

Sygn. akt: KIO/UZP 635 /09

WYROK
z dnia 27 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Majstrowicz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Aero - Medika Sp. z o.o., 00-924 Warszawa, ul. Kopernika 36/40** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki w Koszalinie im. Mikołaja Kopernika, 75 -581 Koszalin, ul. T. Chałubińskiego 7** protestu z dnia 4 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Aero - Medika Sp. z o.o. 00-924 Warszawa, ul. Kopernika 36/40 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Aero - Medika Sp. z o.o. 00-924 Warszawa, ul. Kopernika 36/40,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 770 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez **Aero - Medika Sp. z o.o. 00-924 Warszawa, ul. Kopernika 36/40** na rzecz **Szpital Wojewódzki w Koszalinie im. Mikołaja Kopernika, 75 -581 Koszalin, ul. T. Chałubińskiego 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i noclegu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Aero - Medika Sp. z o.o. 00-924 Warszawa, ul. Kopernika 36/40.**

U z a s a d n i e

Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pomp insulinowych dla dzieci. Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na dwie części:

- zadanie nr 1: Pompy insulinowe dla dzieci do lat 6,
- zadanie nr 2: Pompy insulinowe dla dzieci powyżej 6 roku życia,

dopuszczając składanie ofert częściowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w poz. 93080 w dniu 6 kwietnia 2009 r.

W dniu 30 kwietnia 2009 r. zamawiający poinformował wykonawcę Aero -Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu jego oferty w konsekwencji wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, z uwagi na złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że załączone dokumenty wystawione przez Abovita, MTE, Ministerstwo Ochrony Zdrowia Ukrainy nie potwierdzają, że wykonawca Aero-Medika Sp. z o.o. w okresie ostatnich trzech lat wykonał minimum dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp zamawiający uznał za odrzuconą ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania.

Aero - Medika Sp. z o.o. wniosła protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania, żądając:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem odwołującego.

Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami) określa zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia. Żądanie referencji na dostawy tożsame z przedmiotem zamówienia oznacza bezprawne rozszerzenie tego katalogu. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył wyroki KIO: z dnia 15 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 665/08, z dnia 27 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 221/08, z dnia 10 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 163/08 oraz wyrok ZA z dnia 24 lipca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO 0-879/07. Odwołujący podkreślił, że przedkładając referencje dotyczące glukometrów oraz pasków do glukometrów potwierdził wykonanie dostaw odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Zarówno glukometry, jak i paski do glukometrów stanowią, podobnie jak pompy insulinowe, sprzęt medyczny dla tego samego rodzaju pacjentów (chorych na cukrzycę) oraz wszystkie dotyczą dziedziny diabetologii.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu podał, że dokumenty złożone w ofercie, jak i uzupełnione na wezwanie zamawiającego, nie potwierdzają spełnienia przez odwołującego postawionego w siwz warunku udziału w postępowaniu. Przedłożone dokumenty dotyczą dostaw glukometrów i pasków do glukometrów, które nie odpowiadają rodzajem przedmiotowi zamówienia. Stwierdził, że chorzy na cukrzycę są użytkownikami wielu urządzeń medycznych o różnym zastosowaniu, które nie mogą być porównywane ze sobą. Zamawiający podkreślił, że ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał jego indywidualne potrzeby. Wyjaśnił, iż użytkownikami pomp insulinowych będą dzieci w wieku od 0 do 18 roku życia, dlatego też przy ich zakupie zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca ma doświadczenie w realizacji tego typu dostaw. Ponadto zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego nie spełnia wymogu siwz dotyczącego ogólnodostępności baterii zasilających pompy.

Wykonawca Aero -Medika Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzucił, tak jak w proteście, naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący podtrzymał żądania zawarte w proteście.

Odwołujący wyjaśnił, że złożone dokumenty dotyczyły dostaw odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. dostaw glukometrów i pasków do glukometrów. Zarzut, iż dokumenty złożone przez odwołującego nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest, w ocenie odwołującego, bezzasadny.

Podkreślił, iż zamawiający żądając wykazu wykonanych dostaw nie może żądać, aby przedmiot tych dostaw był identyczny z przedmiotem zamówienia. Takie działanie oznacza zawężenie kręgu wykonawców, których oferta mogłaby być wybrane jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do zarzutu, iż oferta odwołującego nie spełnia innego wymagania specyfikacji tj. że baterie zasilające zaoferowane pompy insulinowe nie są ogólnodostępne, zauważył, iż zarzut ten został podniesiony po terminie - zamawiający nie podał tej okoliczności jako podstawy odrzucenia oferty. Niezależnie od powyższego wyjaśnił, że baterie 112 AA są ogólnodostępne, o czym świadczą oświadczenia największych dystrybutorów baterii w Polsce - BTO Sp. z o.o. i. Ropla Elektronik Sp. z o.o. Podał, że do każdego zestawu infuzyjnego dodaje baterie nieodpłatnie, pacjent, nabywając zestaw infuzyjny, otrzymuje dodatkowo baterię, do pompy insulinowej odwołujący załącza nieodpłatnie ładowarkę do baterii, baterie można zamówić u odwołującego z dostawą w ciągu 24 godz., a ponadto baterie te działają dłużej niż standardowe oraz są tańsze w eksploatacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty – obie oferty zostały złożone na dwa zadania (zadanie nr 1 i nr 2). Odwołujący złożył ofertę w zadaniu nr 1 oraz zadaniu nr 2 - z najniższą ceną (jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu). Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, Izba uznała - zarzut powyższy za niezasadny. W świetle zebranego materiału dowodowego należało stwierdzić, iż odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tym samym nie wykazał spełniania warunku doświadczenia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt VI.1.2.a) wykonawcy zobowiązani byli do wykazania wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat - minimum dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W wykazie dostaw należało podać wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców dostaw. Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie (pkt VII.1.5 siwz).

W pkt I siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako dostawę pomp insulinowych dla dzieci. W załączniku nr 2 do siwz określony został szczegółowy opis przedmiotu zamówienia poprzez wyspecyfikowanie parametrów technicznych pomp insulinowych, odrębnie dla każdego zadania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający opisał w siwz warunek doświadczenia oraz sposób oceny jego spełniania zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepis ten wskazuje, że w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 44 Pzp - jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest zobowiązany do złożenia wraz z ofertą również tych dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą wykazu wykonanych dostaw stosownie do warunku określonego w pkt VI.1.2.a siwz oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane z należytą starannością - zgodnie z pkt VII.1.5 siwz. Nie złożenie przez wykonawcę dokumentów wymaganych przez zamawiającego w specyfikacji zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę - za odrzuconą.

Odwołujący załączył do oferty wykaz wykonanych dostaw, w którym przedstawił cztery dostawy pomp insulinowych, jedną dostawę glukometrów, pięć dostaw pasków do glukometrów, trzy dostawy koncentratorów oraz cztery umowy dzierżawy koncentratorów.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VI.1.2.a specyfikacji w zakresie referencji potwierdzających, że wykazane przez odwołującego dostawy pomp insulinowych zostały wykonane należycie, uznając, że złożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania wskazanych dostaw. W wyniku ww. wezwania odwołujący złożył m.in. oświadczenie, iż jest wyłącznym dystrybutorem pomp insulinowych DANA firmy Sooil Development Ltd. na terenie Polski, a ponadto załączył wykaz wykonanych dostaw obejmujący: trzy dostawy pomp insulinowych – te same, które wymieniono w pozycji 1-3 wykazu złożonego wraz z ofertą, dostawę glukometrów oraz cztery dostawy pasków do glukometrów – te same dostawy, które zawarte zostały w wykazie złożonym wraz z ofertą (pozycje 5-9 wykazu). Do złożonego w ramach uzupełnienia wykazu, na potwierdzenie, iż dostawy zostały wykonane należycie odwołujący załączył te same dokumenty, które zostały złożone wraz z ofertą (str. 9-15 i 26, 28, 30, 31 oferty). Wyłącznie dokument z dnia 6 kwietnia 2009 r. wystawiony przez IME-DC GmbH w

języku niemieckim różni się treścią od dokumentu z dnia 6 kwietnia 2009 r. wystawionego przez IME-DC GmbH załączonego do oferty, co zostało stwierdzone na podstawie porównania zapisów zawartych w tych dwóch dokumentach. Zauważyć jednak należy, że do obu tych dokumentów załączono tłumaczenie na język polski tej samej treści, pomimo widocznej różnicy treści obu oryginalnych dokumentów.

W pierwszej kolejności należało dokonać analizy złożonych przez odwołującego dokumentów na potwierdzenie, iż dostawy pomp insulinowych, które pod względem przedmiotu bezspornie wypełniają wymogi warunku doświadczenia określonego w przedmiotowym postępowaniu, zostały wykonane w sposób należyty. Wskazać przy tym należy, że odwołujący ani w proteście ani też w odwołaniu nie kwestionował dokonanej przez zamawiającego negatywnej oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania ww. dostaw, natomiast w toku rozprawy podniósł, iż złożone referencje dotyczące dostaw pomp insulinowych na terenie Ukrainy, Republiki Czech i Litwy potwierdzają należyte wykonanie dostaw, a tym samym spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Pismo firmy IME-DC GmbH z dnia 6 kwietnia 2009 r. stanowi oświadczenie ww. firmy, że „wszystkie dostawy na pompy insulinowe DANA, potwierdzone przekazanymi referencjami, zostały zrealizowane razem z firmą Aero-Medika Warszawa/Polska dla wszystkich uczestników (odbiorców) ku całkowitemu ich zadowoleniu. Obiekty: Ukraina, Republika Czech i Litwa.” Powyższa treść, jak wyjaśnił odwołujący na rozprawie, stanowi odwołanie się do złożonych referencji wystawionych przez Abovita Ltd., MTE spol s.r.o. oraz Ministerstwo Ochrony Zdrowia Ukrainy. Na podstawie treści powyższych dokumentów należy jednak stwierdzić, iż żaden z ww. dokumentów nie wskazuje firmy odwołującego jako wykonawcy konkretnych dostaw pomp insulinowych wymienionych w wykazie. Wręcz przeciwnie - pismo Abovita Ltd. z dnia 5 marca 2009 r. zawiera oświadczenie, iż firma ta „prowadzi dostawy pomp insulinowych DANA [...] od ponad 6 lat” oraz jest „posiadającym autoryzację oficjalnym dostawcą Funduszu Zdrowia na Litwie pomyślnie dostarczyliśmy ponad 200 pomp insulinowych [...]”. Jest to zatem pismo dotyczące działalności spółki Abovita Ltd., a nie firmy Aero-Medika Sp. z o.o. Kolejne pismo - MTE spol s.r.o. (brak daty) stanowi oświadczenie wystawcy dokumentu - partnera spółki Sooil Development Company, iż „dostarczanie i zastosowanie pomp insulinowych DANA Diabecare u naszych pacjentów zakończyło się sukcesem” - dotyczy około 58 pacjentów. Natomiast pismo Ministerstwa Ochrony Zdrowia Ukrainy z dnia 16 lutego 2009 r. wskazuje, iż „z powodzeniem zakładamy pompy insulinowe DANA u dzieci od 2007 roku do dzisiaj celem kontynuacji terapii insulinowej w naszych instytucjach na terenie Ukrainy. Do dnia dzisiejszego było możliwe podłączenie naszym pacjentom 40 pomp insulinowych DANA” Jak wynika z treści tych

dokumentów, nie odnoszą się one do jakichkolwiek dostaw zrealizowanych przez odwołującego. Zawierają one opinie ww. podmiotów (rekomendacje) dotyczące stosowania produktu - pomp insulinowych DANA Diabecare oraz zestawów infuzyjnych do ww. pomp. Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść pisma IME-DC GmbH z dnia 6 kwietnia 2009 r., Izba uznała, iż stwierdzenie zawarte w tym piśmie, że „wszystkie dostawy na pompy insulinowe DANA potwierdzone przekazanymi referencjami zostały zrealizowane razem z firmą Aero-Medika Warszawa/Polska dla wszystkich odbiorców ku całkowitemu ich zadowoleniu” nie stanowi potwierdzenia zrealizowania przez odwołującego dostaw zawartych w wykazie. Nawet jeśli przyjąć, iż jakieś dostawy pomp insulinowych były realizowane „razem z firmą Aero-Medika” to nie zostały one w żadnym stopniu skonkretyzowane w złożonych referencjach. Niewątpliwie, aby uznać, że listy referencyjne potwierdzają realizację konkretnych dostaw, muszą one zawierać jako minimum - treść pozwalającą na identyfikację dostawcy, przedmiotu dostawy i odbiorcy. Brak tej identyfikacji dostaw w dokumentach złożonych przez odwołującego uniemożliwia przypisanie przedłożonym referencjom waloru dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez odwołującego.

Na marginesie należy zauważyć, iż zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią oświadczenia firmy IME-DC GmbH o wspólnej z Aero-Medika Sp. z o.o. realizacji dostaw pomp insulinowych na terenie Europy (poza terytorium Polski), a wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego. Odwołujący oświadczył, iż firma IME-DC GmbH jest wyłącznym dystrybutorem pomp insulinowych DANA na terenie Europy, natomiast Aero-Medika Sp. z o.o. – na terenie Polski.

W ustalonym stanie faktycznym należało uznać, że wskazane przez odwołującego w pozycjach 1-3 wykazu dostawy pomp insulinowych nie zostały potwierdzone dokumentami, z których wynikałoby, iż ww. dostawy zostały wykonane należycie. Tym samym dostawy pomp insulinowych nie mogły być brane pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, zawartemu w proteście i odwołaniu, że wykazane dostawy glukometrów i pasków do glukometrów są dostawami odpowiadającymi rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, gdyż zarówno glukometry, jak i paski do glukometrów stanowią, podobnie jak pompy insulinowe, sprzęt medyczny dla tego samego rodzaju pacjentów (chorych na cukrzycę) oraz wszystkie dotyczą dziedziny diabetologii, pogląd taki nie znajduje właściwego usprawiedliwienia. Okoliczność, iż powyższe dostawy zostały

potwierdzone dokumentami wskazującymi na należyte ich wykonanie przez odwołującego nie stanowiła przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu.

Według Słownika języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN) rodzaj jest to gatunek czegoś wyróżniany ze względu na pewne cechy. Natomiast urządzenie - to mechanizm lub zespół mechanizmów, służący do wykonania określonych czynności. Zważywszy, że pompa insulinowa jest urządzeniem medycznym służącym do ciągłego podawania insuliny do organizmu, natomiast glukometr jest urządzeniem do diagnozowania - oznaczania poziomu cukru we krwi, jest oczywiste, że są to dwa różne urządzenia służące zupełnie innym celom, posiadające inną budowę i przeznaczenie. Nie posiadają wspólnych cech, za wyjątkiem jednej, iż są wykorzystywane przy leczeniu chorych na cukrzycę. Cechę tę można jednak odnieść również do innego sprzętu medycznego stosowanego wobec pacjentów chorych na cukrzycę, co nie oznacza, że jest to sprzęt medyczny odpowiadający rodzajem pompom insulinowym. W ocenie Izby, zamawiający słusznie przyjął, że przedmiotem dostaw, które potwierdzają spełnianie warunku doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu mogły być dostawy urządzeń podobnych, tj. np. pomp infuzyjnych, pomp strzykawkowych, natomiast glukometry i paski do glukometrów ani koncentratory tlenu (stosowane w schorzeniach pulmonologicznych) nie stanowią urządzeń, które w jakimkolwiek stopniu są podobne do pomp insulinowych w zakresie charakteru, zastosowania, mechanizmu działania oraz przeznaczenia. Zauważyć należy dodatkowo, że w treści pisma z dnia 28 kwietnia 2009 r. sam odwołujący przyznał, że złożył wykaz „innego sprzętu medycznego z zakresu diabetologii tj. glukometrów i pasków do glukometrów”.

Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do uznania, że przedkładając wykaz dostaw oraz referencje dotyczące dostaw glukometrów i pasków do glukometrów odwołujący potwierdził wykonanie dostaw odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. pompom insulinowym.

Reasumując Izba uznała, iż wobec nie złożenia przez odwołującego wymaganych w przedmiotowym postępowaniu dokumentów w celu potwierdzenia wykonania co najmniej dwóch dostaw, odpowiadających rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W świetle dokonanych ustaleń, należy także zauważyć, że zamawiający żądając wykazu wykonanych dostaw nie wymagał, aby przedmiot tych dostaw był identyczny z przedmiotem zamówienia, co twierdził odwołujący w odwołaniu. Przedmiotem zamówienia są pompy insulinowe, których parametry techniczne zamawiający określił w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Dla wykazania doświadczenia wymagane było wykonanie

dostaw pomp insulinowych lub innych urządzeń podobnych rodzajem bez względu na parametry techniczne tych urządzeń. Z tego względu niezasadne jest twierdzenie odwołującego, iż zamawiający w sposób bezprawny spowodował zawężenie kręgu wykonawców, którzy mogliby zrealizować przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Izba nie rozpoznawała zarzutu, podniesionego w odwołaniu, który nie został jednak zawarty w proteście, iż oferta odwołującego spełnia wymagania specyfikacji dotyczące poziomu dostępności baterii zasilających pompy insulinowe zaferowane przez odwołującego. Zamawiający nie podał tej okoliczności jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego, zatem nie mogła ona stanowić zarzutu protestu. Stosownie do treści przepisu art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w proteście.

W toku rozprawy odwołujący podniósł dodatkowo zarzut, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia została sporządzona w przedmiotowym postępowaniu w sposób naruszający przepisy dotyczące zasady zachowania uczciwej konkurencji, podkreślając, że zawiera ona postanowienia, które mają na celu wyeliminowanie odwołującego z przetargu lub niedopuszczenie oferty odwołującego, która oferuje cenę znacznie niższą w porównaniu do oferty wybranej jako najkorzystniejsza, do wygrania przetargu (około 50 tys. zł). Zarzut powyższy nie był zawarty ani w proteście, ani też w odwołaniu, a wobec tego nie podlegał rozpoznaniu stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp.

Podkreślić także należy, że zarzut powyższy jako dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zgłoszony po upływie ustawowego terminu na jego zgłoszenie. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie zatem z ww. przepisem odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia protestu na postanowienia specyfikacji, opracowanej w przedmiotowym postępowaniu, w terminie 7 dni od zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej zamawiającego. Termin ten rozpoczął bieg od dnia 6 kwietnia 2009 r. Odwołujący nie skorzystał jednak z przysługującego mu uprawnienia, wobec czego wraz z upływem terminu

na wniesienie protestu utracił możliwość podważania treści specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, oraz koszty noclegu pełnomocnika zamawiającego w wysokości 170,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....