

Sygn. akt: KIO 161/15

WYROK

z dnia 4 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **Aero – Medika Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Aero – Medika Sp. z o.o.** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Aero – Medika Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Aero – Medika Sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego **Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu** kwotę 3 600 zł 00

gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 26 stycznia 2015 r. do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Aero-Medika Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Szpitalowi Miejskiemu im. Franciszka Raszei w Poznaniu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie następujących przepisów:

- (i) art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231 ze zm.) (dalej „**rozporządzenie w sprawie dokumentów**”) poprzez zobligowanie Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji pompy insulinowej, mimo iż brak jest wskazania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**”), lub zaproszeniu do składania ofert, obowiązku wykonania prezentacji oferowanej osobistej pompy insulinowej;
- (ii) art. 29 ust. 1 Pzp poprzez zobligowanie Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji pompy insulinowej, mimo iż SIWZ nie zawiera takiego obowiązku, a tym samym nie zawiera wszystkich informacji potrzebnych do oszacowania całkowitych kosztów związanych ze złożeniem oferty przez wykonawcę, w szczególności informacji o obowiązku bezpośredniej prezentacji osobistej pompy insulinowej w siedzibie Zamawiającego;
- (iii) art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ograniczenie jawności postępowania w związku z brakiem możliwości udziału wykonawców w prezentacjach osobistych i pomp insulinowych, albowiem w przypadku żądania od wykonawców prezentacji pomp insulinowych, których parametry mają być przedmiotem oceny zgodności z SIWZ, Zamawiający miał obowiązek umożliwić wgląd wszystkim zainteresowanym stronom w procedurę prezentacji oraz dokonać rejestracji tych czynności w sposób zapewniający ich jawność. Zamawiający nie zawarł w SIWZ, ani innych pismach czy wyjaśnieniach, żadnych regulacji dotyczących kwestii m.in. powiadomienia wykonawców o przeprowadzanych prezentacjach, zasadach udziału (ilości osób), sposobu rejestrowania przebiegu wykonanych czynności (protokół, nagranie itp.);

- (iv) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co przejawiało się tym, że:
 - a) wyłącznie Odwołujący został zobligowany przez Zamawiającego do prezentacji oferowanej pompy insulinowej, zaś pozostali wykonawcy nie mieli takiego obowiązku, a co za tym idzie, Odwołujący nie miał możliwości uczestniczenia w prezentacjach urządzeń innych oferentów, jak również sprawdzenia, czy oferowane przez nich urządzenia spełniają wymogi przewidziane SIWZ;
 - b) w SIWZ Zamawiający nie zawarł żadnych postanowień dotyczących kwestii m.in. powiadomienia wykonawców o przeprowadzanych prezentacjach, zasadach udziału (ilości osób), sposobu rejestrowania - przebiegu wykonanych czynności (protokół, nagranie itp.), jak również mimo braku przedmiotowych postanowień, Zamawiający nie dochował należytej staranności i nie powiadomił wykonawców o dokonywanych czynnościach;
 - c) nie sporządzono nagrania z przeprowadzonej przez Odwołującego prezentacji pompy insulinowej, ewentualnie protokołu, z którego możliwe byłoby powzięcie przez Odwołującego i innych wykonawców informacji o wyniku prezentacji, jak również ewentualne zgłoszenie przez Odwołującego zastrzeżeń lub informacji związanych z przeprowadzoną przez niego prezentacją pompy insulinowej;
 - d) w prezentacji osobistej pompy insulinowej oferowanej przez Odwołującego, ze strony Zamawiającego wzięło udział ok. 10 osób, które nie chciały podać Odwołującemu swojej tożsamości zasłaniając się ustawą o ochronie danych osobowych, (przedmiotowych okoliczności nie ujawniono w notatce sporządzonej przez Zamawiającego w dniu 08.01.2015 r.);
- (v) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnej oceny, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. że oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe nie spełniają wymaganych parametrów przewidzianych w załączniku nr 1 do SIWZ - pkt 11 - „możliwości procentowego lub jednostkowego zwiększenia lub zmniejszenia dawki bazowej

co 30 min.”, pkt 17 - „nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby”, pkt 21 - „zasilania pompy bateriami AAA, AA/powszechnie dostępnymi bateriami” pomimo, iż Odwołujący (który nie był wzywany do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lecz jedynie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp) oświadczył, że zaoferowane pompy insulinowe spełniają wymogi określone w SIWZ, a w szczególności iż: „możliwe jest procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej co 30 min., możliwa jest nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu doby, pompa zasilana jest bateriami powszechnie dostępnymi w placówkach handlowych”, jak również przedłożył oświadczenie S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare oraz inne dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane pompy ww. wymogów, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ i Pzp;

- (vi) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego w sposób zrozumiały, jednoznaczny i zgodny z prawem do złożenia konkretnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków SIWZ, w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości co do spełnienia przez oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe wymogów przewidzianych w SIWZ, a tym samym prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji przejawiającej się w zaniechaniu prawidłowego korzystania z uprawnień i wykonywania ustawowych obowiązków wynikających z Pzp;
- (vii) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny, nieobiektywny, niezrozumiały oraz stronniczy, na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona; ponadto poprzez próbę manipulacji parametrami technicznymi w zamówieniu w ten sposób, by mogła wygrać określona oferta.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów, w postaci:

- 1) dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu nr 411146-2014, SIWZ wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., oferty Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., wezwania do wyjaśnień w trybie 87 ust. 1 Pzp z dnia 30.12.2014 r., wyjaśnień z dnia 07.01.2015 r., ogłoszenia wyników przetargu nieograniczonego na sukcesywną osobistych pomp insulinowych do Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu SR/XV-270-39-EFK/14;
- 2) rozstrzygnięcia protestu SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z dnia 9 grudnia 2009 r. w treści którego ww. zamawiający *expressis verbis* wyartykułował, że po przeprowadzeniu rozeznania rynku, uznał że pompa insulinowa zaoferowana przez Aero-Medika Sp. z o.o. jest zasilana przez baterie ogólnodostępne (wówczas były to również baterie 1/2 AA);
- 3) umowy zawartej pomiędzy Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi a Odwołującym w dniu 15 grudnia 2009 r.;
- 4) umowy zawartej pomiędzy Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi a Odwołującym w dniu 8 czerwca 2010 r. w przedmiocie dostawy pomp insulinowych zasilanych ogólnodostępnymi bateriami 1/2 AA;
- 5) umowy zawartej pomiędzy Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie a Odwołującym;
- 6) wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy Z dnia 17 czerwca 2010 r. sygn. akt: V Ga 61/10, w którym stwierdzono, że: Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła, że baterie typu 1V* AA, którymi są zasilane pompy zaoferowane przez Aero-Medika Sp. z o.o., nie są bateriami ogólnodostępnymi, jak również, że: „Zasady uczciwej konkurencji to przede wszystkim zasada równej szansy dla wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Manipulowanie pewnymi parametrami technicznymi w zamówieniu {a źródło zasilania - to parametr techniczny) tych szans pozbawia niektórych oferentów. Ta manipulacja może przybrać charakter pozytywny

(tylko takie a takie szczegółowo określone parametry musi oferta spełniać) lub negatywny (takich a takich parametrów oferta nie może spełniać). A zatem niedopuszczenie do przetargu sprzętu zasilanego lepszym źródłem zasilania jest przejawem manipulacji wyżej opisanej jako druga, bo z góry jest wiadomym, że część producentów i to tych renomowanych będzie formalnie wyeliminowana. Z tych względów sąd uznał, że nie spełniono -wymogów określonych w art. 7 ust. 1 w/w prawa zamówień publicznych”;

- 7) oświadczenia S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co. Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare, wraz z tłumaczeniem na język polski oraz upoważnienie wraz z tłumaczeniem przysięgłym dla potwierdzenia uprawnienia spółki IME-DC GmbH do dystrybucji linii produktów pomp insulinowych Dana Diabecare R producenta - spółki SOOIL Development Co. Ltd., a także wypis z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Hof, potwierdzający uprawnienie S. K. do samodzielnego reprezentowania spółki IME-DC GmbH, g) oświadczenia hurtowni medycznych o powszechnej dostępności baterii 1/2 AA (1 szt.);
- 8) oświadczeń osób korzystających z pomp insulinowych (8 szt.), - wszystkie ww. dowody na okoliczności wymienione szczegółowo w uzasadnienia odwołania, a w szczególności na okoliczność, że oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w SIWZ, jak również na okoliczność, iż w trakcie prowadzenia Postępowania przetargowego Zamawiający dopuścił się uchybień opisanych powyżej w petitum niniejszego odwołania;
- 9) dopuszczenie dowodów z zeznań następujących świadków:
 - a) A. B., adres do doręczeń- adres Odwołującego,
 - b) K. K., adres do doręczeń- adres Odwołującego,– wszystkie ww. dowody na okoliczności wymienione szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w szczególności na okoliczność, że oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane pkt 11, 17, 21 załącznika nr 1 do SIWZ, jak również na okoliczność, iż w prezentacji osobistej pompy insulinowej zaoferowanej przez Odwołującego ze strony Zamawiającego wzięło udział ok. 10 osób, które nie chciały podać Odwołującemu swojej tożsamości, zasłaniając się ustawą o ochronie danych osobowych;

10) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy i eksploatacji urządzeń, w tym urządzeń medycznych- na okoliczność, że oferowane przez Odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane pkt 11, 17, 21 załącznika nr 1 do SIWZ;

11) dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony, reprezentowanej przez Prezesa Zarządu- G. B. - na okoliczności wymienione szczegółowo w uzasadnienia niniejszego odwołania, a w szczególności na okoliczność, że oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w SIWZ, a w szczególności wymogi określone w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 11, 17 i 21.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej i udzieleniu ww. wykonawcy zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę osobistych pomp insulinowych do Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu, w Postępowaniu nr SR/XV-270-39-EFK/14; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iv) równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa osobistych pomp insulinowych. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ określił m. in. następujące wymagania dot. przedmiotu zamówienia:

- pkt 11 Czasowa zmiana bazv/dawki podstawowej: możliwe procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min.
- pkt 17 Automatyczne wypełnienie drenu: tak- nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu doby
- pkt 21 Baterie - zasilanie pompy: baterie: AAA, AA/powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw; kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). Informacja dźwiękowa i wyświetlana na ekranie o zużyciu baterii większym niż 70%.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 21.01.2015 r., Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty ze względu na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowana przez Odwołującego osobista pompa

insulinowa nie spełnia parametrów określonych w punktach 11, 17 oraz 21 SIWZ. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wyborze oferty Medtronic Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz udzieleniu ww. wykonawcy zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę osobistych pomp insulinowych.

Odwołujący wskazał, że w naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wyraża się poprzez zobligowanie Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji, mimo braku wskazania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ, lub zaproszeniu do składania ofert, obowiązku wykonania przez wykonawców, w tym przez Odwołującego, prezentacji oferowanych pomp insulinowych. Przedmiotowy brak skutkuje tym, iż Zamawiający nie miał prawa do nakazania Odwołującemu przeprowadzenia prezentacji osobistej pompy insulinowej w dniu 08.01.2015 r.

Odwołujący wskazał, że ww. okoliczności wskazują na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, albowiem poprzez wezwanie Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji, mimo braku stosownej informacji w SIWZ, a w konsekwencji wszystkich informacji potrzebnych do oszacowania całkowitych kosztów związanych ze złożeniem oferty przez potencjalnego wykonawcę, a w szczególności informacji o obowiązku bezpośredniej prezentacji osobistej pompy insulinowej w siedzibie Zamawiającego, nie była możliwa właściwa kalkulacja oferty, która winna była uwzględniać m. in. koszty podróży do Zamawiającego oraz diety i wynagrodzenie pracowników oddelegowanych do wykonania prezentacji w siedzibie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności uzasadniają również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie jawności postępowania w związku z brakiem możliwości udziału wykonawców w prezentacjach osobistych pomp insulinowych, albowiem w przypadku żądania od wykonawców prezentacji pomp insulinowych, których parametry mają być przedmiotem oceny zgodności z SIWZ, Zamawiający miał obowiązek umożliwić wgląd wszystkim zainteresowanym stronom w procedurę prezentacji oraz dokonać rejestracji tych czynności w sposób zapewniający ich jawność. Zamawiający nie zawarł w SIWZ, ani innych pismach czy wyjaśnieniach, żadnych regulacji dotyczących kwestii m.in. powiadomienia wykonawców o przeprowadzanych prezentacjach, zasadach udziału (ilości osób), sposobu rejestrowania przebiegu wykonanych czynności (protokół, nagranie itp.).

W ocenie Odwołującego zasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co przejawiało się tym, że:

a) wyłącznie Odwołujący został zobligowany przez Zamawiającego do prezentacji oferowanej pompy insulinowej, zaś pozostali wykonawcy nie mieli takiego obowiązku, a co za tym idzie, Odwołujący nie miał możliwości uczestniczenia w prezentacjach urządzeń innych oferentów, jak również sprawdzenia, czy oferowane przez nich urządzenia spełniają wymogi przewidziane SIWZ;

b) w SIWZ Zamówienia Zamawiający nie zawarł żadnych postanowień dotyczących kwestii m. in. powiadomienia wykonawców o przeprowadzanych prezentacjach, zasadach udziału (ilości osób), sposobu rejestrowania przebiegu wykonanych czynności (protokół, nagranie itp.), jak również mimo braku przedmiotowych postanowień, Zamawiający nie dochował należytej staranności i nie powiadomił wykonawców o dokonywanych czynnościach;

c) nie sporządzono nagrania z przeprowadzonej przez Odwołującego prezentacji pompy insulinowej, ewentualnie protokołu, z którego możliwe byłoby powzięcie przez Odwołującego i innych wykonawców informacji o wyniku prezentacji, jak również ewentualne zgłoszenia przez Odwołującego zastrzeżeń lub informacji związanych z przeprowadzoną przez niego prezentacją pompy insulinowej;

d) w prezentacji osobistej pompy insulinowej oferowanej przez Odwołującego, ze strony Zamawiającego wzięło udział ok. 10 osób, które nie chciały podać Odwołującemu, swojej tożsamości zasłaniając się ustawą o ochronie danych osobowych, (przedmiotowych okoliczności nie ujawniono w notatce sporządzonej przez Zamawiającego w dniu 08.01.2015 r.).

Ponadto Zamawiający nie sporządził jakiegokolwiek dokumentu, który wskazywałby jakie czynności podczas prezentacji zostały wykonane przez Odwołującego, jakie uwagi miał Zamawiający oraz czy

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego w sposób zrozumiały, jednoznaczny i zgodny z prawem do złożenia konkretnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków SIWZ, w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości co do spełnienia przez oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe wymogów przewidzianych w SIWZ. Zamawiający skorzystał jedynie z dobrodziejstwa art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie nie zaakceptował wyjaśnień Odwołującego, zamiast wezwać go w trybie art. 26 ust. 3.

Zgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ

Pkt 11 Załącznika nr 1 do SIWZ - Czasowa zmiana bazy/dawki podstawowej: możliwe procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min.

Odwołujący wskazał, że oferowana przez niego osobista pompa insulinowa posiada przedmiotową funkcję, co zostało potwierdzone nie tylko w wyjaśnieniach z dnia 07.01.2015 r. oraz 16.01.2015 r. i załączonych do nich dokumentach, ale również podczas prezentacji w siedzibie Zamawiającego w dniu 08.01.2015 r. Odwołujący wskazał, że po pierwsze załącznik nr 1 do SIWZ, a konkretnie punkt 11, nie zawiera postanowień dotyczących działania, czy też współdziałania pacjenta. Po drugie, wymóg przewidziany w pkt 11 dotyczy wyłącznie możliwości procentowego lub jednostkowego zwiększenia lub zmniejszenia dawki bazowej, co 30 min., nie ma zatem w przedmiotowej sentencji jakiegokolwiek odniesienia do sposobu uzyskania ww. możliwości. Po trzecie, procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min. w każdym urządzeniu będzie wymagało ingerencji pacjenta, gdyż to właśnie pacjent decyduje o procentowym lub jednostkowym zwiększeniu lub zmniejszeniu dawki bazowej co 30 min. i stosownie i ustawi swoją pompę insulinową.

Pkt 17 Załącznika nr 1 do SIWZ - Automatyczne wypełnienie drenu: tak - nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu doby

Odwołujący wskazał, że oferowana przez niego osobista pompa insulinowa posiada również ww. funkcję, co zostało potwierdzone nie tylko w wyjaśnieniach z dnia 07.01.2015 r. oraz 16.01.2015 r. i załączonych do nich dokumentach, ale również podczas prezentacji w siedzibie Zamawiającego w dniu 08.01.2015 r. Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez niego pompy insulinowe posiadają możliwość automatycznych wypełnień drenów, jak również nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby (przedmiotowa funkcja jest uzyskiwana poprzez restart ustawień (ilości wypełnień), przy czym jedynie dla bezpieczeństwa pompa sygnalizuje pacjentowi, że dokonał dwóch wypełnień. Wobec powyższego należy stwierdzić, że pacjent jak najbardziej ma możliwość nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby, lecz wymaga to jego akceptacji i działania, właśnie ze względów bezpieczeństwa. W przeciwnym wypadku, pacjent, który w nieświadomy sposób włączyłby przedmiotową funkcję, mógłby narazić się na bardzo poważny uszczerbek na zdrowiu, a nawet utratę życia. Stąd, sygnalizacja, iż pacjent już dwukrotnie dokonał wypełnienia drenu służy jedynie bezpieczeństwu i potwierdzeniu decyzji pacjenta o kolejnym wypełnieniu. Ponadto wbrew interpretacji Zamawiającego, przedmiotowy warunek SIWZ traktuje o posiadaniu przez pompę

insulinową możliwości automatycznego wypełnienia drenu oraz możliwości nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby. Gdyby było inaczej, Zamawiający przewidziałby kolejny wymóg o następującym brzmieniu: „automatyczna nieograniczona liczba wypełnień drenów ciągu doby. Zamawiający takiego warunku jednak nie postawił, gdyż wie, że takie urządzenie zagrażałoby życiu i zdrowiu pacjenta, albowiem taka funkcja oznaczałaby jedynie, że urządzenie w niekontrolowany sposób może podać pacjentowi śmiertelną dawkę insuliny.

Pkt 21 Załącznika nr 1 do SIWZ - Baterie - zasilanie pompy: baterie: AAA, AA/powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). Informacja dźwiękowa i wyświetlana na ekranie o zużyciu baterii większym niż 70%.

Odwołujący wskazał, że oferowana przez niego osobista pompa insulinowa ww. wymóg, co zostało potwierdzone w wyjaśnieniach z dnia 07.01.2015 r. oraz 16.01.2015 r. i załączonych do nich dokumentach. Reprezentatywnym dowodem tej okoliczności jest analiza dostępności tychże baterii na rynku wykonana przez innego zamawiającego na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pomp insulinowych prowadzonego w grudniu 2009 r. Rezultatem tychże badań przeprowadzonych przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi było ustalenie, że pompy insulinowe oferowane przez Odwołującego posiadają zasilanie ogólnodostępną baterią rozmiar 1/2 AA, a zatem dokładnie taką samą jak pompy insulinowe zaoferowane przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Powyższe potęguje dodatkowo okoliczność, że Odwołujący na podstawie zawartych uprzednio umów zrealizował na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi dostawy pomp insulinowych zasilanych bateriami 1/2 AA. W tym miejscu podkreślić także należy, że nie zaszły żadne zmiany dotyczące ogólnodostępności baterii zasilających pompy insulinowe, które mogłyby uzasadniać odmienne stanowisko Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z dnia 17 czerwca 2010 r. sygn. akt: V Ga 61/10.

Odwołujący wskazał, że zarówno pacjenci, jak i profesjonalni dystrybutorzy sprzętu medycznego, tj. hurtownie medyczne, potwierdzają powszechną dostępność baterii 1/2AA, na dowód czego przedkładał stosowne oświadczenia.

Odwołujący wskazał również, że w sytuacji gdyby Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość co do powszechnej dostępności baterii 1/2 AA, winien zastosować tryb

przewidziany w art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 Pzp i wezwać Odwołującego w sposób zrozumiały i jednoznaczny do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku SIWZ. Zaniechanie to doprowadziło do sprzecznego z ustawą odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro Zamawiający poprzestał na wyjaśnieniach w trybie art. 87 ust. 1, to nie ma podstaw do kwestionowania stanowiska Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 411146 – 2014 z dnia 16 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 r. oraz 16 stycznia 2015 r. oraz wyjaśnienia Odwołującego z dnia 7 stycznia oraz 16 stycznia 2015 r. wraz z załącznikami tj. rozstrzygnięcie protestu SP ZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z dnia 9 grudnia 2009 r., umowa zawarta pomiędzy Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi a Odwołującym z dnia 15 grudnia 2009 r., umowa zawarta pomiędzy Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym Nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi a Odwołującym w dniu 8 czerwca 2010 r., oświadczenie S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co. Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare, wraz z tłumaczeniem na język polski oraz upoważnieniem wraz z tłumaczeniem przysięgłym dla potwierdzenia uprawnienia spółki IME-DC GmbH do dystrybucji linii produktów pomp insulinowych Dana Diabecare R producenta - spółki Sooil Development Co. Ltd., a także wypisem z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Hof, potwierdzającym uprawnienie S. K. do samodzielnego reprezentowania spółki IME-DC GmbH, instrukcja pompy insulinowej; umowa zawarta pomiędzy Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie a Odwołującym; ogłoszenie wyników przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę osobistych pomp insulinowych do Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu SR/XV-270-39-EFK/14, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z dnia 17 czerwca 2010 r. sygn. akt: V Ga 61/10; oświadczenie hurtowni medycznej o powszechnej dostępności baterii 1/2AA, oświadczenia osób korzystających z pomp insulinowych (8 szt.) na okoliczność wykazania, że oferowana przez Odwołującego pompa insulinowa spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt pkt 11, 17, 21 załącznika nr 1 do SIWZ; (iv) notatkę służbową z dnia 12 stycznia 2015 r. na okoliczność ustalenia wyników prezentacji pompy insulinowej oferowanej przez Odwołującego dokonanej w siedzibie Zamawiającego; (v) publikację Polskiego

Towarzystwa Diabetologicznego pn. Zalecenia kliniczne dotyczące postępowania u chorych na cukrzycę 2014 r. na okoliczność wykazania obowiązujących zaleceń w zakresie osobistych pomp insulinowych; (vi) publikację pn. Osobiste pompy insulinowe i ciągle monitorowanie glikemii na okoliczność wykazania, że pkt 11 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał wyposażenia pompy w funkcję automatycznego zwiększania i zmniejszania dawki podstawowej; (vii) wydruki ze sklepów internetowych podmiotów gospodarczych, zestawienie dostępności baterii w punktach handlowych, notatki służbowe z dnia 20 stycznia 2015 r. oraz 30 stycznia 2015 r. na okoliczność wykazania, że baterie typu 1/2AA nie są powszechnie dostępne.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu budowy i eksploatacji urządzeń, w tym urządzeń medycznych na okoliczność wykazania, że oferowane przez Odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane pkt 11, 17, 21 załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący podał, że ma to na celu wykazanie, że oferta Odwołującego spełnia warunków postawionych w SIWZ. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego - skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Wskazać nadto należy, że w poczet materiału dowodowego zaliczone zostały dokumenty dotyczące oferowanych przez Odwołującego pomp insulinowych, w tym w szczególności instrukcja obsługi, która w ocenie Izby stanowi wiarygodny dowód na potwierdzenie posiadanych parametrów przez oferowany przez Odwołującego produkt.

Izba oddaliła również wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków: A. i G. B., K. K. oraz Odwołującej na okoliczność wykazanie, że oferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt 11, 17 i 21 SIWZ jako zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania. W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w trakcie postępowania odwoławczego stanowił wystarczającą podstawę do rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu. W ocenie Izby zarzuty przedstawione w odwołaniu sprowadzają się do interpretacji odpowiednich postanowień SIWZ, zeznania świadków w tym zakresie są więc bezprzedmiotowe.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Sukcesywna dostawa osobistych pomp insulinowych – 51 sztuk do Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu”.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ określił m. in. następujące wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia:

- pkt 11 Czasowa zmiana bazy/dawki podstawowej: możliwe procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min;
- pkt 17 Automatyczne wypełnienie drenu: tak - nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu doby;
- pkt 21 Baterie - zasilanie pompy: baterie: AAA, AA/powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw; kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). Informacja dźwiękowa i wyświetlana na ekranie o zużyciu baterii większym niż 70%.

W dniu 30 grudnia 2014 r. Odwołujący złożył ofertę. Poza Odwołującym, ofertę złożyła także spółka Roche Diabetes Polska Sp. z o.o. oraz spółka Medtronic Poland Sp. z o.o. Odwołujący potwierdził w treści oferty parametry techniczne określone w pkt 11, 17 i 21 Załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący zaoferował pompy insulinowe Dana Diabecare R.

Pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do potwierdzenia wszystkimi możliwymi dowodami takimi jak zdjęcia, opisy, instrukcje etc., oraz bezpośrednią prezentacją osobistej pompy insulinowej w siedzibie Zamawiającego czy oferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania z pkt 11, 17, 21 oraz 25 załącznik nr 1 SIWZ.

Pismem z dnia 7 stycznia 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując, iż oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. Jako dowód przedłożył oświadczenie S. K., działającego w imieniu spółki IME – DC GmbH działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co. Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare, wraz z tłumaczeniem na język polski oraz upoważnieniem wraz z tłumaczeniem przysięgłym dla potwierdzenia uprawnienia spółki IME-DC GmbH do dystrybucji linii produktów pomp insulinowych Dana Diabecare R producenta - spółki SOOIL Development Co. Ltd., a także wypisem z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Hof, potwierdzającym uprawnienie S. K. do samodzielnego reprezentowania spółki IME-DC GmbH, instrukcja pompy insulinowej. Odwołujący wskazał również, że kwestionowane parametry zostały potwierdzone podczas prezentacji w dniu 8 stycznia 2015 r. o godzinie 10:15.

Izba ustaliła, że w aktach postępowania znajduje się notatka służbowa z dnia 12 stycznia 2015 r. sporządzona przez Zamawiającego, zgodnie z którą prezentacja pompy insulinowej oferowanej przez Odwołującego nie potwierdziła parametrów technicznych w pkt 11, 17 i 21 SIWZ.

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień na następujące okoliczności: (i) pkt 11 – w trakcie prezentacji ustalono, że minimalny czas uruchomienia funkcji czasowej zmiany bazy wynosi 1h; (ii) pkt 17 – w trakcie prezentacji okazało się, że maksymalna liczba wypełnień drenu wynosi 2 razy na 12h. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia stosownych dowodów nie w postaci oświadczenia wykonawcy, producenta czy dystrybutora lecz dokumentów technicznych potwierdzających stawiane wymagania.

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, iż oferowane produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Podczas prezentacji przeprowadzonej w dniu 8 stycznia przedstawiciel wykonawcy precyzyjnie wyjaśnił i zaprezentował w jaki sposób można procentowo lub jednostkowo zwiększyć lub zmniejszyć dawkę bazową co 30 minut oraz automatycznie wypełnienie drenu oraz nieograniczoną liczbę wypełnień w ciągu doby. Wskazał, że negatywnie ocena pani prof. Dr hab. Med. D. Z. – Z. wskazuje jedynie na niedokładną wiedzę na temat parametrów technicznych pompy insulinowej Dana Diabecare R.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 stycznia 2015 r., Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Odwołującego, ze względu na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowana przez Odwołującego osobista pompa insulinowa nie spełnia parametrów określonych w punktach 11, 17 oraz 21 SIWZ. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wyborze oferty Medtronic Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz udzieleniu ww. wykonawcy zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę osobistych pomp insulinowych.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 27 stycznia 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Medtronic Poland Sp. z o.o. (dalej „**Przystępujący**”). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty Odwołującego są niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Wskazać należy, że art. 89 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego

do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w siwz.

Odwołujący argumentował, że zaoferowana przez niego pompa insulinowa spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt 11, 17 oraz 21 Załącznika nr 1 do SIWZ. Wskazał również, że Zamawiający w sposób niewłaściwy zinterpretował sporne postanowienia SIWZ. Odwołujący nie kwestionował w zakresie podniesionych w treści odwołania zarzutów ustaleń faktycznych Zamawiającego co do parametrów pompy insulinowej. Zarzuty dotyczyły sposobu interpretacji określonych postanowień SIWZ.

Pkt 11 Załącznika nr 1 do SIWZ – Czasowa zmiana bazy/dawki podstawowej: możliwe procentowe lub jednostkowe zwiększanie lub zmniejszanie dawki bazowej, co 30 minut

Odwołujący wskazał, że wymóg przewidziany w pkt 11 dotyczy wyłącznie możliwości procentowego lub jednostkowego zwiększenia lub zmniejszenia dawki bazowej, co 30 min., a Zamawiający nie określił sposobu uzyskania ww. możliwości. Wskazał również, że procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min. w każdym urządzeniu będzie wymagało ingerencji pacjenta, gdyż to właśnie pacjent decyduje o procentowym lub jednostkowym zwiększeniu lub zmniejszeniu dawki bazowej co 30 min. i i ustawia swoją pompę insulinową. Odwołujący wywodził ze spornego zapisu, że obejmuje on swoim zakresem również ręczną zmianę bazy podstawowej dokonywaną przez pacjenta.

Zamawiający zaś argumentował, że pompa winna mieć możliwość automatycznej zmiany dawki podstawowej, bo gdyby miało być inaczej to napisałby w opisie wymagań, że pompa ma mieć możliwość regulacji ilości podawanej insuliny przez pacjenta. Wskazał, iż to pompa, a nie pacjent ma posiadać możliwość zmiany podawanej dawki podstawowej co 30 minut.

Izba przychyliła się do interpretacji spornego zapisu SIWZ dokonanej przez Zamawiającego. Stanowisko Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w wykładni językowej i celowościowej spornego zapisu SIWZ. W ocenie Izby kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia powyższego sporu ma użyty przez Zamawiającego zwrot „co 30 minut”. Zamawiający bowiem w sposób jednoznaczny wskazał, że czasowa zmiany bazy/dawki podstawowej powinna być możliwa z dokładnością co 30 minut. Gdyby uznać interpretację Odwołującego za zasadną i przyjąć, że Zamawiający dopuszczał również pompy insulinowe z ręczną zmianą dawki podstawowej, to wówczas zbędny i niezrozumiały byłby zapis dotyczący wymogu 30 minut.

Wskazać również należy, że stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w wykładni celowościowej spornego zapisu SIWZ. W ocenie Izby celem Zamawiającego winno być dostarczenie pacjentom chorym na cukrzyce nowoczesnego sprzętu, który umożliwi im normalne funkcjonowanie w społeczeństwie, pomimo zdiagnozowanego schorzenia. Jak wynika z publikacji przedłożonych przez Zamawiającego funkcja czasowej zmiany dawki podstawowej to istotne narzędzie umożliwiające pacjentom chorym na cukrzycę zaplanowanie odpowiedniej dawki insuliny w określonych sytuacjach związanych ze zwiększeniem lub zmniejszeniem zapotrzebowania poprzez odpowiednie zaprogramowanie urządzenia. Zamawiający dał wyraz powyższemu celowi w pkt 11 SIWZ. W ocenie Izby przyjęcie interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego zmuszałoby Zamawiającego do zakupu urządzenia bez powyższej funkcji, ze szkodą dla odbiorcy końcowego tj. pacjenta.

Dalej wskazać należy, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący w sposób spójny i logiczny wyjaśnili podczas rozprawy, iż sporny zapis SIWZ jest jednoznacznie interpretowany wśród podmiotów operujących na rynku medycznym. Zamawiający przedłożył w poczet materiału dowodowego publikację pn. „Osobiste pompy insulinowej”, z której wynika, że czasowa zmiana dawki podstawowej to możliwość zaprogramowania dawki na dany czas w nietypowych sytuacjach. Funkcja ta pozwala pacjentowi wcześniej zaplanować dawki insuliny i nie wymaga ingerencji w dawkowaniu w zaplanowanym okresie. Pompa automatycznie dokonuje zmiany dawki podstawowej i po upływie zaplanowanego okresu automatycznie wraca do dawki podstawowej. Przystępujący wskazał ponadto, że sam Odwołujący doskonale rozumie sporne sformułowanie Zamawiającego z pkt 11. Przedłożył w poczet materiału dowodowego zapytanie co do treści SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Kliniczny im. K. Jonschera UM w Poznaniu wraz z odpowiedzią zamawiającego, z których wynika, że Odwołujący nie miał wątpliwości co do rozumienia spornego zapisu, a jedynie dopytywał o możliwość zaoferowania pompy insulinowej mającej możliwość zmiany bazy/dawki podstawowej co 1h. Przedłożone dowody potwierdzają, że Odwołujący interpretuje zapisy SIWZ wyłącznie w sposób jednostronny, w celu umożliwienia złożenia mu oferty, w oderwaniu od powszechnie przyjętego rozumienia spornego zapisu SIWZ.

Izba wskazuje również, że dowody przedłożone przez Odwołującego potwierdzają, że oferowana przez niego pompa insulinowa nie spełnia wymagań Zamawiającego określonego w pkt 11. Podkreślić bowiem należy, że Odwołujący przedłożył w poczet materiału dowodowego umowę z dnia 8 czerwca 2010 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Jak wynika z treści umowy Odwołujący zaoferował pompy insulinowe Dana Diabecare R, a więc pompy, które zaoferował Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu przetargowy. W załączniku nr 1

– Pakiet nr 1 = Zestawienie parametrów technicznych (str. 6) Odwołujący wskazał, że nie oferuje czasowej zmiany bazy danych w przedziałach czasowych po 30 minut. Również w zakresie Pakietu nr 3 Odwołujący złożył oświadczenie, iż oferowane przez niego urządzenia nie posiada funkcji czasowej zmiany bazy w przedziałach czasowych co 30 minut. Odwołujący potwierdził więc, że nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego w pkt 11 Załącznika nr 1 SIWZ.

Dowód w postaci umowa z dnia 15 grudnia 2009 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi stanowi jedynie potwierdzenie, iż pompa oferowana przez Odwołującego posiada możliwość czasowej zmiany bazy/dawki podstawowej. Okoliczność ta była jednak bezsporna pomiędzy stronami, gdyż urządzenie oferowane przez Odwołującego posiada taką możliwość, jednak nie w przedziale czasowym wymaganym przez Zamawiającego.

Dowód w postaci oświadczenia spółki IME – DC wraz z upoważnieniem do wyłącznej dystrybucji z dnia 20 maja 2014 r. nie stanowią, w ocenie Izby, potwierdzenia, że produkt zaoferowany Zamawiającemu spełnia kwestionowane wymagania. Z przedłożonego upoważnienia do wyłącznej dystrybucji wynika, że Odwołujący jest upoważniony do wyłącznej dystrybucji na terenie Polski pełnej linii produktów Sooil Development Co. Ltd. – pomp insulinowych oraz wszystkich artykułów jednorazowych. Oświadczenie spółki IME – DC również referuje do pomp insulinowych Dana Diabercare, nie zaś do jednej konkretnej pompy insulinowej zaoferowanej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Oba dokumenty posługują się liczbą mnogą w stosunku do oferowanego produktu – „pomp insulinowych”. Wywieść z tego należy, że spółka Sooil Development Co. Ltd ma w swojej ofercie więcej niż jedną pompę insulinową, Odwołujący zaś nie wykazał, że jest inaczej. Dlatego też, w ocenie Izby, brak wskazania w treści złożonego oświadczenia konkretnego produktu spółki Sooil Development Co. Ltd., którego dotyczy powoduje, że dokument ten jest bez znaczenia dla wykazania spełnienia wymogów Zamawiającego określonych zarówno w pkt 11, jak i 17 i 21.

Pkt 17 - Automatyczne wypełnieni drenu: tak – nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu dobry

Odwołujący argumentował, iż oferowana przez niego pompa insulinowa spełnia powyższe wymaganie albowiem możliwość kolejnych (po dwóch podstawowych) wypełnieniach drenu jest możliwa na skutek restartu pompy insulinowej.

W ocenie Izbie Zmawiający w trakcie postępowania odwoławczego wykazał w sposób budzący wątpliwości, że pompa oferowana przez Odwoływającego posiada możliwość dokonywania dwóch wypełnień w ciągu 12 godzin. Potwierdza to instrukcja obsługi przedłożona przez Odwoływającego wraz z ofertą. Na stronie 18 oraz 56 powyższego dokumentu zawarta jest informacja, że pompa insulinowa Dana Diabecare R pozwala na dokonanie dwóch wypełnień co 12 godzin (0:00 – 12:00, 12:00 – 24:00). Wskazać dalej należy, że rzekomy nieograniczony sposób wypełnienia drenu w ciągu doby w wyniku restartu nie znajduje odzwierciedlenia w przedłożonej instrukcji obsługi. W Rozdziale 9 – Rozwiązywanie problemów, wskazane jest wyłącznie, iż w przypadku braku możliwości wykonania wypełnienia należy skontaktować się z obsługą techniczną. Wskazane jest w sposób jednoznaczny, że możliwe są wyłącznie dwa wypełnienia w ciągu 12 godzin. Dlatego też twierdzenia Odwoływającego o nieograniczonej możliwości wypełnienia drenu Izba uznała za niepotwierdzone w zgromadzonym materiale dowodowym. Również Odwoływający nie przedłożył Izbie żadnego dokumentu potwierdzającego, że restart urządzenia nie spowoduje utraty danych zapisanych w pamięci pompy, a w konsekwencji Izba uznała okoliczność tą za nieudowodnianą. Pacjent otrzymując pompę insulinową otrzymuje również instrukcję obsługi, która została przedłożona Izbie. Obsługa urządzenia dokonywana jest przez pacjenta zgodnie z informacjami zawartymi w instrukcji obsługi, nie zaś twierdzeniami Odwoływającego zawartymi w wyjaśnieniach treści oferty czy też podczas rozprawy. Skoro instrukcja obsługi stanowi, że możliwe są dwa wypełnienia co 12 godzin oraz nie jest wskazane, że dodatkowe wypełnienia można wykonać poprzez restart urządzenia, to Izba nie ma podstawy do przyjęcia, iż oferowana przez Odwoływającego pompa insulinowa spełnia wymagania Zamawiającego określone w pkt 17 załącznika nr 1 do SIWZ.

Pkt 21 – Baterie – zasilanie pompy: baterie AAA, AA/powszechnie dostępne baterie (w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach). Informacja dźwiękowa i wyświetlenia na ekranie o zużyciu baterii większym niż 70%

Odwoływający podnosił, iż oferowane przez niego pompy insulinowe zasilane są powszechnie dostępnymi bateriami typu 1/2AA. Jednakże dowody przedłożone przez Odwoływającego nie potwierdziły powszechnej dostępności baterii 1/2AA.

Zamawiający określił w treści SIWZ, że baterie powszechnie dostępne to baterie, które są dostępne w powszechnie dostępnych placówkach handlowych tj. sieciach supermarketów, stacjach paliw, kioskach typu „RUCH”, sklepach ze sprzętem AGD i RTV, aptekach. Oznacza to, iż Odwołujący winien był wykazać Zamawiającemu, że baterie typu ½ AA są powszechnie dostępne, gdyż można je nabyć w powszechnie dostępnych placówkach handlowych. Powszechność baterii oznacza ich ogólnodostępność, możliwość zakupu baterii w sposób łatwy, bez utrudnień i bez zbędnej zwłoki w powszechnie dostępnych placówkach handlowych wskazanych w treści SIWZ. Wskazać dalej należy, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 oraz 16 stycznia 2015 r. wskazał, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi w 2009 r. oraz 2010 r. zamawiający uznał, że baterie ½ AA są powszechnie dostępne. Złożył również oświadczenie hurtowni medycznej Farmacol S.A. z dnia 15 lutego 2010 r., w którym podmiot ten wskazał, że posiada w sprzedaży baterie ½ AA do pompy insulinowej oferowanej przez Odwołującego oraz, że współpracuje z aptekami na terenie całego kraju, w tym na terenie Olsztyna – ok. 80 aptek. Odwołujący przedłożył również jako dowód na potwierdzenie powszechnej dostępności na wyrok Sądu Okręgowego z Olsztyna z dnia 17 czerwca 2010 r. sygn. Akt V Ga 61/10, umowę zawartą pomiędzy Odwołującym a Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie wraz ze siwz na zakup i sukcesywną dostawę przyrządów do endoskopii, implantów piersi, pomp insulinowych, akcesoriów jednorazowych do urządzenia Nouvag High Surg 20, Ofertę Cenową, oświadczenie S. K. oraz oświadczenia pacjentów. W ocenie Izby żaden z powyższych dowodów indywidualnie i łącznie nie potwierdzają powszechnej dostępności baterii ½ AA.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że udostępniona Izbie częściowa dokumentacja przetargowa dotycząca postępowania prowadzonego przez Szpital Kliniczny nr 4 im. Marii Konopnickiej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi w 2009 r. oraz 2010 r. nie jest dowodem potwierdzającym powszechną dostępność baterii 1/2AA. Postępowania te zostały przeprowadzone w 2009 r. i 2010 r. i informacje o rzekomej dostępności baterii 1/2AA mają wymiar historyczny i nie można na ich podstawie wykazać stanu dostępności baterii 1/2AA w 2015 r. Dalej Izba zaznacza, że jakiegokolwiek ustalenia faktyczne Szpitala Klinicznego nr 4 w Łodzi nie są wiążące dla Zamawiającego. Każdy zamawiający samodzielnie ustala okoliczności faktyczne w prowadzonym przez siebie postępowaniu, na podstawie dokumentów składanych przez poszczególnych wykonawców oraz własnych analiz. Narzucenia Zamawiającemu obowiązku przyjęcia ustaleń faktycznych innego zamawiającego, w innym postępowaniu nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Pzp. Wskazać również należy, że Izbie nie została przekazana cała dokumentacja przetargowa przywołanych postępowań. Izba nie posiada dokumentów, w tym wyjaśnień składanych przez Odwołującego w powyższych

postępowaniach ani dowodów jakie zostały przedłożone na wykazanie dostępności baterii 1/2AA. Izba ocenia materiał dowodowy przedłożony w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył Izbie wyłącznie umowy zawarte ze Szpitalem Klinicznym nr 4 w Łodzi z 2009 r. i 2010 r. oraz informację o rozstrzygnięciu protestu. Dokumenty te stanowią jedynie dowód tego, że Odwołujący zawarł umowy ze Szpitalem oraz, że Szpital Kliniczny nr 4 w Łodzi oddalił protest spółki Medtronic Poland Sp. z o.o., gdyż zamawiający uznał – na podstawie informacji otrzymanych od Odwołującego oraz własnego rozeznania rynku - że baterie ½ AA są ogólnodostępne. Nie jest to jednak dowód na potwierdzenie, że w 2015 r. baterie 1/2AA mogą być nabyte przez pacjentów użytkujących pompy insulinowe Dana Diabecare R w powszechnie dostępnych placówkach handlowych.

Dalej Izba wskazuje, że umowa z dnia 26 czerwca 2014 r. zawarta pomiędzy Odwołującym a Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie, specyfikacja istotnych warunków zamówienia na zakup i sukcesywną dostawę przyrządów do endoskopii, implantów piersi, pomp insulinowych, akcesoriów jednorazowych do urządzenia Nouvag High Surg 20 oraz Oferta Cenowa nie stanowią dowody potwierdzającego powszechną dostępność baterii 1/2AA. Wskazać należy, że w powyższych dokumentach nie ma żadnej referencji do pompy insulinowej zaoferowanej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Ani w treści umowy ani w Ofercie Cenowej nie zostało wskazane jaki produkt został zaoferowany przez Odwołującego. Wskazać również należy, że z przedłożonej przez Odwołującego siwz nie wynika jakie parametry techniczne winny spełniać pompy insulinowe oferowane przez wykonawców. Z treści przedłożonej umowy wynika (vide: §6 umowy), że strony postanowiły, iż dostarczone pompy insulinowe mają być zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Dokument ten jednak nie został przedłożony Izbie. Brak dokumentów źródłowych uniemożliwił Izbie dokonania weryfikacji twierdzeń Odwołującego. Zaznaczyć również należy, że dokument pn. Oferta Cenowa nie został podpisany przez Odwołującego, brak jest informacji dla jakiego postępowania dokument ten został przygotowany, nie zawiera on nazwy oferowanej pompy insulinowej. Przedłożony dokument jest wyłącznie wydrukiem komputerowym nie mającym żadnej mocy dowodowej, a wobec braku podpisu Odwołującego Izba nie ma żadnych podstaw do traktowania powyższego dokumenty jako oferty złożonej przez Odwołującego w innym postępowaniu.

Również Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie nie stanowi w ocenie Izby potwierdzenia powszechnej dostępności baterii 1/2AA. Wskazać bowiem należy, że rozstrzygnięcie wydane przez sąd w innej sprawie nie ma mocy wiążącej w stosunku do Zamawiającego, a tym bardziej w stosunku do Izby. Dalej Izba podkreśla, że Odwołujący nie przekazał Izbie kopii akt powyższego postępowania. Z orzeczenia Sądu Okręgowego nie wynika jaki zakres postępowania dowodowego został przeprowadzony przez Sąd Okręgowy, co stanowiło

podstawę do sklasyfikowania określonych baterii jako mniej lub bardziej bezpiecznych lub stanowiących lepsze lub gorsze źródło zasilania. Stwierdzenia Sądu Okręgowego są lakoniczne i nie wskazują podstawy dowodowej zawartych w wyroku wniosków. Ponadto zaznaczyć należy, że rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego nie dotyczyło ustalenia czy baterie 1/2AA są powszechnie dostępne, a jedynie rozstrzygało czy wymóg ogólnodostępności baterii może być zawarty w siwz czy nie. W konsekwencji, w ocenie Izby, brak jest przesłanek do przyjęcia, iż przywołany powyżej wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie stanowi dowód na potwierdzenie powszechnej dostępności baterii 1/2AA.

Pozostałe dowody przedłożone przez Odwołującego również nie potwierdzają powszechnej dostępności baterii 1/2AA. Oświadczenie hurtowni Farmacol S.A. stanowi jedynie dowód na potwierdzenie, że podmiot ten ma w sprzedaży baterie 1/2AA. Jednakże hurtownia nie może być uznana za powszechnie dostępną placówkę handlową. Ponadto oświadczenie do pochodzi sprzed 5 lat i ma wyłącznie wymiar historyczny. Fakt, że hurtownia współpracuje z 80 aptekami na terenie Polski nie stanowi dowodu na powszechną dostępność baterii 1/2AA. Dopiero oświadczenie wydane przez apteki mogłoby uprawdopodobniać powszechną dostępność baterii 1/2AA, nie zaś oświadczenie hurtowni wyłącznie w zakresie współpracy z aptekami. Podobnie oświadczenia pacjentów nie stanowią wiarygodnego dowodu na potwierdzenie powszechnej dostępności baterii 1/2AA. Oświadczenia te stanowią wyłącznie dowód tego, że osoba, która je podpisała złożyła oświadczenie o użytkowaniu pompy Dana Diabcare i braku problemów z jej użytkowaniem. Bezpodstawnym byłoby również przyjęcie na podstawie 8 oświadczeń użytkowników pomp, iż baterie 1/2AA są powszechnie dostępne.

Izba uznała również za niezasadny argument Odwołującego podnoszony podczas rozprawy, że baterie 1/2AA można bez problemu zamówić w internecie i zostaną dostarczone pacjentowi bez zbędnej zwłoki. Po pierwsze Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie, że baterie 1/2AA są dostępne w internecie. Przystępujący zaś przedstawił dowód przeciwny w postaci wydruków ze sklepów internetowych powszechnych punktów handlowych (tj. supermarketów), z których wynika, że baterie te nie są dostępne. Po drugie, niezasadne jest założenie Odwołującego, że użytkownik pompy insulinowej będzie miał możliwość złożenia zamówienia przez internet. Odwołujący nie ma wiedzy bowiem kto będzie użytkował pompy insulinowe i czy rzeczywiście będzie posiadał możliwość zamówienia baterii drogą internetową. Są to wyłącznie przypuszczenia Odwołującego, na podstawie których bezzasadne byłoby uznanie powszechnej dostępności baterii 1/2AA.

Izba wskazuje również, że Zamawiający przedłożył w poczet materiału dowodowego analizę dostępności baterii 1/2AA przeprowadzoną przez Zamawiającego na terenie Polski. Wynika z

niej, że baterie to 1/2AA nie były dostępne w powszechnych punktach handlowych. Odwołujący zakwestionował wartość dowodową przedłożonego zestawienia wskazując, iż w zestawieniu widnieją jedynie pieczętki placówki, brak jest zaś podpisów osób upoważnionych do działania w imieniu poszczególnych placówek. Jednakże w ocenie Izby brak podpisu osoby na pieczętce placówki handlowej nie pozbawia przedłożonego zestawienia mocy dowodowej. Pieczętka identyfikuje podmiot który był objęty badaniem, zaś Odwołujący nie kwestionował autentyczności pieczętek znajdujących się na zestawieniu, nie przedstawił również dowodów przeciwnych wykazujących, iż informacje zawarte w wykazie są nieprawdziwe lub niewiarygodne. W ocenie Izby zestawienie przedłożone przez Zamawiającego potwierdza słuszność podjętej przez niego decyzji o braku powszechności baterii 1/2AA.

Zarzut naruszenia 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz 8 ust. 1 Pzp

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż zobowiązanie go do osobistej prezentacji pompy insulinowej z siedzibie Odwołującego nie wynikało z zapisów SIWZ i stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa jednak nieprawidłowość w działaniu Zamawiającego nie miała, w ocenie Izby, wpływu na wynika postępowania przetargowego. Z materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie postępowania wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 11, 17 oraz 21 SIWZ nie są spełnione przez pompę insulinową zaoferowaną przez Odwołującego.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wskazuje w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie: (i) warunków udziału w postępowaniu; (ii) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zgodnie z zapisami Rozdziału XI SIWZ, pkt 9 – Ocena ofert – Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W pkt 3 Zamawiający wskazał, że ocena techniczna nastąpi na podstawie opisu zaoferowanego sprzętu. Mając na uwadze powyższe zapisy SIWZ, Izba uznała, że zobowiązanie Odwołującego do zaprezentowania pompy insulinowej w siedzibie Zamawiającego było nieprawidłowe, gdyż obowiązek ten nie został określony w SIWZ. W ocenie Izby wobec braku odpowiednich zapisów w SIWZ, Zamawiający mógł co najwyżej umożliwić Odwołującemu przeprowadzenie prezentacji pompy insulinowej, lecz decyzja o skorzystaniu z takiego środka dowodowego winna pozostać wyłączną decyzją Odwołującego.

Dalej podkreślić należy, że powyższe nieprawidłowe działanie Zamawiającego pozostaje, w ocenie Izby, bez wpływu na wynik postępowania przetargowego. Po pierwsze Odwołujący zastosował się do prośby Zamawiającego i dokonał prezentacji oferowanej pompy. A aktach postępowania przetargowego brak jest dokumentów, z których wynikałoby, iż Odwołujący wniósł sprzeciw wobec wezwania go do prezentacji swojego produktu.

Po drugie, jak zostało wykazane powyżej, pompa insulinowa zaoferowana przez Odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 11, 17 oraz 21 Załącznika nr 1 do SIWZ, niezależnie wyników prezentacji dokonanej przez Odwołującego. W ocenie Izby, niezasadnym byłoby przyjęcie braku spełnienia określonego parametru na podstawie wyników prezentacji dokonanej u Zamawiającego. Skoro brak było podstaw do zobowiązania Odwołującego do wykonania prezentacji, to tym bardziej brak jest podstaw do określenia parametrów posiadanych przez pompę insulinową zaoferowaną przez Odwołującego na podstawie prezentacji. Jednakże z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Izba dokonała oceny parametrów technicznych oferowanej przez Odwołującego pompy insulinowej na podstawie dokumentów zgromadzonych w trakcie postępowania odwoławczego, a dokumenty te potwierdziły, iż nie są spełnione wymagania określone w pkt 11, 17 oraz 21 Załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący nie wykazał Izbie, że gdyby nie zobligowanie go do prezentacji pompy insulinowej w siedzibie Zamawiającego i sama prezentacja, decyzja Zamawiającego byłaby odmienna.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zasadny. Przepis ten dotyczy opisu przedmiotu zamówienia. Wszelkie niejednoznaczności lub braki w opisie przedmiotu zamówienia winny być zaskarżone w ustawowym terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Dalej wskazać należy, że w postępowaniach, których wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec ściśle określonych czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Niejednoznaczność czy niepełność opisu przedmiotu zamówienia nie jest czynnością zawartą w tym katalogu. W niniejszym postępowaniu przetargowym niejednoznaczność lub niepełność postanowień SIWZ mogłaby być zgłoszona Zamawiającemu w trybie art. 181 ustawy Pzp, z czego jednak Odwołujący nie skorzystał.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

W ocenie Izby powyższe zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego w sposób zrozumiały, jednoznaczny i zgodny z prawem do złożenia konkretnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków SIWZ, w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości co do spełnienia przez oferowane przez Odwołującego osobiste pompy insulinowe wymogów przewidzianych w SIWZ.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Wskazać bowiem należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych i przedmiotowych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Do katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zalicza się natomiast oferty. Wymagania techniczne wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ stanowiły, w ocenie Izby, treści oferty, gdyż definiowały i opisywały urządzenie będące treścią oferty wykonawcy. W konsekwencji wyjaśnienie treści oferty winno odbyć się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na co wskazywał Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozrządzenia Prezes 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 rozliczenia (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: