenę 17 517,60 zł.

Uzasadnienie wyboru: Oferta spełnia wszystkie wymagania formalnoprawne i jest zgodna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert. (...)

IMS Innovtive Medical Solutions B.N. spółka jawna (...), która zaoferowała wykonanie zamówienia częściowego Nr 2: Zestaw narzędzi do chirurgii urazowej oraz laryngologicznej w operacjach pediatrycznych za cenę 39 895,47 zł.

Uzasadnienie wyboru: Oferta spełnia wszystkie wymagania formalnoprawne i jest zgodna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca uzyskał najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. (...)

W związku z powyższym na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający podaje, że zmuszony był dokonać czynności odrzucenia oferty Wykonawcy:

J.D.R, Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu w zakresie zamówienia częściowego nr 1 i 2 albowiem jej treść była sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym podstawą normatywną czynności jest art. 89 ust. 1 pkt 2 w/w ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 PZP.

Na okoliczność Zamawiający podaje uzasadnienie faktyczne z przywołaniem dokładnego stanu faktycznego i ustaleń, które poczynił na podstawie treści złożonej oferty. A mianowicie, w zakresie:

- zamówienia częściowego nr 1, poz. Nr 1 zaferowane imadło nie posiada wymaganego teflonowego pokrycia. W ofercie firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. w toku badania ofert stwierdzono dokonanie rażącego nadużycia przy tłumaczeniu, gdzie fraza z języka angielskiego „satin black surface, została przetłumaczona jako „pokryta teflonem, a nie jako jedyne możliwe poprawne i zgodne z prawdą tłumaczenie „z czarną satynową powłoką”. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

W zakresie

- zamówienia częściowego nr 1, poz. Nr 3 oferta firmy J.D.R Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ. W toku badania ofert stwierdzono, że płaszcz trokara nie jest wykonany z tworzyw PEEK oraz PPSU, co było wymogiem SIWZ. Ponadto uszczelka, której wymagał Zamawiający miała być w kształcie stożka z 4 skrzydełkami, które umożliwiają poruszanie się narzędzia wewnątrz płaszczka bez utraty gazu z jamy brzusznej. Uszczelka wewnętrzna zaferowana w poz. 3 jako element składowy zestawu przez firmę J.D.R nie spełnia wymogów opisanych w SIWZ w tym zakresie. Jest to zwykły stożek bez żadnych skrzydełek, nie posiadający funkcjonalności wymaganej w opisie SIWZ. Ponadto wyklucza to również - możliwość kompatybilności oferowanego produktu w posiadanym przez szpital instrumentarium, co było oddzielnym wymogiem dla tej i innych pozycji przedmiotowego zadania. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

W zakresie

- zamówienia częściowego nr 1, poz. Nr 4 oferta firmy J.D.R Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ. W toku badania ofert stwierdzono, że oferowany w tej pozycji grot trokara jest tępy oraz nie posiada trójgraniastego ostrza. Tymczasem Zamawiający wymagał w tej pozycji, grot trokara bezpieczny z samocofojącym się ostrzem, trójgraniasty, ostry. Żaden z wymienionych warunków nie jest spełniony. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

W zakresie zamówienia dotyczącego części nr 2 Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy J.D.R. Sp. z o.o. na podstawie przywołanego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz kumulatywnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym normatywną podstawą odrzucenia oferty są łącznie spełnione hipotezy zastosowania przepisów ustawy PZP, tj. art. 89 ust 1 pkt 1 i 4.

Co do uzasadnienia, że treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ Zamawiający podaje, że:

- część nr 2, poz. 1 oferta firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu dedykowania przez producenta oferowanego narzędzia do chwytania rzepki. Dedykacja taka powinna być bezwzględnie widoczna w oficjalnym katalogu, który jest przeznaczony dla użytkownika. Oferowane narzędzie nie posiada, takiej dedykacji. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

- w zakresie zamówienia częściowego nr 2, poz. 5 oferowany produkt nie posiada wymaganego potwierdzenia parametrów maksymalnej średnicy cięcia drutu zarówno miękkiego jak i twardego. W ofercie firmy J.D.R. nie wskazuje się tych maksymalnych średnic z podziałem na drut miękki i twarde, co było wymagane, zwłaszcza że są to różne wartości. Podaje się jedną wartość nie wskazując czego dokładnie dotyczy. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

- w zakresie zamówienia częściowego nr 2, Poz. 6 oferowany produkt nie posiada wymaganego potwierdzenia parametrów maksymalnej średnicy cięcia drutu zarówno miękkiego jak i twardego. W ofercie firmy J.D.R. nie wskazuje się tych maksymalnych średnic z podziałem na drut miękki i twarde, co było wymogiem SIWZ. Podaje się jedną wartość nie wskazując czego dokładnie dotyczy. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

- w zakresie zamówienia częściowego nr 2, poz. 11 oferta firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. nie posiada parametrów opisanych w SIWZ. Narzędzie zaoferowane w tej pozycji jest zupełnie innym narzędziem niż wymagał Zamawiający. Jednym z kluczowych parametrów było półkoliste zagięcie jednej z bransz. Tymczasem w narzędziu, które zaoferowała firma J.D.R. znajduje się na powiększeniu kształt jednej z bransz. Jest to bransza odgięta od pionu pod kątem 45 stopni, z pewnością nie półkolista. Bransza ta miała być ożebrowana na całej długości uchwytu kości jak wskazuje nazwa narzędzia. Narzędzie zaoferowane przez firmę J.D.R. jest tylko częściowo perforowane, bo delikatnego wzoru na części branszy nie można nazwać ożebrowaniem. Druga bransza z kolei również według wymogów SIWZ miała być „prosta, zakończona ostrym czubkiem, posiadającym jeden ząbek”. Tymczasem narzędzie z oferty firmy J.D.R. w tej pozycji ma prostą branszę tępo zakończoną z pewnością bez wymaganego ząbka, dobezpieczającego uchwyt kości. Wynika to wprost z karty katalogowej załączonej do oferty firmy J.D.R.

W przedmiocie przypisanego Wykonawcy J.D.R. Sp. z o.o. zarzutu, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający stwierdza, że w/w Wykonawca nie wykazał okoliczności przeciwnej w stosunku do postawionego zarzutu. Zważyć należy, że to po stronie Wykonawcy spoczywa inicjatywa dowodowa w powyższym zakresie a Zamawiający nie może wyręczać Wykonawcy poprzez bezkrytyczne przyjęcie tezy przeciwnej nie popartej przez Wykonawcę rzeczowymi i wiarygodnymi dowodami.

Zważyć bowiem należy, że taka linia postępowania wynika literalnie z art. 90 ust 1 PZP a także z ustalonej linii orzeczniczej KIO.

Por. art. 90 ust. 1 PZP: Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny (...). [Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej]

W zakresie zamówienia dotyczącego części nr 5 Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy I.D.R. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiocie przypisanego Wykonawcy J.D.R. Sp. z o.o. zarzutu, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdza, że w/w Wykonawca nie wykazał okoliczności przeciwnej w stosunku do postawionego zarzutu. Zważyć należy, że to po stronie Wykonawcy spoczywa inicjatywa dowodowa w powyższym zakresie, a zamawiający nie może wyręczać Wykonawcy przez bezkrytyczne przyjęcie tezy przeciwnej nie popartej przez, wykonawcę rzeczowymi i wiarygodnymi dowodami. Zważyć bowiem należy, że taka linia postępowania wynika literalnie z art. 90 ust. 1 PZP ustalonej linii orzeczniczej KIO (...).

Wnioskowany przez odwołującego dowód z opinii biegłego - Izba uznała za zbędny, gdyż na tym etapie postępowania przetargowego, rozstrzygnięcie sprawy sprowadzało się do zagadnień natury proceduralnej.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro zarzucił i udowadniał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości uzyskania o przedmiotowego zamówienia częściach 1,2 i 5, na które złożył oferty, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania dochodu z realizacji zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 5 września 2016 r., mają więc do niego zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w wersji uwzględniającej nowelizację ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 poz. 1020).

Ponadto, odwołanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jest więc dopuszczalne jedynie wobec enumeratywnie podanych czynności zamawiającego, objętych dyspozycją art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w tym odrzucenia oferty odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty odwołania odnoszące się do odrzucenia ofert odwołującego podane w powiadomieniu z dnia 26 października 2016r., podniesione przez zamawiającego przeciwko ofertom odwołującego na część 1, 2 i 5 zamówienia - podlegają uwzględnieniu z przyczyn proceduralnych, przy zastosowaniu regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Rozpatrzeniu przez Izbę podlegały jedynie zaskarżone przez odwołującego - nowo postawione zarzuty w powiadomieniu z dnia 10 listopada 2016 r. - nieodnoszące się do pozycji Formularza cenowego ofert odwołującego na część nr 1 i nr 2 zamówienia, które zamawiający zakwestionował po pierwszym wyborze ofert. Powyższe dotyczy również zarzutu rażąco niskiej ceny oferty odwołującego w zakresie części nr 5 - Narzędzia mikrochirurgiczne.

Okolicznością bezsporną oraz potwierdzoną dowodowo było, że w odwołaniu wniesionym w sprawie sygn. akt KIO 2056/16 odwołujący zaskarżył odrzucenie jego ofert w odniesieniu do wszystkich zarzutów stawianych złożonym przez niego ofertom na część 1, 2 i 5 zamówienia, tj.:

1) w odniesieniu do części nr 1 - Zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej, w zakresie pozycji:

1 - imadło laparoskopowe z rączką z aluminium pokrytym teflonem - zarzut braku powłoki teflonowej,

4 - grot trokara współpracujący z tubusem długości 70 mm, z grotem bezpiecznym trójgraniastym ostrym - zarzut nie spełnienia ww. wymagań,

2) w odniesieniu do części nr 2 - Zestawu narzędzi do chirurgii urazowej oraz laryngologicznej w operacjach pediatrycznych, w zakresie pozycji:

7 - rozmiar i właściwości kleszczy do zaginania drutu 0,5 mm - zarzut nie spełnienia wymagań,

11 - kościotrzymacz, jedna bransza zagięta półkuliście (ożebrowana), druga bransza zamykająca kleszcze zakończona ostrym czubkiem z jednym zębkiem - zarzut nie spełnienia wymagań.

W odniesieniu do oferty odwołującego na część 5 zamówienia - Narzędzia mikrochirurgiczne, zamawiający nie stawiał tej ofercie zarzutów niezgodności merytorycznej

zaoferowanych wyrobów z opisem przedmiotu zamówienia, ale odrzucił ofertę odwołującego, gdyż uznał, że zawiera ona rażąco niską cenę.

Bezspornie w sprawie sygn. akt: KIO 2056/16, pismem z dnia 3 listopada 2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył: „Na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.- dalej PZP) Zamawiający informuje, że uwzględni odwołanie wykonawcy J.D.R. z siedzibą we Wrocławiu (54-617) przy ul. Karpackiej 28/6, w związku z powyższym przystąpi do ponownej oceny ofert złożonych do postępowania (...). Na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy PZP, zamawiający wnioskuje o umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron z uwagi na fakt, że uwzględnił w całości zarzuty odwołującego.

Z tych względów Izba postanowieniem z dnia 8 listopada 2016 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, sygn. akt: KIO 2056/16.

Nie do zaakceptowania jest więc stanowisko zamawiającego w powiadomieniu z dnia 10 listopada 2016 r., iż: „Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm. inaczej PZP) Zamawiający informuje, że dokonał zgodnie z zobowiązaniem jakie poczynił na mocy uwzględnienia odwołania i zobowiązania się literalnie do dokonania ww. czynności - ponownej oceny ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne na Dostawę narzędzi chirurgicznych.

Okoliczności i skutki, jakie wiążą się z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania wniesionego w trybie art. 180 ustawy Pzp - nie wynikają z jakiegokolwiek zobowiązania się samego zamawiającego, ale z mocy ustawy, która w tym względzie posługuje się regulacjami imperatywnymi.

Skoro zamawiający w całości uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu, postępowanie odwoławcze - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp - podlegało umorzeniu, ze zwrotem odwołującemu całości wpisu od odwołania. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia - zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący żądał unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i dokonania ponownej oceny ofert i nakazania dokonania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazania unieważnienia postępowania w całości.

Żądanie nakazania wyboru oferty odwołującego się wykonawcy - co do zasady, nie koresponduje z żądaniem nakazania ponownej oceny ofert, gdyż w toku ponownej oceny ofert zamawiający może ujawnić nowe okoliczności, które uniemożliwiają wybór danej oferty.

Definitywne nakazywanie wyboru oferty odwołującego wykonawcy, taką drogę by zamykało, gdyż z mocy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający jest związany nakazami wyroku Izby. Dlatego też w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, kwalifikujących ofertę do ponownej oceny, Izba z reguły poprzestaje na nakazaniu zamawiającemu tej czynności.

Należało podkreślić, że zarzuty przeciwko ofercie wykonawcy obalone wyrokiem Izby, lub w przypadku ich uwzględnienia przez zamawiającego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp - przestają istnieć, a zamawiający w toku ponownej oceny ofert nie może ich ponawiać - bezpośrednio, lub nawet w przeredagowanej formie.

Zamawiający powinien przemyśleć swoją decyzję, zanim uwzględni odwołanie, a nie czynić zabiegów taktycznych - mających np. na celu uniknięcie ponoszenia kosztów - przez pozorne uwzględnienie odwołania i podtrzymywanie po ponownej ocenie ofert - tożsamyh zarzutów. Jest rzeczą oczywistą, że skoro zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołującego z odwołania wniesionego do Izby 31 października 2016 r. - oznacza to, że zarzuty te nie egzystują.

Nie można było również pominąć, że ustawodawca w art. 186 ust. 3a ustawy Pzp wprowadził dogodniejszą dla zamawiających formę, nie tylko uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, ale uwzględnienia w części, którą uznają za stosowną, z dalszymi tego konsekwencjami, co zakresu rozpoznania sprawy oraz kosztów postępowania.

Uwzględnienie odwołania było suwerenną decyzją zamawiającego, który mógł nie uwzględniać całości zarzutów - skoro nie zamierzał tego respektować - winien był poddać sprawę pod osąd Izby, a nie podnosić te same zarzuty, które stały się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego - podaną w powiadomieniu z dnia 26 października 2016 r.

Z powyższych względów rozpatrzeniu przez Izbę podlegały zarzuty nowe, podane w powiadomieniu z dnia 10 listopada 2016 r. w odniesieniu do odrębnie oznaczonych pozycji Formularza cenowego na część 1 i część 2, a nie powielone w dowolnej formie i treści z poprzedniego powiadomienia, tj.:

w zakresie części 1:

- poz. 3, że oferta firmy J.D.R Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ. W toku badania ofert stwierdzono, że płaszcz trokara nie jest wykonany z tworzyw PEEK oraz PPSU, co było wymogiem SIWZ. Ponadto uszczelka, której wymagał zamawiający miała być w kształcie stożka z 4 skrzydełkami, które umożliwiają poruszanie się narzędzia wewnątrz płaszcza bez utraty gazu z jamy brzusznej. Uszczelka wewnętrzna zaoferowana w poz. 3 jako element składowy zestawu przez firmę J.D.R nie spełnia wymogów opisanych w SIWZ.

w zakresie części 2:

- poz. 1 oferta firmy J.D.R. Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu dedykowania przez producenta oferowanego narzędzia do chwytania rzepki. Dedykacja taka powinna być bezwzględnie widoczna w oficjalnym katalogu, który jest przeznaczony dla użytkownika. Oferowane narzędzie nie posiada, takiej dedykacji

- poz. 5 oferowany produkt nie posiada wymaganego potwierdzenia parametrów maksymalnej średnicy cięcia drutu zarówno miękkiego jak i twardego. W ofercie firmy J.D.R. nie wskazuje się tych maksymalnych średnic z podziałem na drut miękki i twardy, co było wymagane, zwłaszcza że są to różne wartości. Podaje się jedną wartość nie wskazując czego dokładnie dotyczy

- poz. 6 oferowany produkt nie posiada wymaganego potwierdzenia parametrów maksymalnej średnicy cięcia drutu zarówno miękkiego jak i twardego. W ofercie firmy J.D.R. nie wskazuje się tych maksymalnych średnic z podziałem na drut miękki i twardy, co było wymogiem SIWZ. Podaje się jedną wartość nie wskazując czego dokładnie dotyczy.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że miała miejsce prezentacja jego wyrobów w dniu otwarcia ofert, i ponowna w innym terminie na terenie Bloku Operacyjnego Szpitala. Zamawiający rzeczywiście w zakresie części 1 zamówienia - Zestawu narzędzi do laparoskopii operacyjnej, zastrzegł na swoją rzecz w Formularzu cenowym, że w celu sprawdzenia kompatybilności zaoferowanego asortymentu może wezwać wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji.

Bezsporne było, że odwołujący nie został wezwany do prezentacji oferowanych narzędzi. Prawdopodobnie nastąpiło samowolne okazanie tych narzędzi na terenie Szpitala przez odwołującego, co nie powinno mieć miejsca, gdyż kontakty zamawiającego z wykonawcami odbywają się wyłącznie w sposób podany w SIWZ. W tych warunkach nie odbyła się w sposób dopuszczony i udokumentowany protokolarnie żadna prezentacja, z której odwołujący mógłby wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne.

Zamawiający wzywał odwołującego dnia 11 października 2016 r. do wyjaśnienia treści ofert w odniesieniu do oznaczonych pozycji Formularzy cenowych, w zakresie części 1 i części 2 zamówienia. Po udzielonych wyjaśnieniach z dnia 14 października 2016 r., wraz z załączonymi fotografiami i opisami z katalogów producenta, zamawiający zdecydował się postawić ofertom odwołującego na część 1 i 2 zamówienia, zarzuty niezgodności treści ofert w odniesieniu do wskazanych pozycji Formularzy cenowych, które sformułował w piśmie z dnia 26 października 2016 r. Skutkiem uwzględnienia w całości odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2056/16 - zarzuty te upadły.

W odniesieniu do nowo postawionych zarzutów, wobec ofert odwołującego na część 1 i część 2 zamówienia - w piśmie z 10 listopada 2016 r. - odwołujący nie był wzywany do



wyjaśnień, lub też wcześniej oznaczone pozycje Formularza cenowego - nie były przez zamawiającego kwestionowane.

Izba w pełni zgadza się z twierdzeniem, że zamawiający winien zakupić takie narzędzia, które będą mu przydatne w prowadzonej działalności, jednocześnie takie, które opisał w SIWZ.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia zamawiającego do treści opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, były jednak niejasne, wielokrotnie zmieniane i prostowane, a konsekwencje tego faktu nie mogą obciążać wykonawców.

Finalna argumentacja zamawiającego w dużym stopniu pozostawała zbieżna z tą, którą podnosił przystępujący w swoim piśmie z 2 października 2016 r., podważającym prawidłowość ofert odwołującego, która znana była zamawiającemu jeszcze przed pierwszym wyborem ofert.

Nie bez znaczenia pozostawało, że zgodnie SIWZ rozdział VI, pkt 10 w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadające wymaganiom określonym przez zamawiającego, *„Zamawiający żądał: opisów, fotografii oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego. UWAGA: Dostarczone materiały muszą w sposób jednoznaczny potwierdzić wszystkie wymagania Zamawiającego, wymienione w opisie przedmiotu zamawiania załącznik nr 2 do SIWZ.”* Jednakże dokumenty te miały być złożone w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ustęp 8 zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w terminie wyznaczonym nie krótszym niż 5 dni aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z wyznaczonym wzorem Formularzy cenowych, odwołujący zobowiązywał się do przekazania wszystkich dokumentów i certyfikatów potwierdzających wymogi zamawiającego na etapie zawarcia umowy.

Zamawiający dokonywał oceny ofert odwołującego w sposób nieprawidłowy - w oparciu o dokumenty zawarte w zbiorze dokumentów ofert, i złożone w ramach wyjaśnień, a nie złożone w procedurze art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Oferty odwołującego, kwalifikowałyby się - „jako najwyżej ocenione” w rozumieniu art. 26 ust. 2 Pzp - w oparciu o wyznaczone w SIWZ kryteria, co pozostawało bezsporne, jednakże zamawiający tego nie ustalił, zatem składane dokumenty przedmiotowe przez odwołującego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 potwierdzające spełnienie przez

oferowane dostawy wymagań SIWZ oraz ich ocena przez zamawiającego - nie znajdowała normatywnego oparcia.

Zamawiający wadliwie „najwyżej ocenił” i dokonał wyboru ofert przystępującego IMS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j. na część 1 i 2 zamówienia, gdyż bez ostatecznego wyeliminowania ofert odwołującego na wymienione części - zamawiający nie był władny podjąć takich czynności.

Z powyższych względów Izba uznała, że odwołujący jako, że to jego oferta powinna być „najwyżej oceniona” w kryteriach, winien otrzymać możliwość dalszych wyjaśnień do nowo sformułowanych zarzutów, stosownie do postanowień art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz możliwość złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp.

Mimo niepełnego uzasadnienia prawnego, uzasadnienie faktyczne odwołania wskazywało na zasadność zastosowania wezwania do wyjaśnienia treści złożonych ofert na część 1 i 2 zamówienia oraz możliwość nowego udokumentowania wyjaśnień przez odwołującego. Ponadto, zamawiający może wykorzystać procedurę prezentacji, skoro dopuścił ją w SIWZ. Zamawiający w ramach udokumentowania treści ofert odwołującego, winien dopuścić wszystkie stosowne środki, które przykładowo podał w SIWZ, tj. z opisów, fotografii oraz innych materiałów.

Nie można też pomijać, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony poprzez przykładowe powołanie się na numery katalogowe konkretnych produktów, co obliguje zamawiającego do przyjęcia ofert przewidujących rozwiązania równoważne opisywanym, przy czym równoważności nie można rozumieć, w ten sposób, że ma być zaoferowany produkt identyczny. Najważniejszym wyznacznikiem równoważności, obok cech jakościowych, jest możliwość prawidłowego zgodnego z przeznaczeniem korzystania z zaoferowanych narzędzi i kompatybilność z innym współużywalnym sprzętem.

W odniesieniu do oferty odwołującego na część 5 zamówienia - Narzędzia mikrochirurgiczne, zamawiający nie stawiał ofercie zarzutów niezgodności merytorycznej zaoferowanych wyrobów z opisem przedmiotu zamówienia, ale odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części 5 zamówienia, gdyż uznał, że zawiera ona rażąco niską cenę. Również ten zarzut jako uwzględniony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 października 2016 r., należało uznać za nieistniejący, co przesądziło o nakazaniu wprost wyboru oferty odwołującego na część 5 zamówienia.

Zamówienie prowadzone jest z podziałem na części. Konsekwencją tego faktu jest, że nie istnieje jedna oferta wykonawcy J.D.R. Polska Sp. z o.o., ale 3 odrębne oferty na

poszczególne części zamówienia, które podlegają odrębnej ocenie, co spełnienia warunków, w tym zgodności z SIWZ, jak również pod kątem badania rażąco niskiej ceny.

Izba nie kwestionuje, że różnice między szacunkową wartością przedmiotu zamówienia a ceną ofert odwołującego - uprawniały zamawiającego do wszczęcia procedury badania ich ceny lub kosztu. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie:(...), przykładowo wymienionych w ppkt. 1 -5 tej normy.

Izba jednak podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający nie wykonał prawidłowo obowiązku określonego w art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Zamówienie składało się z 6 części, z czego w trzech częściach odwołujący złożył swoje oferty, tj. nr 1, 2 i 5. Jedynym pismem zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny - było pismo z dnia 11.10.2016 r., gdzie zamawiający wzywał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp, w związku z ustaleniem, że zaproponowana w ofercie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia z VAT oraz wymagał złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający powołał się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, i w zakresie żądanych wyjaśnień przytoczył treść przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Zamawiający nie podał w odniesieniu do jakiej z części zamówienia, na które odwołujący złożył oferty, żąda wyjaśnień kalkulacji ceny.

Ceny na poszczególne części zamówienia w ofertach wykonawców były następujące:

J. D. R. Polska Sp. z o.o.:

część 1 - cena - 12 996,66 zł,

część 2 - cena - 27 108,48 zł,

część 5 - cena - 1 815,22 zł,

MS Innovative Medical Solutions B. N. Sp. j.

część 1 - cena - 17 517,60 zł,

część 2 - cena - 39 895,47 zł,

Wartość szacunkowa (w kwocie z VAT) podana na otwarciu ofert, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła na:

część 1 - 17 517,60 zł,

część 2 - 39 898,44 zł,

część 5 - 4 536,00 zł,

- więc dokładnie tyle samo, jak zaofferował przystępujący.

Taka wyżej wskazana, dokładna co do grosza, zbieżność wyceny, praktycznie w postępowaniach się nie zdarza i świadczy zdaniem Izby, że do obliczenia wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający przyjął ceny asortymentu - oferowane przez przystępującego, a nie cenę rynkową, a więc uśrednioną - wbrew temu jak podał w protokole postępowania.

W zakreślonym terminie - dnia 14 października 2016 r. zostały złożone wyjaśnienia przez odwołującego odniesieniu do czynników mających wpływ na „cenę oferty.” Zamawiający odniósł te wyjaśnienia do części nr 5 i powiadomił odwołującego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, dlatego też ją odrzucił.

Ewentualne uprawnienie do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oferty powstaje jedynie wówczas, gdy w wyniku prawidłowo przeprowadzonej procedury wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, zachodzi przypadek zaoferowania rażąco niskiej ceny, lub wyjaśnienia wraz z dowodami, nie kwalifikują się do przyjęcia. Skoro odwołujący nie złożył jednej oferty, ale trzy odrębne oferty częściowe w rozumieniu definicji art. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający winien w wezwaniu wyraźnie oznaczyć względem jakiej części żąda wyjaśnień. Wyłącznie oznaczona oferta częściowa podlega odrzuceniu, jeżeli nie spełnia wymagań SIWZ, lub zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, lub w oparciu o art. 90 ust. 3 tej ustawy), gdy wyjaśnienia i dowody nie byłyby wystarczające.

W odniesieniu do części nr 1 i nr 2 Izba uznała zarzut rażąco niskiej ceny za niepostawiony w oparciu o prawidłowe zastosowanie procedury wyjaśnień. W odniesieniu do części nr 5 zamawiający uwzględniając w całości odwołanie - w sprawie sygn. akt: KIO 2056/16 uznał bezpodstawność postawionego przez siebie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty.

Nawiasem mówiąc, trafna była również argumentacja odwołującego, że w przypadku dostaw realizowanych przez podmioty będące firmami dystrybucyjnymi - na oferowaną cenę nie mają wpływu oszczędności w metodzie wykonania, oryginalność projektu, ani wybrane rozwiązania techniczne, w odniesieniu do których zamawiający żądał wyjaśnień, przytaczając odnośny przepis. Wykonawca pośredniczący w handlu między zamawiającym a producentem, czy kolejnymi ogniwami obrotu - powinien wykazać i udokumentować zdolność nabycia tego towaru za oznaczoną cenę, która po dodaniu dalszych udokumentowanych kosztów logistycznych i marży - może potwierdzać prawidłową kalkulację ceny oferty.

W zakresie części 5 zamówienia, zamawiający oprócz rażąco niskiej ceny, nie podnosił innych zarzutów w szczególności niezgodności merytorycznych zaoferowanych narzędzi mikrochirurgicznych z opisem przedmiotu zamówienia. Skoro uwzględniając

odwołanie z dnia 31 października 2016 r. - zamawiający wycofał tym samym zarzut rażąco niskiej ceny oferty - zachodziły warunki do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na część 5 zamówienia i dokonanie wyboru oferty odwołującego J. D. R. Polska Sp. z o.o., na część nr 5 zamówienia.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez niezgodne z prawem odrzucenie ofert odwołującego na część 1,2 i 5,

2. art. 26 ust 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia stosownych dokumentów i wyjaśnień w zakresie okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego, które stały się następnie podstawami do odrzucenia złożonej oferty,

3. a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zagwarantowania uczciwej między nimi konkurencji  
- znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia miały wpływ na wynik postępowania w zakresie części 5 zamówienia oraz mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

W oparciu o § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania, tj. kwoty uiszczonej tytułem wpisu i kosztów zastępstwa zgodnie przedłożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....