

WYROK
z dnia 28 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2013 r. przez wykonawcę **EKOMED Sp. z o.o., ul. Łotewska 17/01, 03-918 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 19 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EKOMED Sp. z o.o., ul. Łotewska 17/01, 03-918 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41B, 26-200 Końskie** na rzecz **EKOMED Sp. z o.o., ul. Łotewska 17/01, 03-918 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*sukcesywne dostawy sprzętu jednorazowego użytku do badań i zabiegów naczyniowych według zadań od 1 do 51*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 sierpnia 2013 r. pod numerem 2013/S 154-268142.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu numer 19, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wybranie oferty Jolanty Krysiak (dalej „NTM-MED”) jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a jego oferta winna być odrzucona z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ” i zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy NTM-MED, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w SIWZ w rozdziale V pkt 1 ppkt 2;
3. alternatywnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania NTM-MED do złożenia dokumentów i oświadczeń, wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty NTM-MED, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj.:
 - a) zaoferowanie przez NTM-MED złącza niskiego ciśnienia o długości 250 cm do wstrzykiwacza automatycznego MEDRAD STELLANT CT D, co wynika ze złożonego wraz z ofertą NTM-MED katalogu (firmowe materiały informacyjne lub charakterystyka jakościowa oferowanego przedmiotu zamówienia, str. 39 oferty), w sytuacji, gdy zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (str. 9 ogłoszenia) oraz treścią SIWZ, Załącznik nr 2 do SIWZ - wzoru formularza cenowego, zadanie nr 19, lp. 2, wymagane było przez Zamawiającego zaoferowanie złącza niskiego ciśnienia o długości 150 cm;
 - b) zaoferowanie przez NTM-MED wkładów do wstrzykiwacza automatycznego

MEDRAD STELLANT CT D wraz z zestawem wkładów do wstrzykiwacza automatycznego, nazwa produktu w formularzu cenowym NTM-MED: „832620” i złącza niskiego ciśnienia, nazwa produktu w formularzu cenowym NTM-MED: „832651”, nieposiadających dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ w rozdziale VI pkt G.1;

5. alternatywnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania NTM-MED do złożenia oświadczeń potwierdzających przez oferowany przez NTM-MED przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ zakresie:
 - a) wezwania do uzupełnienia przez NTM-MED katalogu (firmowych materiałów informacyjnych lub charakterystyki jakościowej oferowanego przedmiotu zamówienia), potwierdzających, że zaoferowania przez NTM-MED złącza niskiego ciśnienia do wstrzykiwacza automatycznego MEDRAD STELLANT CT D posiadają długość 150 cm, co zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (str. 9 ogłoszenia, opis zadania nr 19) oraz treścią SIWZ, Załącznik nr 2 do SIWZ- wzory formularza cenowego, zadanie nr 19, lp. 2, wymagane było przez Zamawiającego;
 - b) wezwania do uzupełnienia przez NTM-MED wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ w rozdziale VI pkt G.1. dokumentów, dotyczących zaoferowanych przez NTM-MED wkładów do wstrzykiwacza automatycznego MEDRAD STELLANT CT D wraz z zestawem wkładów do wstrzykiwacza automatycznego, nazwa produktu w formularzu cenowym NTM-MED: „832620” i złącza niskiego ciśnienia, nazwa produktu w formularzu cenowym NTM-MED: „832651”;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia wykonawcy NTM-MED, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz odrzucenia oferty przez niego złożonej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
4. alternatywnie wezwania wykonawcy NTM-MED, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i oświadczeń wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie;
5. odrzucenia oferty NTM-MED, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie jw.;

6. alternatywnie wezwania wykonawcy NTM-MED, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających przez oferowany przez NET-MED przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ;
7. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w trakcie badania i oceny ofert przez Zamawiającego, Odwołujący zapoznał się z protokołem z postępowania, m.in. uzyskał wgląd do oferty złożonej przez NTM-MED. Odwołujący pismem z dnia 27 września 2013 r. (pismo stanowi załącznik do protokołu z postępowania), poinformował Zamawiającego o szeregu nieprawidłowości zauważonych w ofercie złożonej przez NTM-MED. Zdaniem Odwołującego, stwierdzone nieprawidłowości powodowały konieczność odrzucenia oferty NTM-MED. Zamawiający pismem z dnia 30 września 2013 r., wezwał NTM-MED do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w treści pisma poinformował również NTM-MED, że Odwołujący zarzuca ofercie NTM-MED niezgodności i poważne braki w dokumentacji. Jednocześnie Zamawiający wraz z ww. pismem do NTM-MED przekazał kopię pisma z dnia 27 września 2013 r.

W ocenie Odwołującego, przekazanie przez Zamawiającego do NTM-MED ww. kopii pisma Odwołującego, jest postępowaniem niedopuszczalnym, naruszającym zasadę prowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, winien wykazać się minimum 1 dostawą tożsamą z zakresem zamówienia o zbliżonej wartości brutto, minimum 90% oferowanej wartości w niniejszym postępowaniu, wykonaną lub wykonywaną w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z załączeniem dowodu potwierdzającego że dostawa ta została wykonana należycie. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykonawca NTM-MED składając ofertę na zadanie nr 19 z zaoferowaną ceną ryczałtową brutto w kwocie 383.940,00 zł, winien był wykazać się minimum 1 dostawą o wartości 345.546,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, że treść przedłożonego listu referencyjnego Hurtowni Medycznej Remedical wraz ze wskazaną kwotą wykonanych dostaw wynoszącą 76.199,40 zł jest całkowicie różna od kwoty

914.392,80 zł, wskazanej przez NTM-MED w złożonym Wykazie dostaw. Jednocześnie kwota 76.199,40 zł wskazana w liście referencyjnym nie spełnia minimalnej wartości dostawy, którą zgodnie z SIWZ wykonawca winien się wykazać.

Dodatkowo, Odwołujący zauważa, że przedłożony list referencyjny nie jest opatrzony żadną datą, która mogłaby wskazać dzień wystawienia tego listu referencyjnego. Zatem, nie jest możliwe ustalenie dnia ani roku, w którym wykonawca NTM-MED wykonał dostawę na rzecz Resmedical. Tym samym przedłożony list referencyjny nie potwierdza, zdaniem Odwołującego, należytego wykonania dostawy wykonanej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub dostawy nadal wykonywanej, wskazanej przez NTM-MED w złożonym Wykazie. Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku dostaw nadal wykonywanych, Zamawiający wymagał w SIWZ, aby dokument potwierdzający dostawę nadal wykonywaną był wystawiony nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (18 września 2013 r.). Ze względu na brak jakiegokolwiek daty w złożonym liście referencyjnym Hurtowni Medycznej Remedical, nie możliwe jest potwierdzenie spełniania ww. warunku.

Odwołujący stoi na stanowisku, że ze złożonego przez wykonawcę NTM-MED wraz z ofertą katalogu (firmowe materiały informacyjne lub charakterystyka jakościowa zaoferowanego przedmiotu zamówienia, str. 39 oferty) wynika, że NTM-MED zaoferował złącze niskiego ciśnienia do wstrzykiwacza automatycznego MEDRAD STELLANT CT D o długości 250 cm, a nie zgodnie z wymaganiem Zamawiającego o długości 150 cm. Powyższe wskazuje, w ocenie Odwołującego, że zaoferowany przez NTM-MED przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ, co do parametrów sprzętu, wymaganego przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, w złożonej przez NTM-MED ofercie brak jest wymaganych przez Zamawiającego: deklaracji wytwórcy (deklaracja zgodności CE) o spełnieniu wymagań zasadniczych, certyfikatów jednostki notyfikowanej dla oferowanych wyrobów medycznych zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, lub innych właściwych kserokopii dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania określone odpowiednimi przepisami i są dopuszczone do stosowania i obrotu na terenie RP, które to dokumenty dotyczyłyby by zaoferowanych przez NTM-MED produktów o nazwach „832620” i „832651”. Wprawdzie, jak zauważa Odwołujący, do oferty NTM-MED dołączono kopie różnych deklaracji zgodności WE, czy certyfikaty, ale żaden z nich nie dotyczy zaoferowanych produktów o nazwach „832620” i „832651”. Produkty te nie zostały też wymienione w treści dołączonych kopii deklaracji, czy też certyfikatów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w rozdziale V pkt 1 SIWZ, stanowiąc, że w zakresie wiedzy i doświadczenia *„wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji co najmniej jednej dostawy / w zakresie dostaw sprzętu tożsamego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”* (ppkt 2). W celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy winni złożyć *„Wykaz wykonanych lub wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - (do każdego z zadań wymagane jest wykazanie jednej dostawy tożsamej z zakresem zamówienia o zbliżonej wartości brutto -minimum 90 % oferowanej wartości w niniejszym postępowaniu, z załączeniem dowodu potwierdzającego że dostawa ta została wykonana należycie). Dowodami, o których mowa powyżej są poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W niniejszym postępowaniu dopuszczalne jest złożenie zamiast poświadczenia, o którym mowa powyżej, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw lub usług”* (rozdział VI pkt C.2).

W załączniku nr 2 do SIWZ, stanowiącym wzór formularza cenowego dla zadania 19, Zamawiający opisał asortyment, będący przedmiotem dostawy. I tak, w poz. 1 znalazły się *„wkłady do wstrzykiwacza automatycznego MEDRAD STELLANT CT D. Zestaw wkładów do wstrzykiwacza automatycznego”*, zaś w poz. 2 *„złącza niskiego ciśnienia o długości 150 cm.”*

Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej SIWZ do oferty należy dołączyć następujące dokumenty (rozdział VI pkt G.1 SIWZ):

- *„Firmowe materiały informacyjne lub Charakterystyka - jakościowa oferowanego przedmiotu zamówienia z podaniem nazwy handlowej, przygotowana dla każdego zadania oddzielnie. Charakterystyka lub firmowe materiały muszą zawierać co najmniej dane na temat parametrów wymaganych określonych w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 formularza cenowego.*

- Deklaracja wytwórcy (deklaracja zgodności CE) o spełnieniu wymagań zasadniczych, certyfikat jednostki notyfikowanej dla oferowanych wyrobów medycznych zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, lub innych właściwych kserokopii dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania określone odpowiednimi przepisami i są dopuszczone do stosowania i obrotu na terenie RP – zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych Dz. U. Nr 107 z dnia 17 czerwca 2010 r. i Rozporządzeniem Ministra Zdrowia Dz. U. z 2010 nr 215 poz. 1416 z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych, oraz Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 6 czerwca 2013 Dz. U. 13. 969 z dnia 19 czerwca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu prac związanych z narażeniem na zranienie”.

Z ofertą NTM-MED został złożony przedmiotowy Wykaz (str. 10), w którym dla zadania nr 19 wskazano jako zadanie referencyjne dostawę wkładów do wstrzykiwacza kontrastu, jednocześnie scharakteryzowano niniejszą dostawę w następujący sposób: „czas wykonania: 1.07.2013 (na 12 miesięcy), kwota: 914.392,80 zł (na 1-rok), odbiorca: Resmedical”. Nadto, wraz z ofertą wykonawca ten przedłożył list referencyjny (str. 12), pochodzący od wskazanego odbiorcy, nieopatrzonej datą, w którym potwierdzono min., że: „NTM-MED (...) Od lipca br. jest dostawcą wkładów do wstrzykiwacza kontrastu. Wartość brutto zamówień: 76 199,40 zł.”

W formularzu cenowym dla zadania nr 19 wykonawca NTM-MED wskazał, że oferuje w pozycji 1 produkt o numerze katalogowym 832620, zaś w poz. 2 produkt o numerze katalogowym 832651 (str. 5 oferty). Do oferty dołączono materiały informacyjne dotyczące produktu: strzykawka CT 200 ml o numerze katalogowym 832620, posiadającego złącze Y(T) o długości 250 cm (str. 39).

Do oferty dołączono również dokument „Dopuszczenie Dyrektywa Rady 93/42/EWG, Załącznik II, Artykuł 3 System Całkowitego Zapewnienia Jakości Wyroby Medyczne”, dotyczący m.in. strzykawk do angiografii (str. 26). Zaś, deklaracja zgodności WE wystawiona przez producenta i odwołująca się do ww. dopuszczenia przez wskazanie jego numeru, obejmuje m.in. model CT-200-A1 strzykawk do angiografii (str. 29).

Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na powyższe w piśmie skierowanym do tegoż w dniu 27 września 2013r.

W ślad za tym Zamawiający, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał pismem z dnia 30 września 2013 r. NTM-MED do złożenia wyjaśnień i udzielenia odpowiedzi

na pytania: „1) *Jakiej długości jest oferowane złącze niskociśnieniowe (150 cm czy 250 cm)?*, 2) *Czy powyższe złącze posiada trójnik i zaworek zwrotny?* 3) *Jaka jest wytrzymałość ciśnieniowa w/w złączy?*” Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzuca „*niezgodności i poważne braki w dokumentacji*”, załączając pismo Odwołującego z dnia 27 września 2013 r. Zamawiający wskazał, że oczekuje szczegółowych wyjaśnień i załączenia dokumentów potwierdzających parametry wymagane w treści zapytania i odniesienia się do zarzutów Odwołującego.

Wykonawca NTM-MED, pismem z dnia 1 października 2013 r., odpowiadając na pytanie numer 1 stwierdził, że „*złącze dostarczane przez naszą firmę do zestawów z dwoma strzykawkami ma długość 150 cm. (...) Odnośnie wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw firma nasza do pakietu 19 przedstawiła dostawy i referencje firmy Resmedical z którą podpisaliśmy umowę z dnia 16 maja 2013 r. na dostarczenie jednorazowych wkładów do wstrzykiwacza kontrastu na kwotę około 63 471,60 zł miesięcznie co w skali całej umowy daje 380 829,60 zł. (...) Odnośnie zastrzeżeń co do oferowanych akcesoriów firma nasza zaoferowała złącza „Y” 832651 którego producentem jest firma SCW, co wynika z załączonego katalogu.*” Oprócz informacji wskazujących na producenta, w przedmiotowym katalogu zobrazowano i wymieniono akcesoria, min. złącze Y(t) z zaworkiem zwrotnym o długości 150 cm (832651) lub 250 cm (832654). Zaś, w katalogu przedłożonym (wyciąg) przez Odwołującego na rozprawie, pozyskanym ze stron internetowych producenta, zilustrowano akcesoria, ale brak jakichkolwiek dalszych informacji.

Pismem z dnia 10 października 2013 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w zadaniu nr 19 okazał się oferta złożona przez NTM-MED.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem, fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerzucenia ciężaru dowodu.

Podobnie, bezczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że to wykonawcę obciąża ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie okoliczności i w sposób wskazany przez Zamawiającego. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że wykonawca NTM-MED, który zaoferował realizację zadania za cenę 383.940,00 zł, zobowiązany jest, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w SIWZ, potwierdzić wykonanie zamówienia na kwotę minimum 345.546,00 zł. Zamawiający bowiem spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia łączy z wykonaniem dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia, którą definiuje przez pryzmat wartości dostawy zaoferowanej w ramach niniejszego postępowania (90% wartości brutto rzeczonyj dostawy). Wykazaniu tej okoliczności służy Wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw, w którym oprócz przedmiotu i wartości dostawy, wykonawca jest zobowiązany wykazać datę realizacji zamówienia oraz odbiorcę. Nadto, potwierdzenia wymagało należyte wykonanie dostawy, przy czym poświadczenie, które dotyczyło dostaw wykonywanych, zgodnie z wolą Zamawiającego, winno być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Wykonawca NTM-MED obowiązków powyższych nie udźwignął. Po pierwsze, z treści Wykazu nie wynika, czy referencyjna dostawa została zrealizowana czy też może jest nadal wykonywana oraz jakiego okresu dokładnie dotyczy realizacja. Nie sposób bowiem na podstawie wskazania daty: 01.07.2013 r. i adnotacji „na 12 miesięcy” stwierdzić, czy powyższe dotyczy dostawy wykonanej czy też niewykonanej. Jednocześnie należy zauważyć, że instytucja wyjaśnień, a tym bardziej w trybie przepisu 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie służy zastępowaniu określonych oświadczeń lub dokumentów, składanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dalej, nie sposób nie zauważyć, że pomiędzy Wykazem a treścią listu referencyjnego zachodzi istotna sprzeczność co do wartości dostawy referencyjnej. Co więcej, w treści listu wskazano na kwotę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wartości dostawy. Jakkolwiek, zgodzić należy się z poglądem, że list referencyjny nie służy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, to nie sposób pominąć, że zawiera on informacje, które pozostają w bezpośredniej sprzeczności z oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę w tym przedmiocie. Wątpliwości tych nie rozwiewają wyjaśnienia NTM-MED złożone w piśmie z dnia 1 października 2013 r. Wręcz przeciwnie, przedstawione wyjaśnienia tylko te wątpliwości pogłębiają. W treści wyjaśnień mowa jest o wartości realizacji miesięcznej dostawy na poziomie ok. 63.000,00 zł, zaś z treści Wykazu wynika, że jest to ok. 76.000,00 zł. Co więcej wartość dostawy wskazana w Wykazie jest kilkakrotnie

większa od tej, którą Wykonawca wskazał w treści wyjaśnień. Biorąc zaś pod uwagę, że list referencyjny nie jest opatrzony datą i nie wskazuje terminu realizacji dostawy nie można mieć pewności, że rzeczony referencje dotyczą dostawy, która przez Wykonawcę została wykazana jako referencyjna. Ponadto, przedmiotowe referencje, wobec nieopatrzenia ich datą, nie spełniają wymogu Zamawiającego odnośnie terminu ich wystawienia.

W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy NTM-MED, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia poprawnego Wykazu wykonanych lub wykonywanych usług oraz dowodów potwierdzających, że zostały wykonane należycie lub są należycie wykonywane. Nadto, zwrócić należy uwagę Zamawiającemu, że może on skorzystać z uprawnienia określonego w § 1 ust. 5 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).

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy NTM-MED z treścią SIWZ stwierdzić należy, że analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, że w przedmiocie długości złącza niskiego ciśnienia zarzuty zostały zgłoszone jedynie w zakresie poz. 2 załącznika nr 2 (formularz cenowy). Co prawda, w treści pisma z dnia 27 września 2013 r. Odwołujący formułuje również przedmiotowe zarzuty w odniesieniu do poz. 1 wspomnianego załącznika, jednakże treść zarzutów wskazanych w piśmie kierowanym do Zamawiającego pozostaje bez wpływu na przedmiot odwołania i zakres rozpoznania przez Izbę.

W tych okolicznościach ocenie podlegać będą jedynie zarzuty zawarte w treści odwołania, jednakże w tym miejscu nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający, który zamierza dokonać zakupu wyrobów medycznych, służących do ratowania życia i zdrowia ludzkiego winien z należytą starannością ocenić ofertę każdego z wykonawców niezależnie od zakresu podnoszonych zarzutów. Na marginesie zwrócić należy uwagę Zamawiającemu, że z kart katalogowych dołączonych przez wykonawcę NTM-MED do oferty, jednoznacznie wynika, że produkt zaoferowany przez tego Wykonawcę w poz. 1 załącznika nr 2, oznaczony numerem katalogowym 832620, wyposażony jest w złącze Y o długości 250 cm.

Przechodząc do oceny, czy złącze zaoferowane w poz. 2 załącznika nr 2 odpowiada wymaganiom Zamawiającego, stwierdzić należy, że w celu potwierdzenia, iż zaoferowany produkt posiada określone parametry, tj. złącze ma długość 150 cm, wykonawca zobowiązany był do przedstawienia firmowych materiałów informacyjnych lub charakterystyki jakościowej. Do oferty wykonawcy NTM-MED nie dołączono rzeczony dokumentu, na stronach 38-39 oferty brak informacji dotyczących produktu o numerze katalogowym 832651. Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przy piśmie z dnia 1 października 2013 r.

przedłożył wyciąg z katalogu producenta, w którym znalazł się produkt o podanym numerze katalogowym, którym jest złącze Y o długości 150 cm.

Biorąc jednakże pod uwagę, że dla potwierdzenia posiadania określonego parametru niezbędne było przedłożenie firmowych materiałów informacyjnych, potwierdzających wskazaną okoliczność, a jednocześnie z dowodu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie, w postaci katalogu strzykawk angiograficznych, pozyskanego ze stron internetowych producenta, nie wynika, że oferowany produkt o wskazanym numerze katalogowym jest objęty ofertą producenta, powyższą okoliczność Zamawiający jest zobowiązany, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnić. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że katalogi zachowują istotne podobieństwo, różną się zaś tym, że w katalogu przedłożonym przez NTM-MED znajdują się informacje, dotyczące akcesoriów, których nie ma w katalogu umieszczonym na stronach producenta, co więcej dotyczy to akurat tych danych, które są niezbędne dla potwierdzenia, że określone wyroby spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający winien również rozważyć, czy w tych okolicznościach nie skorzystać z uprawnienia określonego w § 1 ust. 5 powołanego rozporządzenia.

Jednocześnie w tym miejscu zauważyć należy jedynie na marginesie, że dokonywanie przez Zamawiającego badania próbek produktów w celu potwierdzenia, że oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego, wobec braku wymogu dostarczenia tych próbek, należy uznać za absolutnie niedopuszczalne. Co więcej, sprzeciw i trwogę budzi takie postępowanie Zamawiającego, który poddaje badaniu wyrób, niebędący przedmiotem oferty ze strony NTM-MED.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut nieprzedłożenia przez NTM-MED deklaracji zgodności CE odnośnie oferowanych produktów. Złożona wraz z ofertą deklaracja dotyczy jedynie określonych modeli strzykawk do angiografii. Deklaracja ta referuje bezpośrednio do *Dopuszczenia Dyrektywa Rady 93/42/EWG, Załącznik II, Artykuł 3 System Całkowitego Zapewnienia Jakości Wyroby Medyczne*, wydanego przez jednostkę akredytowaną, dotyczącego m.in. produkcji wyrobów medycznych w zakresie strzykawk do angiografii. Skoro zaś w deklaracji producent potwierdził spełnianie wymogów zasadniczych przez konkretne modele tychże strzykawk, to oznacza to, że objął swym oświadczeniem jedynie wskazaną grupę strzykawk. Zamawiający wyjaśnił, że przyjął przedmiotową deklarację za wystarczającą, bowiem badana przez Zamawiającego próbka wyrobu, dotyczyła właśnie modelu CT-200-A1. Jednakże argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie.

Z całą mocą podkreślić należy, że deklaracja wytwórcy o spełnianiu wymagań zasadniczych przez wyrób medyczny musi dotyczyć produktu oferowanego przez Wykonawcę, a nie produktu, którego próbka została przedłożona (w sposób nieuprawniony), celem potwierdzenia określonych parametrów. Zamawiający pominął jakże istotny fakt, że

strzykawka angiograficzna model CT-200-A1 jest oznaczona numerem katalogowym 832601, nie stanowi więc produktu oferowanego przez NTM-MED w ramach zadania nr 19. Ponadto, Zamawiający ograniczył swoje badanie w zakresie przedłożenia wymaganych dokumentów jedynie do strzykawek, pomijając, że przedmiotem oferty są również złącza niskiego ciśnienia.

Przedmiotowej oceny nie zmienia fakt, że wykonawca NTM-MED powiadomił Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu na terytorium RP. Spełnienie przedmiotowego obowiązku pozostaje bez wpływu na obowiązek przeprowadzenia procedury oceny zgodności czy też potwierdzenia zgodności wyrobu z wymaganiami zasadniczymi, na podstawie odrębnych przepisów.

W tych okolicznościach Zamawiający winien wezwać NTM-MED, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Reasumując, stwierdzić należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej obarczona jest wadą. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty złożonej przez NTM-MED w sytuacji, w której Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wymagań Zamawiającego odnośnie oferowanych dostaw. Jednakże, brak uzasadnienia na obecnym etapie postępowania do wykluczenia wykonawcy NTM-MED, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec zaktualizowania się obowiązku Zamawiającego do wezwania, na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w przepisie art. 25 ustawy Pzp i wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym stwierdzenie przez Zamawiającego przekroczenia norm prawnych zawartych w przepisach art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe, nie budzi zaś wątpliwości, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie dostrzegła również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie wykazano, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierował się innymi kryteriami wyboru ofert niż te ustalone w SIWZ. Zaś, nieuprawniony wybór oferty najkorzystniejszej winien być kwalifikowany jako naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do braku uprawnienia do przekazania przez Zamawiającego wykonawcy NTM-MED pisma Odwołującego z dnia 27 września 2013 r. stwierdzić należy, że rzeczony pismo

jako załącznik do protokołu postępowania mogło być ujawnione dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp). Skoro zaś Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 października 2013 r., a ujawnił treść spornego pisma wcześniej (30 września 2013 r.) to należy w tym upatrywać naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: