

Sygn. akt KIO/UZP 598/09

**WYROK**  
**z dnia 22 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PAM, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** protestu z dnia 21 kwietnia 2009 r.

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 611 zł 60 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset jedenaście złotych sześćdziesiąt groszy) przez **Aero-MEDIKA Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 PAM, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Aero-MEDIKA Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa.**

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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osobistych pomp insulinowych dla dzieci.

W dniu 21.04.2009 r. zamawiający pismem z dnia 20.04.2009 r. poinformował Aero Medica Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej zwaną również: Pzp lub ustawą) z powodu niespełnienia wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), aby bateria zasilająca pompę insulinową była ogólnodostępna.

Wykonawca w dniu 21.04.2009 r. (pismem z tej samej daty) wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Aero Medica Sp. z o. o. W uzasadnieniu wskazał, że oferowana przez niego bateria AA ½ jest ogólnodostępna, z punktu widzenia

użyteczności i przydatności pomp insulinowych kwestia zasilania jest sprawą drugorzędną i poboczną a działanie zamawiającego ogranicza udział w postępowaniu wykonawców mogących złożyć najkorzystniejszą, z punktu widzenia interesów zamawiającego, ofertę.

Zamawiający dnia 27.04.2009 r. (pismem z tej daty) oddalił protest. Wskazał, że zamawiana pompa służy do wlewu insuliny - hormonu, który ratuje zdrowie i życie dzieci, zaś nawet krótka przerwa w dostarczeniu insuliny prowadzi do dramatycznego pogorszenia stanu zdrowia, kwasicy i śpiączki. Wywiódł, że rodzice dzieci z cukrzycą leczonych przy pomocy pomp insulinowych, muszą mieć możliwość zakupu baterii (niezbędnej do działania pompy) bez trudności w punktach sprzedaży, bez względu na miejsce zamieszkania (miasto, wieś) a bateria dawana gratis nie rozwiązuje problemu kolejnego zakupu. Zamawiający uznał kwestię zasilania pompy za pierwszorzędną, a nie poboczną.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego Aero Medica Sp. z o. o. w dniu 5.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Odwołujący się podtrzymał zarzuty i żądania protestu, wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niesłuszne odrzucenie złożonej przez niego oferty, odpowiadającej siwz. Wywiódł, że baterie zasilające pompę insulinową AA ½ są ogólnodostępne, co potwierdzają załączone oświadczenia największych dystrybutorów baterii w Polsce. Odwołujący się wskazał ponadto że, za każdym razem, gdy klient nabywa zestaw infuzyjny, otrzymuje automatycznie baterie typu ½ AA, a w przypadku problemów może być również użyta bateria umieszczona w kalibratorze. Przywołane zostały również cechy techniczne oferowanej pompy: informowanie użytkownika z dwudniowym wyprzedzeniem o wyczerpywaniu baterii oraz dołączeniu do pompy insulinowej nieodpłatnej ładowarki, co umożliwia ponowne ładowanie używanych w pompie i kalibratorze baterii litowych typu 1/1AA. Wskazane baterie działają dłużej, niż standardowe baterie AA lub AAA i są tańsze w eksploatacji. Można je również zamówić u odwołującego się., który dostarczy je w ciągu 24 godzin. W ocenie odwołującego się zamawiający problem baterii do pompy insulinowej traktuje przesadnie w celu ograniczenia konkurencji i uniemożliwienia złożenia mu oferty.

Do postępowania odwoławczego, biorąc udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu wskazując, że może być on uznany za złożony z uchybieniem terminu ustawowego protest na treść siwz oraz, że baterie AA ½ nie mogą być uznane za ogólnodostępne (czyli za słownikiem PWN „dostępne dla wszystkich”), gdyż nie można ich nabyć w powszechnie dostępnych placówkach handlowych: na stacjach paliw

największych sieci BP, Orlen, Shell, w kioskach ruchu, w popularnych sieciach supermarketów i sklepów ze sprzętem AGD i RTV, zgodnie z załączonym zestawieniem. Możliwe są do nabycia w nielicznych specjalistycznych sklepach lub sklepach internetowych. Przystępujący stwierdził ponadto, że wskazane w treści odwołania parametry techniczne nie były wskazane w treści siwz i nie podważają braku ogólnodostępności baterii AA ½.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący się wycofał zarzut naruszenia art. 29 Pzp, w pozostałym zakresie podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający i przystępujący podtrzymali poglądy wyrażone wcześniej w pismach procesowych.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2009/5 44-064131 w dniu 5.03.2009 r.

Zamawiający przedmiot zamówienia podzielił na dwie części (pakiety) i w Rozdziale II siwz wymagał, aby bateria zasilająca pompę insulinową była ogólnodostępna: dla pakietu I w pkt 9 parametrów technicznych (str. 22 siwz), dla pakietu II w pkt 10 parametrów technicznych (str. 23 siwz). Cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert – Rozdział I pkt 5 (str. 9 siwz). Odwołujący się złożył ofertę oferującą w obu pakietach najniższą cenę, wskazując, że pompy insulinowe zasilane będą bateriami AA ½ (str. 5 i 6 oferty).

Podnoszone przez zamawiającego fakty, że baterii typu AA ½ nie są dostępne w Szczecinie, nie są znane statystycznym sprzedawcom, fakt ich istnienia jest kwestionowany nie zostały zaprzeczone przez odwołującego się. Odwołujący się nie zaprzeczył również, wynikającej z ogólnych warunków sprzedaży Ropla Elektronik Sp. z o.o. (§ 1 ust.2) okoliczności, że przedmiotem nabycia mogą być wyłącznie baterie o wartości nie mniejszej niż 100 zł. Okoliczności te Izba uznała zatem za bezsporne.

Załączone do odwołania oświadczenia BTO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z dnia 30.04.2009 r. oraz Ropla Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (oba z dnia 30.04.2009 r.) stwierdzają, że baterie typu 3,6 V LiSoCi2 typu ½ AA oraz CR ½ AA (indeks Varty 6127101301) są bateriami ogólnodostępnymi.

Na rozprawie odwołujący się złożył oświadczenie BTO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z dnia 19.05.2009 r. zawierające przykładową listę sklepów, gdzie można nabyć baterie litowe AA ½, z którego wynika również, że na terenie Polski występuje ok. 200 placówek, nie licząc placówek, gdzie dostępne są baterie litowe innych, niż oferowanych przez wystawcę oświadczenia, marek.

Przywołane pisma BTO Sp. z o. o. Izba uznała za oświadczenia odwołującego się ( z uwagi na brak podpisu), nie nadając im mocy dowodu w rozumieniu art. 188 ust. 3 Pzp. Natomiast pismo Ropla Eletronik Sp. z o.o. może być, w ocenie Izby, dowodem, że osoba pod nim podpisana złożyła oświadczenie o treści w nim wskazanej.

Złożone przez odwołującego się wyciągi ze słowników języka polskiego, stron WWW oraz treść ustawy o drogach publicznych mają również walor oświadczenia strony.

Pani Katarzyna Wójcik złożyła oświadczenie jako pełnomocnik zamawiającego, a dowód z eksperymentu procesowego z uwagi na stwierdzenie faktów będących jego przedmiotem innymi dowodami nie został przeprowadzony.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie protokołu ZP-1, siwz, oferty odwołującego się, pism załączonych do odwołania oraz oświadczeń złożonych na rozprawie.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył w obu pakietach ofertę z najniższą ceną, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby, literalne brzmienie postanowień siwz, stanowiących podstawę faktyczną sporu, jest jednoznaczne, nie wymaga dodatkowych interpretacji lub uściśleń.

Błędnie odnosi odwołujący się wyłącznie do pojęcia ogólnodostępny. Zamawiający wymagał zaoferowania „baterii ogólnodostępnych”. Baterie ogólnodostępne to baterie powszechnie dostępne, możliwe do zakupu w sposób łatwy, bez utrudnień, gdyż stanowią przedmiot zwykłego codziennego zastosowania. Odwołujący się nie wykazał, że baterie ½ AA zasilające oferowaną pompę insulinową, są dostępne w miejscach, gdzie zazwyczaj dokonuje się zakupu baterii, w zwykłych punktach dystrybucji.

Bezspornie baterie AA ½ niezbędne do prawidłowego funkcjonowania pompy insulinowej zaoferowanej przez odwołującego się możliwe są do nabycia wyłącznie w wybranych punktach sprzedaży, dostęp do nich ograniczony jest więc zarówno w przestrzeni, jak i w czasie (dojazdu do wybranego punktu, okresu oczekiwania na realizację zakupu w sklepie internetowym lub przez odwołującego się). Zatem baterie ½ AA nie są bateriami ogólnodostępnymi.

Wywodzenie przez odwołującego się, że pojęcie ogólnodostępności baterii, to wyłącznie brak ustawowych ograniczeń w możliwości ich nabycia (odwrotnie niż w powoływanym przykładzie alkoholu i papierosów) nie jest trafne. Również wskazanie jako przykładów (wynikających ze złożonych wyciągów) boisk, placów zabaw, sklepów czy przejść granicznych jest nieadekwatne do stanowiących przedmiot sporu baterii. Czym innym jest bowiem dostępność dla ogółu obiektów użyteczności publicznej - nieruchomości, a czym innym możliwość nabycia baterii, rzeczy ruchomej stanowiącej przedmiot obrotu, w odniesieniu do której zamawiający dla realizacji celu postępowania (zapewnienia chorym dzieciom sprzętu podtrzymującego życie i poprawiającego jego komfort) ustanowił wymóg ogólnodostępności.

Wywody w zakresie możliwych interpretacji przymiotnika „ogólnodostępny” nakazują przyjąć, że mimo, iż odwołujący się formalnie cofnął na rozprawie zarzut naruszenia art. 29 Pzp dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, to jednak w istocie w dalszym ciągu kontestuje treść siwz, podczas, gdy ustawowy termin na zgłaszanie takich zarzutów upłynął (art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp). Za przyjęciem takiej kwalifikacji przemawia wskazanie na rozprawie, że z punktu widzenia użytkownika pompy insulinowej to wymóg ogólnodostępności „wkłuć” a nie baterii ma istotne znaczenie, a zamawiający zaniechał sformułowania takiego wymagania.

Sporne wymaganie dotyczące „ogólnodostępności baterii” zawarte było w siwz od dnia jej ogłoszenia, jest zatem wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców składających oferty w postępowaniu (vide np.: wyrok Izby z dnia 12.01.2009 r., sygn. akt KIO/UZP/1490/08). Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej odpowiadającej wszystkim wymaganiom merytorycznym zawartym w siwz, czyli, w okolicznościach sprawy, oferty spełniającej wszystkie wymienione parametry techniczne. Przeciwnie postępowanie zamawiającego, polegające na zaniechaniu odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wybór jako najkorzystniejszej, oferty nie odpowiadającej wymaganiom siwz, naruszałoby nie tylko przywołany przepis, ale również zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający na równych zasadach oceniłby bowiem w przyjętym przez siebie kryterium ceny, oferty odpowiadające wymaganiom zawartym w siwz oraz oferty, które wymaganiom tym nie odpowiadają w pełni. Powyższe prowadziłoby do niemożności zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a ponadto w postępowaniu doszłoby do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Jeśli odwołujący się jest przekonany, że oferowany przez niego produkt zaspokoiłby potrzeby zamawiającego wyrażone przez wszczęcie i prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to winien podjąć, przewidziane przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, działania zmierzające do zapewnienia możliwości złożenia oferty uwzględniającej baterie ½ AA, która nie podlegałaby odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią siwz i mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy.

Czynnościami tymi są złożenie wniosku o wyjaśnienia treści siwz lub wniesienie środków ochrony prawnej wobec treści siwz. Odwołujący się zaniechał wskazanych czynności.

Zawarte w odwołaniu i podtrzymywane na rozprawie wywody, że walory użytkowe oferowanej przez odwołującego się pompy, czynią w istocie wymóg ogólnodostępności baterii mniej istotnym oraz, że nie istnieje zagrożenie z punktu widzenia użytkowników pomp nie mogą być wzięte pod rozwagę przez Izbę, gdyż nie zostały zawarte przez zamawiającego w siwz i wobec treści zarzutu są nierelevantne dla okoliczności sprawy.

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego się i nie naruszył zasad równości i uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu w kwocie 4 611 zł 60 gr.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*