

Sygn. akt: KIO 1974/15

WYROK

z dnia 23 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2015 r. przez wykonawcę Bialmed Sp. z o.o w Białej Piskiej w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie,

przy udziale SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Bialmed Sp. z o.o w Białej Piskiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Bialmed Sp. z o.o w Białej Piskiej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu jednorazowego użytku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2015/S 119-217157 z dnia 24 czerwca 2015 r.

W dniu 31.08.2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 10.09.2015 r. Bialmed Sp. z o.o w Białej Piskiej wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty w części I zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. w zakresie części nr 1 w przedmiotowym postępowaniu z tego powodu, że zaoferowane przez Odwołującego strzykawki w zakresie części nr 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15 posiadały skalę wykraczającą poza pojemność nominalną co według Zamawiającego było niezgodne z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ”) oraz z powodu rzekomego nieposiadania przez strzykawki do pompy infuzyjnej zaoferowane w poz. 14 i 15 prostopadłego wycięcia na tłoku umożliwiającego pewne mocowanie strzykawki w pompie infuzyjnej typu perfuzor, podczas gdy treść SIWZ nie wykluczała możliwości

zaoferowania strzykawk z rozszerzeniem skali, a strzykawki zaoferowane przez Zamawiającego posiadały prostopadłe wycięcie na tłoku umożliwiające pewne mocowanie strzykawki w pompie infuzyjnej typu perfuzor, a zatem oferta Odwołującego odpowiadała treści SIWZ, w tym opisowi przedmiotu zamówienia,

2. art. 38 ust. 1 pzp w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp będące wynikiem bezpodstawnego przyjęcia przez Zamawiającego, że wskutek wyjaśnień do SIWZ dokonał on zawężenia - zmiany opisu przedmiotu zamówienia w części nr 1 poz. 3-15 poprzez wprowadzenie wymogu zaoferowania strzykawk o pojemności nominalnej z wyłączeniem skali poszerzonej, podczas gdy po pierwsze - żadne z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień nie wyklucza zaoferowania strzykawk ze skalą rozszerzoną, a po wtóre - nawet gdyby przyjąć, że wyjaśnienia te wykluczają zaoferowanie strzykawk ze skalą rozszerzoną, to zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający nie mógł dokonać zmiany opisu przedmiotu zamówienia w tym trybie, lecz w celu dokonania takiej zmiany powinien procedować zgodnie z art. 38 ust.4 pzp,
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. odrzucenie ofert zawierających strzykawki ze skalą rozszerzoną mimo braku ku temu podstaw w SIWZ, jak i braku istnienia usprawiedliwionych, szczególnych potrzeb Zamawiającego, które wymagałyby stosowania strzykawk jedynie ze skalą nominalną w sytuacji, w której strzykawki o pojemności nominalnej bez poszerzenia skali są praktycznie niedostępne innym wykonawcom jako produkowane wyłącznie przez jednego producenta Becton Dickinson i dostarczane wyłącznie przez jednego wykonawcę - Skamex Sp. z o.o. S.K.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Bialmed Sp. z o.o.;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Pismem z dnia 31.08.2015 r., przesłanym Odwołującemu się pocztą elektroniczną w dniu 31.08.2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty m.in. w zakresie części nr 1, a także odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. W przedmiotowym zawiadomieniu Zamawiający wskazał w pkt. I, iż w zakresie części nr 1 za najkorzystniejszą uznana została oferta Skamex Sp. z o.o. S. K. Wartość wybranej przez Zamawiającego oferty w części 1 złożonej przez Skamex Sp. z o.o. S.K. opiewała na kwotę brutto 432 104,76 zł, zaś Odwołującego na kwotę 369 584,75 zł brutto, a więc na kwotę o ok. 62 000,00 zł niższą. Skamex Sp. z o.o. S.K. zaferowała strzykawkę ze skalą wyłącznie nominalną, zaś Bialmed Sp. z o.o. - producenta Margomed ze skalą nominalną rozszerzoną.

Jednocześnie w pkt II w/w zawiadomienia Zamawiający wyjaśnił, iż złożoną przez Bialmed Sp. z o.o w zakresie części 1 odrzuca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem w pozycjach 3-6, 8-10, 14 i 15 części 1 Wykonawca zaferował strzykawkę z rozszerzeniem skali, podczas gdy zdaniem Zamawiającego wymagał on strzykawkę ze skalą nominalną nie dopuszczając w wyjaśnieniach do SIWZ skali rozszerzonej, a nadto stwierdził, że Bialmed sp. z o.o. w poz. 14 i 15 zaferował strzykawkę bez prostopadłego wycięcia na tłoku umożliwiającego pewne mocowanie strzykawkę w pompie infuzyjnej typu perfuzor.

I tak Zamawiający wskazał, że:

- w poz.3 wymagał strzykawkę o pojemności 2 ml 2-cz, w poz. 4 - strzykawkę o pojemności 5 ml 2-cz, w poz. 5 - strzykawkę o pojemności 10 ml, w poz.6 - strzykawkę o pojemności 20 ml, a w udzielonej odpowiedzi w dniu 10.07.2015 r. Ldz. (1913/15) na zapytanie nr 25 do części 1 poz.3-6 Zamawiający rzekomo nie dopuścił strzykawkę z rozszerzeniem o 20%, zaś w odpowiedzi na zapytanie nr 105 do części 1 poz.3-6 Zamawiający wymagał w poz.3 - poj. 2 ml; w poz.4 *-poj.5ml, w poz.5 -poj.10 ml, w poz.6 -poj.20ml,

- w poz. 8 Zamawiający wymagał strzykawki o pojemności 5 ml , w poz. 9 - strzykawki o pojemności 10 ml, w poz. 10 - strzykawki o pojemności 20 ml, a w udzielonej odpowiedzi na zapytanie nr 25 do części 1 Zamawiający rzekomo nie dopuścił strzykawki z rozszerzeniem 5-6ml w poz. 8, z rozszerzeniem 10-12ml w poz.9, z rozszerzeniem 20- 22ml w poz. 10.
- w poz.14 i 15 Zamawiający wymagał strzykawek o pojemności 50 ml do pompy infuzyjnej, z prostopadłym wycięciem na tłoku umożliwiającym pewne mocowanie strzykawki w pompie infuzyjnej typu perfuzor, a w udzielonej odpowiedzi na zapytanie nr 25 do części 1 poz.14 i 15 Zamawiający rzekomo nie dopuścił strzykawki z rozszerzeniem do 60ml, z wyraźnie zaznaczoną skalą do 50 ml, zaś w udzielonej odpowiedzi na zapytanie nr 105 do części 1 poz.14 i 15 Zamawiający wymagał strzykawki 50ml.

Dowód:

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31.08.2015 r.
- Specyfikacja Ogólnych Warunków Zamówienia dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu jednorazowego użytku, nr sprawy DAZ.26.060.2015 wraz z załącznikiem Nr 2 do SIWZ - Formularzem a sortym en to wo-cenowym, Część 1 - Strzykawki, igły do iniekcji
- oferta złożona przez Bialmed sp. z o.o. w zakresie części nr 7,
- Wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 10.07.2015r.

Opisana wyżej czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części 1 jest niezgodna z przepisami prawa i winna zostać unieważniona, albowiem oferta złożona przez Bialmed sp. z o.o. odpowiadała wszystkim wymaganiom SIWZ przy uwzględnieniu dodatkowo wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wykonawcom.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia w części dotyczącej odrzucenia oferty powinien wskazać, któremu konkretnie postanowieniu lub wymogowi SIWZ - jego zdaniem - nie odpowiada oferta złożona przez Odwołującego (tak m.in. wyrok KIO UZP z 17 lutego 2009 r., KIO/UZP 112/09). Zgodnie również z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2014 r., KIO 1465/14, „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89

ust. 1 pkt. 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający uchybił powyższemu obowiązkowi, albowiem nie wskazał konkretnego postanowienia SIWZ, które wykluczałoby możliwość zaoferowania strzykawkę z rozszerzoną pojemnością nominalną Zamawiający nie mógł bowiem wskazać tej podstawy lub stosownego zapisu, gdyż w żadnym z elementów treści SIWZ opisujących przedmiot zamówienia w części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15, a zawartych w załączniku nr 2 do SIWZ - Formularzu asortymentowo-cenowym, Zamawiający nie wprowadził wymogu strzykawkę wyłącznie o pojemności nominalnej bez rozszerzenia skali. Nie wykluczył zatem możliwości dostawy strzykawkę z rozszerzoną skalą.

Z opisu przedmiotu zamówienia ustalonego przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ w zakresie części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15 nie wynika w żaden sposób, by Zamawiający w tym zakresie wymagał strzykawkę wyłącznie ze skalą nominalną z wyłączeniem możliwości jej poszerzenia o dodatkowe mil i litry. Zamawiający wskazał jedynie, że skala ma być co 0,1 ml, 0,2 ml, 0,5 ml, 1,0 ml, co wprost oznacza, że jedynym wymogiem SIWZ w tym zakresie było zachowanie odpowiednich odstępów - linii podziałek na cylindrze strzykawkę. Brak natomiast w tym opisie wymogu posiadania przez strzykawkę skali wyłącznie nominalnej. Jeżeli Zamawiający oczekiwałby dostawy strzykawkę wyłącznie z nadrukiem skali nominalnej, obowiązany był wskazać rodzaj skali w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ. Skoro zatem Zamawiający nie zawarł takiego wymogu w SIWZ to należy przyjąć, że wymogom tym odpowiadały strzykawkę także z poszerzeniem skali zaoferowane przez Bialmed sp. z o.o.

Zgodnie z treścią SIWZ w części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15 Zamawiający żądał zaoferowania strzykawkę o określonych pojemnościach i takie właśnie strzykawkę zaoferował Odwołujący. Strzykawkę objęte oferta Bialmed sp. z o.o. zarejestrowane bowiem są jako strzykawkę o pojemności nominalnej odpowiednio 2. 5. 10. 20, 50 ml (co wynika z deklaracji zgodności).

W tym miejscu należy stanowczo podkreślić, iż gdyby Zamawiający wprost zapisał w treści SIWZ wymóg, aby strzykawkę posiadały wyłącznie skalą nominalną, to już na

etapie ogłoszenia o zamówieniu zachodziłaby podstawa do zaskarżenia czynności Zamawiającego, jako sprzecznej z przepisami prawa i w sposób całkowicie bezpodstawny ograniczającej konkurencję, a to z uwagi na fakt, iż strzykawki o pojemności nominalnej bez poszerzenia skali są praktycznie niedostępne innym wykonawcom jako produkowane wyłącznie przez jednego producenta Becton Dickinson i dostarczane wyłącznie przez jednego wykonawcę - Skamex Sp. z o.o. S.K., o czym w dalszej części odwołania.

Odwołujący podkreśla także i to, że w niemal wszystkich postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego na dostawę strzykawek (blisko 700 podmiotów leczniczych w kraju), w których udział bierze Odwołujący, zamawiający określają przedmiot zamówienia jako strzykawki o określonej pojemności (np. 2, 5, 10 ml) bez żadnych dalszych wskazań dotyczących tychże pojemności i bez jakichkolwiek postanowień dotyczących skali nominalnej czy rozszerzonej. W postępowaniach tych, tak odwołujący, jak i inni wykonawcy oferują strzykawki ze skalą rozszerzoną i nie stanowi to powodu odrzucenia ich ofert jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Także i odpowiedzi Zamawiającego, udzielone w toku postępowania na szczegółowe zapytania wykonawców, powoływały się jedynie na treść SIWZ, nie wykluczając w ten sposób strzykawek z poszerzeniem skali.

Mianowicie na zapytania: nr 25 Część 1, poz. 3-6 „Czy Zamawiający dopuszcza strzykawki z rozszerzeniem o 20%.”, nr 25 Część 1, poz. 8-10 „Czy Zamawiający dopuszcza strzykawki z rozszerzeniem: 5-6 ml, 10-12ml, 20-22 ml.” oraz nr 25 Część 1, poz. 14-15 „Czy Zamawiający dopuszcza strzykawki z rozszerzeniem do 60ml, z wyraźnie zaznaczoną skalą do 50ml” Zamawiający udzielił jednakowej odpowiedzi, iż „podtrzymuje zapisy SIWZ. Skoro w zapisach SIWZ brak jest wyłączenia możliwości zaoferowania strzykawek ze skalą rozszerzoną, to poprzez odpowiedź o podtrzymaniu zapisów SIWZ

Zamawiający nie mógł takiego ograniczenia wprowadzić. Podkreślić należy, iż Odwołujący zaoferował strzykawki o pojemności wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ. Jedyna różnica pomiędzy strzykawkami ze skalą wyłącznie nominalną a rozszerzoną to taka, że strzykawki ze skalą rozszerzoną posiadają dalsze, dodatkowe, wyróżnione wizualnie rozszerzenie tej skali. Zamawiający wymagał w SIWZ strzykawek o określonej pojemności i takie też zaoferował Bialmed sp. z o.o. Wyprowadzanie jakichkolwiek dalszych nie ujętych w treści SIWZ wymogów ze

sformułowania, iż „Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”, nie znajduje żadnego logicznego i racjonalnego uzasadnienia.

Natomiast na zapytanie 105 dotyczące części nr 1, poz. 3-6 „Prosimy Zamawiającego o sprecyzowanie, czy strzykawki mają posiadać skalę oryginalnie nadrukowaną na cylindrze odpowiadającą pojemności nominalnej strzykawki -bez rozszerzenia- tj. dla strzykawek o poj. 2ml - do 2ml, dla strzykawek o poj.5ml - do 5ml, dla strzykawek o poj.10ml - do 10ml, dla strzykawek o poj.20ml - do 20ml?” Zamawiający udzielił odpowiedzi „Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymaga: w poz. 3- poj. 2 ml; w poz.4-poj.5ml; w poz.5-poj.10ml; w poz. 6- poj.20 ml z zachowaniem pozostałych parametrów SIWZ.” W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający powtórzył jedynie podane już w SIWZ wymogi dotyczące pojemności strzykawek, nie odnosząc się w ogóle do kwestii skali nominalnej lub rozszerzonej tych strzykawek. Strzykawki o takich właśnie wymaganych zgodnie z SIWZ pojemnościach zaoferował Odwołujący się. Fakt, iż strzykawki te posiadają rozszerzoną skalę nie wpływa w żaden sposób na ich klasyfikację względem pojemności nominalnej.

Na zapytanie 105 dotyczące części nr 1 poz. 14, 15 „Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy Zamawiający wymaga strzykawek 50ml, czy 50/60ml?n Zamawiający odpowiedział „Zgodnie z SIWZ strzykawek 50 ml z zachowaniem pozostałych parametrów SIWZ.” Również i w tej odpowiedzi Zamawiający nie odnosi się do skali, jej możliwości rozszerzenia czy też nie, a jedynie do pojemności, jaką należy zaoferować i ponownie odsyła do zapisów SIWZ. Zaoferowane przez Odwołującego się strzykawki posiadają pojemność 50ml z rozszerzaną skalą do 60ml, co jest dodatkowo zaznaczone na opakowaniu i stanowi ułatwienie w użytkowaniu, a nie przeszkodę. Zgodnie z oświadczeniem firmy Margomed w/w strzykawki posiadają pojemność nominalną 50ml i tak są rozpoznawane w pompach infuzyjnych, co potwierdza także oświadczenie firmy Ascor (producenta pomp infuzyjnych).

Dowód:

- Wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 10.07.2015r.,
- oświadczenie firmy Margomed z dnia 31.08.2015r.
- Informacja dla użytkowników infuzyjnych pomp strzykawkowych sporządzona przez firmę Ascor z dnia 4.07.2014r.
- zdjęcie strzykawki ze skalą nominalną oraz poszerzeniem skali - 2 egz.,

- deklaracje zgodności dot. strzykawk ze oferowanych przez Odwołującego w części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15,

- przesłuchanie R. R., członka zarządu Odwołującego - wezwanie na adres Bialmed Sp. z o.o. ul. M. Konopnickiej 11 A, 12-230 Biała Piska

na okoliczność przeznaczenia i sposobu wykorzystania strzykawk ze skaia nominalną i rozszerzoną oraz ewentualnych różnic między nimi, analogicznego jak w niniejszej sprawie sposobu opisu przedmiotu zamówienia stosowanego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę strzykawk prowadzonych przez innych zamawiających, oferowania w tychże postępowaniach przez wykonawców strzykawk ze skalą rozszerzoną i braku odrzucania tychże ofert przez zamawiających

Reasumując - ani zapisy SIWZ ani też żadne z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w odpowiedzi na zapytania wykonawców nie wyłączały możliwości zaoferowania strzykawk ze skalą rozszerzoną. Tym samym oferta Odwołującego się nie mogła z tego powodu zostać uznana za sprzeczna z treścią SIWZ i na tej podstawie odrzucona.

Na marginesie wskazać należy, że nawet jeśli przyjąć, że Zamawiający poprzez odpowiedzi na pytania wykonawców (a w szczególności w odpowiedzi na pytanie nr 105) zmierzał do zawężenia rodzaju przedmiotu zamówienia wyłącznie do strzykawk ze skalą nominalną czyli poprzez wykluczenie strzykawk ze skalą poszerzoną to działanie takie stanowiłoby modyfikację postanowień SIWZ. Taka modyfikacja byłaby zaś niedopuszczalna w trybie składania wyjaśnień na podstawie art. 38 ust. 2 pzp i wymagałaby zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 pzp.

Wprawdzie wyjaśnienia udzielane przez Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 2 pzp stanowią rodzaj wykładni autentycznej postanowień SIWZ. wiążą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców, jednakże nie mogą one prowadzić do zmiany tych postanowień. Krajowa Izba Odwoławcza już wielokrotnie wypowiedała się w powyższym zakresie, w tym m.in. w wyroku z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11, stwierdzając, iż wyjaśnienie SIWZ w trybie art. 38 ust. 2 nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ, zawężających przedmiot zamówienia wykracza poza możliwość wynikającą z przepisu art. 38 ust. 2 ustawy. Podobnie

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 917/10 podkreśliła, że w przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegóławiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu (zdanie pierwsze).

Podkreślić także trzeba i to, że strzykawki ze skalą nominalną i rozszerzoną mają analogiczne przeznaczenie i zastosowanie, przy czym strzykawki z poszerzeniem skali pozwalają na bardziej efektywne ich wykorzystanie, jeśli istnieje potrzeba podania iniekcji w ilości nieznacznie wykraczającej poza skalę nominalną np. 11 ml, co właśnie umożliwia precyzyjne poszerzenie skali. Natomiast w przypadku strzykawek wyłącznie ze skalą nominalną koniecznym byłoby użycie już strzykawki o pojemności 20 ml. Z uwagi zaś na cel pzp - zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych - stosowanie strzykawek z poszerzeniem skali odpowiada tej zasadzie. Godzi się przy tym zaznaczyć, że Zamawiający na żadnym etapie niniejszego postępowania nie wskazał szczególnych potrzeb, dla których oczekiwałby strzykawek o pojemności nominalnej bez rozszerzenia skali, jeśliby faktycznie zmierzał do ograniczenia opisu strzykawek w zakresie części 1 (poz. 3-6, 8-10, 14 i 15).

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w poprzednich latach, tj. w 2012r. i 2013r., Odwołujący złożył oferty w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę strzykawek przy tak samo opisanym przedmiocie zamówienia, tj. wskazaniu w SIWZ, iż przedmiotem zamówienia są strzykawki o określonej pojemności bez żadnych wymagań dotyczących skali (nominalnej czy rozszerzonej). W postępowaniach tych Odwołujący zaoferował strzykawki z rozszerzona skala, a jego oferty nie zostały odrzucone. W załączeniu Odwołujący przedkłada wyciągi z SIWZ wraz z załącznikami za lata: 2012 i 2013 w zakresie zadania dotyczącego strzykawek, gdzie opis przedmiotu zamówienia (strzykawek) był tożsamy z opisem strzykawek z części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15 obecnego postępowania.

Dowód:

- wyciągi z SIWZ wraz z załącznikami - Formularzami asortymento - cenowymi dot. strzykawek za lata 2012 (W.SZ.S.DDZ/2411/P-8/011/12) i 2013 (W.SZ.SJDAZ-

2411/P-8/065/13) wraz z ofertami złożonymi w tym zakresie przez Bialmed sp. z o.o. oraz z zawiadomieniami o wyborze najkorzystniejszej oferty w w/w postępowaniach,
- przesłuchanie R. R., członka zarządu Odwołującego - wezwanie na adres Bialmed Sp. z o.o. ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska na okoliczność sformułowania w latach 2012 i 2013 przez Zamawiającego w SIWZ wymogów dot strzykawk w sposób analogiczny jak w niniejszej sprawie, oferowania przez Bialmed sp. z o.o. w tychże postępowaniach strzykawk ze skalą rozszerzoną i braku odrzucenia w w/w postępowaniach ofert Bialmed sp. z o.o.

Nadto wskazać należy, że dopuszczenie przez Zamawiającego jedynie strzykawk o pojemności nominalnej bez poszerzenia skali naruszałoby przepis art. 7 ust. 1 pzp, prowadząc do nieuzasadnionego nierównego traktowania wykonawców i nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji. Mianowicie ograniczenie opisu przedmiotu w SIWZ w zakresie części 1 poz. 3-6, 8-10, 14 i 15 do strzykawk wyłącznie ze skalą nominalną z wyłączeniem możliwości jej poszerzenia, stanowiłoby posługiwanie się przez Zamawiającego parametrami wskazującymi na konkretnego producenta, co w sposób oczywisty ogranicza krąg wykonawców zdolnych do zaoferowania takich produktów. Wskazać bowiem należy, że strzykawki wyłącznie o pojemności nominalnej bez poszerzenia skali, produkuje jeden tylko producent - Becton Dickinson, którego produkt oferuje wyłącznie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Skamex Sp. z o.o. S.K. Pozostali wykonawcy świadczący usługi dostawy na rynku polskim, w tym Bialmed sp. z o.o., nie mają możliwości oferowania strzykawk innych aniżeli strzykawki z rozszerzoną skalą nominalną które produkowane są przez pozostałych producentów wyrobów medycznych.

Dowód:

- przesłuchanie R. R., członka zarządu Odwołującego - wezwanie na adres Bialmed Sp. z o.o. ul. M. Konopnickiej 11 A, 12-230 Biała Piska na okoliczność dostępności strzykawk o pojemności nominalnej bez poszerzenia skali oraz ze skalą poszerzoną, producentów posiadających w ofercie w/w strzykawki,

Nie można zgodzić się z tą argumentacją Zamawiającego wyrażoną w jego piśmie z dnia 09.09.2015r., jakoby stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym w części 1 poz. 3- 6, 8-10, 14 i 15 nie dopuścił on strzykawk ze skalą rozszerzoną, znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.04.2015r.. sygn. akt

KIO 673/15. Wymieniony wyrok został bowiem wydany w odmiennym stanie faktycznym.

Mianowicie w w/w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie - szczegółowo opisał w SIWZ, w których pozycjach wymaga strzykawkę ze skalą rozszerzoną poprzez użycie sformułowań: „z możliwością wypełnienia do 60 ml” „z rozszerzoną skalą”, a w których dopuszcza strzykawki z rozszerzoną skalą. Natomiast w wykonawca (Skamex sp. z o.o. sp. k.) w pozycji, w której Zamawiający nie zawarł informacji o wymogu skali rozszerzonej ani też nie dopuścił możliwości zaoferowania strzykawki z taką skalą zaoferował strzykawkę ze skalą rozszerzoną. Izba uznała więc, że - wnioskując a contrario - w pozycji tej Zamawiający skali rozszerzonej nie dopuścił. W niniejszej zaś sprawie w postanowieniach SIWZ brak jest odniesień do wymogu posiadania przez strzykawki skali rozszerzonej, co czyni wnioskowanie a contrario nieuprawnionym.

Dowód:

- wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, nr sprawy DZP-LS-271-217/2014 wraz z Formularzem asortymentowo-cenowym dot. strzykawkę, w którym odrzucona została oferta wykonawcy, a czynności ta zaskarżona odwołaniem rozpatrywanym przez KIO w sprawie o sygn.. akt KIO 673/15,

- wyrok KIO z dnia 17.04.2015r., sygn. akt 673/15 wraz z uzasadnieniem

W odniesieniu natomiast do stwierdzenia Zamawiającego, jakoby zaoferowane przez Odwołującego się w części 1 poz. 14 i 15 strzykawki nie posiadały prostopadłego wcięcia na tłoku umożliwiającego pewne mocowanie w pompie infuzyjnej typu perfuzor, stwierdzić należy, iż stwierdzenie to jest niezgodne z rzeczywistością. Przedmiotowe strzykawki posiadają bowiem takie - wymagane zgodnie z SIWZ - wcięcie, co potwierdza oświadczenie ich producenta firmy Margomed, jak i załączona dokumentacja zdjęciowa. Podkreślić należy, że Zamawiający w toku postępowania nigdzie nie określił, jak dokładnie ma wyglądać w/w wcięcie, jaką ma mieć konstrukcję i wymiary. Zaoferowane przez Bialmed sp. z o.o. strzykawki posiadają czterostronne prostopadłe wcięcie, które umożliwia pewne mocowanie w pompie typu perfuzor, zgodnie z oświadczeniem producenta.

Dowód:

- oświadczenia firmy Margomed z dnia 31.08.2015r. oraz 09.09.2015r.
- Informacja dla użytkowników infuzyjnych pomp strzykawkowych sporządzona przez firmę Ascorz dnia 4.07.2014r.
- zdjęcia strzykawek zaofiarowanych przez Odwołującego się w części 1 poz. 14 i 15 - 2 egz.,
[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Następnie Izba stwierdza, iż stan faktyczny sprawy został zreferowany zgodnie z rzeczywistością w treści odwołania, która została zacytowana powyżej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania

oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, dzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i

prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Natomiast ww. warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców.

W rozpatrywanym przypadku opis przedmiotu dostawy w części I zamówienia Zamawiający zawarł w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, Formularzu Asortymentowo-Cenowym.

W poszczególnych pozycjach ww. Formularza Zamawiający opisywał zamawiane strzykawki, m.in. w ten sposób, że podawał ich pojemność, np.: 1 ml, 2 ml, 5 ml, 10 ml, 20 ml lub 50/60 ml (poz. 11), 100-140 ml. (poz. 12) ...etc. A także wskazywał w jaki sposób mogą być skalowane, np. skalowana co 0,1 ml, skalowana co 0,2 ml, skalowana co 0,5 ml, skalowana co 1,0 ml, podziałka minimum 1 ml... etc.

Jakichkolwiek innych wymagań w opisie przedmiotu zamówienia odnoszących się do pojemności strzykawek lub ich skalowania/oznaczeń skali na strzykawce w SIWZ nie zawarto.

Oдноśnie strzykawek zamawianych w poz. 14 i 15 Zamawiający wskazał, iż są to strzykawki typu perfuzor do pompy infuzyjnej, posiadające prostopadłe wcięcie na tłoku umożliwiającym pewne mocowanie w pompie infuzyjnej (w poz. 13 zamawiano strzykawki do pompy infuzyjnej bez wskazania, że mają to być strzykawki typu perfuzor, i że winny posiadać tego typu wcięcie).

Uwzględniając powyższe, a także odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ cytowane w treści odwołania, Izba za zasadne uznała zarzuty odwołania dotyczące wystąpienia niezgodności z SIWZ strzykawek oferowanych przez Odwołującego w poz. 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 14, 15 Formularza w zakresie ich „rozszerzenia”. Izba oddaliła natomiast zarzuty dotyczące stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności z SIWZ strzykawek oferowanych w poz. 14 i 15 w zakresie posiadania przez strzykawki prostopadłego wcięcia.

We wskazanych pozycjach Odwołujący zaoferował strzykawki o zarejestrowanych pojemnościach odpowiadających pojemnościom wymaganym przez zamawiającego. Co więcej są to strzykawki pojemnościowo dokładnie takie same jak strzykawki oferowane przez wybranego wykonawcę. Mieści się w nich tyle samo płynu, a jego objętość jest wyskalowana w sposób wymagany przez Zamawiającego. Rzeczono strzykawki różnią się jedynie tym, że strzykawki Przystępującego mają skalę, która dokładnie kończy się po oznaczeniu pojemności nominalnej (zarejestrowanej), a strzykawki Odwołującego po oznaczeniu pojemności zarejestrowanej mają jeszcze kilka kresek na pojemniku, które pozwalają orientacyjnie zmierzyć pojemność płynu nabrałego ponad pojemność nominalną (w strzykawkach Przystępującego również można nabrać tyle samo płynu, tylko płynu nabrałego ponad pojemność nominalną nie można zmierzyć przy pomocy skali nadrukowanej na pojemniku strzykawki).

Literalnie, bez żadnych zbędnych w tym przypadku pogłębionych zabiegów interpretacyjnych, wymagania SIWZ w zakresie pojemności poszczególnych strzykawk sprzeczają się do żądania strzykawki 20 ml (w poz. 6), strzykawki 50 albo 60 ml. (w poz. 11), strzykawki 100, 101, 102, n, 140 ml (w poz. 12)... etc. Nie ma tam żadnych wskazań na temat dopuszczania czy niedopuszczania „rozszerzenia” strzykawk, które jest kategorią dotyczącą skali. Odnośnie skali Zamawiający sformułował tylko i wyłącznie wymagania dotyczące jej „gęstości”, a nie jej maksymalnej wartości na pojemniku. Izba nie przyjmuje stanowiska, że wskazanie w SIWZ pojemności strzykawki „50/60 ml” automatycznie i bez żadnych wątpliwości oznacza, że jest to strzykawka o pojemności nominalnej 50 ml ze skalą rozszerzoną o 20%. Takie wymagania można i należy opisać wprost i jasno, np. tak jak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajdującej zastosowanie w sprawie KIO 673/15.

Jak już wskazano, strzykawki oferowane przez Odwołującego mają zarejestrowane pojemności dokładnie takie jak wskazał Zamawiający w SIWZ. Natomiast żadnych wymagań (w tym wyłączeń) odnośnie rozszerzonego skalowania strzykawk, pomimo próśb wykonawców o zajęcie stanowisko w tym zakresie, Zamawiający nawet w odpowiedziach na pytania dotyczące treści SIWZ, nie raczył wyrazić. Ograniczał się jedynie do podtrzymywania wymagań SIWZ, które do tego aspektu opisu zamawianego produktu się w ogóle nie odnosiły.

W trakcie wyrokowania Izba pominęła wszystkie dowody wnioskowane przez strony, uznając, iż w tym przypadku nie ma potrzeby ustalania jakichkolwiek okoliczności wykraczających poza ośnowę treści SIWZ i odpowiedzi jej dotyczących udzielanych w trakcie postępowania, których literalna interpretacja pozwalała zrekonstruować i zastosować

wymagania Zamawiającego w zakresie pojemności strzykawk. Dla rozstrzygnięcia zarzutu Izba oparła się więc jedynie na treści SIWZ i pytaniach/odpowiedziach dotyczących jej treści, a także okazanych próbkach strzykawk oferowanych w postępowaniu i dostępnych na rynku.

W szczególności, wobec poprzestania na literalnej wykładni treści SIWZ w sposób odpowiadający stanowisku Odwołującego, zbędne stało się ustalanie okoliczności, których dotyczyły zeznania świadka (kształtu rynku i obecności strzykawk tylko jednego producenta, które odpowiadałyby wymaganiom SIWZ rekonstruowanym według interpretacji Zamawiającego), a które byłyby istotne dla funkcjonalnej wykładni SIWZ, z zasady zmierzającej do utrzymania jej konkurencyjnego i otwartego charakteru.

Jedynie więc na marginesie Izba zaznacza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego i wiedzy powołanego przezeń świadka, na rynku występują strzykawki więcej niż jednego producenta, na których oznaczana jest jedynie skala minimalna – o czym przesądziłyby modele strzykawk BD i Braun okazane na rozprawie przez Przystępującego.

Przy czym Izba zaznacza, że uwzględnienie wyżej opisywanego zarzutu nie mogło posłużyć do uwzględnienia całego odwołania, a to w związku z oddaleniem zarzutu dotyczącego prostopadłego wcięcia w tłoku strzykawk typu perfuzor – zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie jedynie w przypadku stwierdzenia naruszeń, które miały wpływ na wynik postępowania.

Zrzut odwołania dotyczący strzykawk oferowanych w poz. 14 i 15, a dotyczący stwierdzonej przez Zamawiającego ich niezgodności z SIWZ w zakresie mocowania tłoka w pompie, uznano za niezasadny z następujących względów:

W trakcie wyrokowania Izba w materiale dowodowym sprawy uwzględniła i oceniła zdjęcia strzykawk przedłożone przez Odwołującego, a także próbki strzykawk okazywane przez wszystkich uczestników postępowania. Na tej podstawie Izba ustaliła, iż na rynku występują strzykawki z jednym wcięciem prostopadłym u nasady tłoka (takie jak strzykawka BD oferowana przez Przystępującego) oraz strzykawki z czterema wcięciami krzywymi/równoległymi (takie jak strzykawka Margomed oferowana przez Odwołującego). W strzykawce oferowanej przez Odwołującego nie sposób dopatrzeć się jakichkolwiek prostopadłych do tłoka linii wcięcia, a tym samym uznać stosowanych tam wcięć za prostopadłe do tłoka.

Wszystkie pozostałe dowody wnioskowane w tym zakresie przez strony pominięto jako pozbawione znaczenia dla oceny spełniania przez oferowany asortyment przedmiotowego wymogu SIWZ.

W związku z powyższym Izba potwierdza prawidłowość czynności Zamawiającego w zakresie zidentyfikowanej i podanej w informacji o odrzuceniu oferty niezgodności oferowanego przedmiotu dostawy z treścią SIWZ.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

.....