

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2015 r. przez wykonawcę **EFMED sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, ul. Św. Józefa 53/59, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Alcon Polska Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę EFMED sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EFMED sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy EFMED sp. z o.o., ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk na rzecz zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, ul. Św. Józefa 53/59, 87-100 Toruń, kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera z siedzibą w Toruniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę podzieloną na 5 zadań. Przedmiotem zadania Nr 1, którego dotyczy odwołanie jest dostawa: *„a/ soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji wraz z dzierżawą aparatu do fakoemulsyfikacji z możliwością witrektomii przedniej.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 27.01.2015 r., pod nr 2015/S 018-028511.

Wykonawca EFMED sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w toku postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 przez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Alcon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo niespełnienia przez oferowany rodzaj płynu w połączeniu z zaoferowanym rodzajem opakowania parametrów wymaganych przez zamawiającego,
- 3) art. 91 ust. 1 przez wybór oferty wykonawcy: Alcon Polska Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Żądania, co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Alcon Polska Sp. z o.o.,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Alcon Polska Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, tj.: o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 - oferta Alcon Polska sp. z o.o. w Warszawie - oraz o wykonawcach, którzy złożyli oferty, o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i o łącznej punktacji, odwołujący otrzymał w formie faksu w dniu 18 marca 2015 r. Odwołanie wnoszone jest z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Interes i szkoda. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W następstwie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w pkt III odwołania, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowych czynności zamawiającego oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający przez wybór oferty innego podmiotu, która powinna zostać odrzucona, naruszył interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że wskutek opisanych czynności zamawiającego, odwołujący poniesie szkodę, gdyż nie uzyskał zamówienia, co z kolei będzie się wiązać z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Uzasadnienie odwołania.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 określają załączniki do SIWZ:

- Załącznik nr 2/1a - Specyfikacja asortymentowo-ilościowo-cenowa na dostawę soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji oraz
- Załącznik nr 2/1b - Szczegółowy opis parametrów techniczno-użytkowych soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, płynów irygacyjnych oraz jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji.

Zamawiający w poz. Nr 4 załącznika Nr 2/1a oraz załącznika Nr 2/1b do SIWZ wymagał zaferowania jałowego, izotonicznego roztworu chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku o pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora.

W piśmie z dnia 09.02.2015 r., odpowiadając na pytanie 1, zamawiający odstąpił od wymogu kompatybilności zaferowanego roztworu w sytuacji, gdy oferowany fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania odpowiednich pojemników.

W piśmie z dnia 17.02.2015 r. odpowiadając na pytanie 9, zamawiający dopuścił płyn BSS w uniwersalnej plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile

oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.

W piśmie z dnia 27.02.2015 r. odpowiadając na pytanie 1, zamawiający dopuścił możliwość dostarczenia płynu BSS w szklanej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.

Zatem, zgodnie z wymogami SIWZ oraz odpowiedziami na pytania, zamawiający wymagał zaoferowania: 1) roztworu chlorku sodu w pojemnikach odpowiednich do oferowanego fakoemulsyfikatora lub 2) płynu BSS w uniwersalnej plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów na kroplówkę lub 3) płynu BSS w szklanej butelce pasującej do standardowych statywów na kroplówkę.

W przypadku oferowania fakoemulsyfikatora z kompatybilnymi z nim opakowaniami, zamawiający wymagał zaoferowania roztworu chlorku sodu, zaś płyn BSS mógł być zaoferowany w plastikowej lub szklanej butelce pasującej do standardowych statywów na kroplówkę jedynie w sytuacji, jeżeli oferowany fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania specjalnych opakowań.

Na żadnym etapie postępowania zamawiający nie zmienił ww. wymogu i nie dopuścił możliwości zaoferowania płynu BSS jako alternatywy do wymaganego izotonicznego roztworu chlorku sodu w pojemnikach 500 ml odpowiednich do oferowanego fakoemulsyfikatora.

Zgodnie z SIWZ oraz udzielonymi przez zamawiającego odpowiedziami w przypadku oferowania fakoemulsyfikatora wymagającego specjalnych opakowań, zamawiający wymagał zaoferowania izotonicznego roztworu chlorku sodu.

Zamawiający postawił określony jasno wymóg, że oczekuje dostawy jałowego, izotonicznego roztworu chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku w pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora. W tym zakresie zamawiający nie zmodyfikował specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez zamawiającego potwierdzają, że nie wyraził on zgody na modyfikację wymogu opisanego w punkcie 4 Załącznika 2/1a oraz Załącznika 2/1b do SIWZ.

Wykonawca Alcon Polska Sp. z o.o. zaoferował w miejsce wymaganego izotonicznego roztworu chlorku sodu, roztwór BSS w workach.

Izotoniczny roztwór chlorku sodu to 0,9% wodny roztwór NaCl. Płyn BSS to fizjologiczny zbalansowany roztwór kilku soli m.in. chlorku sodu (NaCl 0,64%), chlorku

potasu, chlorku wapnia, chlorek magnezu, octan sodu (skład zgodnie z załączoną informacją - str. 224 oferty firmy Alcon). Oba preparaty różnią się więc znacząco składem chemicznym.

Reasumując, złożona przez Alcon Polska Sp. z o.o. oferta podlegała odrzuceniu, gdyż nie spełnia wymogów SIWZ w części dotyczącej poz. Nr 4 Załącznika Nr 2/1a oraz Załącznika Nr 2/1b. Spółka Alcon złożyła ofertę niezgodną z oczekiwaniami zamawiającego, który w poz. 4 Załącznika nr 2/1a oraz 2/1b wymagał zaoferowania jałowego izotonicznego roztworu chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku o pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora.

Alcon zaoferował w zakresie Zadania nr 1 fakoemulsyfikator Centurion Visions System, który wymaga stosowania odpowiednich opakowań oraz płynu BSS w pojemniku (worku) o pojemności 500 ml, który jest kompatybilny z oferowanym fakoemulsyfikatorem.

Preparaty - wymagany przez zamawiającego oraz zaoferowany przez wykonawcę spółkę Alcon - różnią się składem chemicznym. Wymagany izotoniczny roztwór chlorku sodu to 0,9% wodny roztwór chlorku sodu (NaCl). Zaoferowany płyn BSS to fizjologiczny zbalansowany roztwór kilku soli m.in. chlorku sodu (NaCl 0,64%), chlorku potasu, chlorku wapnia, chlorek magnezu, octan sodu (skład zgodnie z załączoną informacją - str. 224 oferty).

Biorąc powyższe pod uwagę oferta Alcon Polska Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, bowiem jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Zamawiający, biorąc pod uwagę złożoną w Zadaniu 1 ofertę przez Spółkę Alcon, nie wyraził zgody aby jej oferta mogła obejmować płyn BSS w workach o pojemności 500 ml.

W ocenie odwołującego, cała powyższa argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami sformułowanymi przez odwołującego i uzasadnieniem zarzutów, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Uzasadnienie. Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego w kwestii wskazanych naruszeń ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1.

Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzono w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z zachowaniem uczciwej konkurencji i równym traktowaniem wykonawców (art. 7 ust. 1), po dokonanych badaniach ofert nie było podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty firmy Alcon Polska sp. z o.o., gdyż odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3, a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano na podstawie kryteriów oceny ofert określonych dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1).

Odnosząc się do zarzutów odwołującego, zamawiający podniósł, co następuje.

1. Podstawą zarzutów odwołującego i istotą przedmiotu sporu jest kwestia, czy „płyn BSS w worku 500 ml” zaoferowany przez Alcon Polska sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy uwzględnieniu odpowiedzi na zapytania udzielone w toku postępowania oraz informacji jaką zamawiający uzyskał od tego wykonawcy w odpowiedzi na skierowane żądanie do wyjaśnienia treści oferty.

Stan faktyczny i prawny w tej szczegółowej kwestii, która dotyczy wyłącznie jednej pozycji zamówienia w Zadaniu Nr 1 (poz. nr 4 w Załączniku Nr 2/1 b do SIWZ) przedstawia się następująco:

- a) zgodnie z opisem zawartym w poz. nr 4 Załącznika Nr 2/1b do SIWZ zamawiający wymagał w tej pozycji „jałowego, izotonicznego roztworu chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie zaćmy w pojemniku 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora”;
- b) w odpowiedzi na zapytanie z dnia 09.02.2015 r., zamawiający wyjaśniał następująco: „Zgodnie z treścią poz. 4 Załącznika Nr 2/1b do SIWZ, 500 ml pojemnik z jałowym izotonicznym roztworem chlorku sodu musi być odpowiedni do oferowanego fakoemulsyfikatora. W sytuacji, gdy zaoferowany przez wykonawcę fakoemulsyfikator nie będzie wymagał kompatybilności z tą pozycją zamówienia, istniejący wymóg nie będzie miał zastosowania”;
- c) w wyniku odpowiedzi na zapytania z dnia 17.02.2015 r., zamawiający dopuścił w tej pozycji możliwość dostarczenia „płynu BSS w uniwersalnej plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach”;
- d) w wyniku odpowiedzi na zapytanie z dnia 27.02.2015 r., zamawiający dopuścił w tej pozycji możliwość dostarczenia „płynu BSS w szklanej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.”

Zamawiający w odniesieniu do izotonicznego roztworu chlorku sodu, a także dopuszczonego w tej pozycji płynu BSS nie określał składu chemicznego i stężenia. Powoływanie się na tym etapie na inne składniki chemiczne tych roztworów jest całkowicie nieuzasadnione, tym bardziej, że odwołujący oferuje w swej ofercie także płyn BSS.

Na szczególną uwagę w ocenie sytuacji zasługuje to, że zamawiający nigdy na żadnym etapie postępowania nie wyłączył wymogu określonego w poz. nr 4 w Załączniku Nr

2/1b do SIWZ mówiącego o tym, że wyrób w tej pozycji „musi być odpowiedni do oferowanego fakoemulsyfikatora.” W żadnej z udzielonych odpowiedzi na zapytania (także tych, które dotyczyły możliwości oferowania płynu BSS) nie wyłączono wymogu w tym zakresie, podkreślając każdorazowo „O ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.”

Zasada odpowiedniości (kompatybilności) wyrobu z poz. nr 4 z oferowanym aparatem do zabiegów tj. fakoemulsyfikatorem nigdy nie została uchylona, była oczywista i wciąż podkreślana (akcentowana) przez zamawiającego na każdym etapie postępowania, który dotyczył tej kwestii. Dla wszystkich podmiotów profesjonalnie zajmujących się specjalistycznym okulistycznym sprzętem zabiegowym rzeczą bezdyskusyjną pozostaje fakt, że do konkretnego aparatu do fakoemulsyfikacji można stosować wyłącznie akcesoria i wyroby odpowiednie i kompatybilne z tym aparatem.

2. Po zapoznaniu się treścią złożonych ofert okazało się, że Alcon Polska sp. z o.o. oferuje w tej pozycji „płyn BSS 500 ml w worku”. Jak wiadomo z treści przytoczonych wyżej opisów w tej pozycji zamówienia zamawiający dopuścił także jednoznacznie możliwość oferowania płynu BSS w szklanej lub plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.

Zamawiający w celu zachowania należytej staranności w toku prowadzonego postępowania wezwał Alcon Polska sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w następującym zakresie: „Z treści złożonej oferty wynika, że oferujecie Państwo w tej pozycji płyn BSS 500 ml w worku. W tej sytuacji prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie (potwierdzenie), że płyn BSS oferowany Zamawiającemu w pojemniku (forma-postać worka) jest odpowiedni do oferowanego fakoemulsyfikatora. Prosimy także o określenie z czego wykonany jest worek, w którym znajduje się oferowany płyn BSS.”

W wyznaczonym terminie, tj. 16.03.2015 r. zamawiający otrzymał od Alcon Polska sp. z o.o. wyjaśnienie oferty w tym zakresie potwierdzające, że „płyn BSS w worku o pojemności 500 ml jest kompatybilny z oferowanym w dzierżawie fakoemulsyfikatorem Centurion.” Do wyjaśnienia Alcon Polska sp. z o.o. załączyła na potwierdzenie fragment instrukcji obsługi aparatu fakoemulsyfikatora „Centurion” (rozdział 6 - akcesoria i części zamienne), w której producent wymienia listę autoryzowanych przez producenta akcesoriów i elementów współpracujących z urządzeniem. Na liście tej znajduje się także roztwór do irygacji BSS 500 ml. W wyjaśnieniu sprecyzowano, że zaoferowano roztwór BSS w workach wykonanych z polichlorku winylu o pojemności 500 ml. Alcon Polska sp. z o.o. jednoznacznie oświadczyła, że asortyment ten spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tych okolicznościach zamawiający mając na względzie treść SIWZ, udzielone odpowiedzi na zapytania, a także wyjaśnienia uzyskane od Alcon Polska sp. z o.o., nie miał żadnych wątpliwości, że wyrób określony w pozycji nr 4 Zadania Nr 1 tej oferty jest zgodny z treścią SIWZ oraz odpowiedni do fagemulsyfikatora oferowanego przez tego samego wykonawcę.

Zamawiający biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Alcon Polska sp. z o.o. Także w orzecznictwie dotyczącym wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wielokrotnie podkreślano, że czynności te powinny być traktowane jako wyjątek i wymagają wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały do tego podstawy. Biorąc pod uwagę wszystkie opisane wyżej okoliczności, zamawiający uznał, że odrzucenie oferty Alcon Polska sp. z o.o., byłoby całkowicie nieuprawnione i stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dawałoby też wykonawcy tj. Alcon Polska sp. z o.o. podstawę do skutecznego zaskarżenia decyzji zamawiającego w trybie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

3. Według zamawiającego zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nie mają żadnego potwierdzenia, a w tej sytuacji rozstrzygnięcie postępowania dokonane jest zgodnie z przepisami ustawy. W toku postępowania dołożono szczególnej staranności, aby dokonać rzetelnej oceny wszystkich złożonych ofert. Wyboru ofert dokonano z zastosowaniem kryteriów sprecyzowanych i dokładnie opisanych w SIWZ.

Mając na względzie powyższe okoliczności zamawiający uznał, że zarzuty odwołującego nie znajdują uzasadnienia, wobec czego odwołanie zasługuje na oddalenie, o co wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy Alcon Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wobec spełnienia wymagań ustawowych skutecznego przystąpienia do postępowania, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Izba uznała, że odwołujący jako jeden spośród dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty na zadanie nr 1, jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania. Podniesienie w odwołaniu zarzutów, które według stanowiska

uczestnika postępowania odwoławczego, mogą również godzić w ofertę odwołującego wskazując jej niezgodność z treścią SIWZ, nie pozbawia odwołującego prawa wniesienia środka ochrony prawnej - zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) - tj. naruszenie przepisów ustawy: art. 7 ust. 1 i 3 przez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 przez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Alcon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo niespełnienia przez oferowany rodzaj płynu w połączeniu z zaoferowanym rodzajem opakowania parametrów wymaganych przez zamawiającego; art. 91 ust. 1 przez wybór oferty wskazanego wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą - podlega oddaleniu.

Izba ustaliła.

Odwołanie dotyczy jednej pozycji dostawy w zadaniu nr 1, a mianowicie zaoferowanego w ofercie wykonawcy Alcon Polska Sp. z o.o. - uczestnika postępowania odwoławczego - zbalansowanego roztworu soli: *„BSS 500 ml worek - Jałowy, izotoniczny roztwór chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku w pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora”*,

zamiast: *„Jałowego, izotonicznego roztworu chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku w pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora”*, opisanego w pozycjach nr 4 w załącznikach nr 2/1a i 2/1b do SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1 jest dostawa *„soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji wraz z dzierżawą aparatu do fakoemulsyfikacji z możliwością witrektomii przedniej”* - opisana w załącznikach nr 2/1a, 2/1b, 2/1c, 2/1d do SIWZ.

W załączniku nr 2/1a pt.: *„Specyfikacja asortymentowo-ilościowo-cenowa na dostawę soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji”*, w pozycji 4, zamawiający opisał tę część następująco: *„Jałowy, izotoniczny roztwór chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy”* - bez określenia rodzaju opakowania.

W załączniku nr 2/1b pt.: *„Szczegółowy opis parametrów techniczno-użytkowych soczewek wewnątrzgałkowych, wiskoelastyków, płynów irygacyjnych oraz jałowych zestawów materiałów i akcesoriów do operacji zaćmy metodą fakoemulsyfikacji”* - uzupełniając opis w tytule o *„płyny irygacyjne”*, w pozycji 4, zamawiający opisał tę część następująco: *„Jałowy, izotoniczny roztwór chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku w pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora”* - uzupełniając opis o *„pojemniki w pojemności 500 ml odpowiednie do oferowanego fakoemulsyfikatora”*.

W załączniku nr 2/1c pt.: *„Specyfikacja cenowa za dzierżawę aparatu do fakoemulsyfikacji z możliwością witrektomii przedniej”*, zamawiający wymagał podania roku produkcji aparatu wyprodukowanego - nie wcześniej niż w 2014 r.

W załączniku nr 2/1d pt.: *„Specyfikacja parametrów techniczno-użytkowych dzierżawionego aparatu do fakoemulsyfikacji z możliwością witrektomii przedniej”*, zamawiający opisał wymagane dane dotyczące aparatu oraz *„Parametry wymagane”* (punkty 1-22); *„Serwis”* (punkty 23-26); *„Wymagane ukończenie aparatu”* (punkty a-k). Wymagał również oświadczenia wykonawcy, że *„(...) oferowane powyżej urządzenie jest fabrycznie nowe, kompletne i będzie gotowe do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów poza materiałami eksploatacyjnymi.”*

Jednym z trzech kryteriów oceny ofert jest *„Jakość techniczna oferowanych soczewek i aparatu do fakoemulsyfikacji”* o znaczeniu 25%. Przy czym soczewki podlegały punktacji - 15 punktów, a aparat do fakoemulsyfikacji - 85 punktów.

Z opisu zamieszczonego w pozycji 4 załącznika nr 2/1b wynika, że zamawiający wymagając roztworu chlorku sodu, żądał tego preparatu w opakowaniach (pojemnikach o pojemności 500 ml) odpowiednich do oferowanego fakoemulsyfikatora - rodzaj pojemników nie został określony poza wymaganiami dostosowania i podporządkowania opakowań aparatom do fakoemulsyfikacji (*„odpowiednie do oferowanego fakoemulsyfikatora”*).

W odpowiedziach na zapytania wykonawców dotyczących treści SIWZ, zamawiający dopuścił - zapytania i odpowiedzi - następujące możliwości dostawy:

1. *„1. Czy w Zadaniu nr 1 - Załącznik Nr 2/1b pkt 4, Zamawiający odstąpi od wymogu, aby zaofertowany 500ml pojemnik z jałowym izotonicznym roztworem chlorku sodu był odpowiedni do zaofertowanego fakoemulsyfikatora w sytuacji, gdy oferowany fakoemulsyfikator tego nie wymaga?”*

Odpowiedź: *„Zgodnie z treścią pkt 4 Załącznika Nr 2/1b do SIWZ, 500ml pojemnik z jałowym izotonicznym roztworem chlorku sodu musi być odpowiedni do oferowanego*

fakoemulsyfikatora. W sytuacji, gdy zaoferowany przez Wykonawcę fakoemulsyfikator nie będzie wymagał kompatybilności z tą pozycją zamówienia, istniejący wymóg nie będzie miał zastosowania.” (pismo z 09.02.2015 r.);

2. „9. Zadanie 1, poz. 4 - Czy Zamawiający dopuści BSS w uniwersalnej plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów na kroplówkę.”

Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza dostarczanie płynu BSS w uniwersalnej plastikowej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.” (pismo z 17.02.2015 r.);

3. „1. Czy w Zadaniu Nr 1 (Załącznik Nr 2/1b pkt 4) Zamawiający dopuści BSS (zbalansowany roztwór soli) w szklanej butelce przy założeniu, że oferowany fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania specjalnych opakowań.”

Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza dostarczanie płynu BSS w szklanej butelce pasującej do standardowych statywów, o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach.” (pismo z 27.02.2015 r.).

Uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawca Alcon Polska Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (jedna z dwóch złożonych ofert na zadanie nr 1), zaoferował: *BSS 500 ml worek - Jałowy, izotoniczny roztwór chlorku sodu do śródoperacyjnego płukania wnętrza oka w czasie operacji zaćmy w pojemniku w pojemności 500 ml odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora*, jako zbalansowany roztwór soli, zawierający chlorek sodu w stężeniu 0,64% w pojemniku odpowiednim do zaoferowanego aparatu Centurion® Vision System producenta Alcon Laboratories Inc.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty w następującym zakresie: *„Z treści złożonej oferty wynika, że oferujecie Państwo w tej pozycji płyn BSS 500 ml w worku. W tej sytuacji prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie (potwierdzenie), że płyn BSS oferowany Zamawiającemu w pojemniku (forma-postać worka) jest odpowiedni do oferowanego fakoemulsyfikatora. Prosimy także o określenie z czego wykonany jest worek, w którym znajduje się oferowany płyn BSS.”* (pismo z 12.03.2015 r.).

W wyznaczonym terminie, tj. 16.03.2015 r. wykonawca udzielił zamawiającemu wyjaśnień potwierdzających, że *„(...) płyn BSS w worku o pojemności 500 ml jest kompatybilny z oferowanym w dzierżawie fakoemulsyfikatorem Centurion.”* Wykonawca załączył fragment instrukcji obsługi aparatu fakoemulsyfikatora "CENTURION VISION SYSTEM" (rozdział 6 - akcesoria i części zamienne), w której producent wymienił listę autoryzowanych akcesoriów i elementów współpracujących z urządzeniem. Na liście został zamieszczony - *Roztwór do irygacji BSS w pojemnikach: Torebka 500 ml, Butelka 500 ml,*

Butelka 250 ml. W wyjaśnieniu wykonawca podał, że zaoferował roztwór BSS w workach wykonanych z polichlorku winylu (Viaflex®) o pojemności 500 ml.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego złożył do akt sprawy dowód - opinię z dnia 02.04.2015 r. Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. N. Barlickiego w Łodzi, podpisaną przez Kierownika Oddziału Klinicznego Okulistyki prof. dr hab. n. med. W. O., o treści: *„Podczas wykonywania zabiegu usunięcia zaćmy stosuje się roztwory chlorku sodu, wykorzystywane do śródoperacyjnego przepłukiwania wnętrza oka oraz utrzymywania właściwego poziomu ciśnienia wewnątrzgałkowego. Na rynku dostępne są różne odmiany preparatów zawierających w swoim składzie roztwór chlorku sodu. Należy do nich zwykły 0,9% roztwór NaCl, płyn Ringera, a także zbalansowane roztwory soli, nazywane preparatami BSS (ang. Balanced Salt Solution - izosmotyczny z fizjologiczną cieczą wodnistą, zawierający chlorek sodu w stężeniu 0,64%). Roztwory BSS mają korzystniejsze efekty dla pacjenta i są w powszechnym stosowaniu w trakcie zabiegów okulistycznych. Jako użytkownik aparatu Centurion® firmy Alcon Laboratories Inc., do okulistycznych zabiegów operacyjnych wykorzystuję roztwór BSS, produkowany przez Alcon Laboratories Inc., w opakowaniach plastikowych typu worek o pojemności 500 ml. Produkt ten zapewnia pełną kompatybilność z aparatem Centurion® i pozwala na wykorzystanie pełnej funkcjonalności systemu (w tym systemu kontroli ciśnienia wewnątrzgałkowego).”*

Izba zważyła.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji powyższego przepisu, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądowym i arbitrażowym. Wskazując powyższe należy podnieść, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), powinna dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; może więc polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty); a także powinno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie

wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ zmianami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Generalnie należy przyjąć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego) – tak przykładowo w wyroku z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 103/15 oraz z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 415/15 i KIO 419/15.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o niezgodności treści wybranej oferty z treścią SIWZ przez zaoferowanie płynu BSS w pojemniku o pojemności 500 ml w postaci worka, a nie butelki plastikowej lub szklanej, które jako jedyne pojemniki zaoferowanego płynu - zdaniem odwołującego - zostały dopuszczone na podstawie wyjaśnień zamawiającego zamieszczonych w pismach, w szczególności z 17 i 27 lutego 2015 r.

Izba uznała za właściwą i zasadną interpretację wymagań zamawiającego opisanych w pozycji załącznika nr 2/1b do SIWZ wraz z odpowiedziami na zadane pytania dotyczące treści SIWZ, przedstawioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie.

Słuszne jest stanowisko, że zamawiający wymagał odpowiedniego roztworu chlorku sodu, nie precyzując wymagań co do rodzaju pojemnika, poza tym, że pojemnik ma być odpowiedni do oferowanego fakoemulsyfikatora, co oznacza, że dla doboru rodzaju pojemnika jedyne znaczenie miała jego odpowiedniość do oferowanego fakoemulsyfikatora.

W odpowiedzi dotyczącej treści SIWZ z 9 lutego 2015 r. zamawiający całkowicie odstąpił od wymogu kompatybilności pojemnika z oferowanym fakoemulsyfikatorem w sytuacji, gdy taki wymóg nie wynika z aparatu.

Odpowiedzi z 17 i 27 lutego 2015 r. - pozytywne dla pytających, przyzwalające na każde przedstawione odstępstwo, dostosowane literalnie do pytań: *„płyn BSS w butelkach: uniwersalnej plastikowej pasującej do standardowych statywów na kroplówkę oraz szklanej, przy założeniu, że oferowany fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania w specjalnych opakowaniach”* - oznaczają zgodnie z uzasadnieniem zamawiającego, dopuszczenie również płynu BSS w pojemnikach wskazanych w pytaniach, jednakże z zastrzeżeniem w obu odpowiedziach: *„o ile oferowany w zadaniu fakoemulsyfikator nie wymaga stosowania BSS w specjalnych opakowaniach”*.

Zatem, z opisu zamieszczonego w załączniku nr 2/1b oraz odpowiedzi na zapytania, wynika potwierdzenie stanowiska zamawiającego, że przy wymaganiu dostawy roztworu chlorku sodu w pojemniku odpowiednim do oferowanego fakoemulsyfikatora, został dopuszczony płyn BSS w butelkach, ale również przy zachowaniu odpowiedniości pojemników do oferowanego fakoemulsyfikatora, co znajduje odzwierciedlenie w zacytowanych zastrzeżeniach.

Uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował płyn BSS w pojemnikach w postaci worków, jako pojemników odpowiednich do oferowanego fakoemulsyfikatora Centurion Vision System (Instrukcja obsługi urządzenia Centurion zawierająca listę akcesoriów, elementów zamiennych i części zatwierdzonych - str. 6.3 w 4 punkcie od góry - wyszczególnia sterylny roztwór do irygacji BSS, torebka 500 ml, butelka 500 ml i butelka 250 ml).

Wykonawca potwierdził na rozprawie, że posiada możliwość dostarczenia płynu w pojemnikach w postaci szklanych butelek o pojemności 500 ml, jednakże pojemniki w postaci worków są bardziej odpowiednie do oferowanego fakoemulsyfikatora Centurion. Zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy pojemniki w postaci worków (miękkiego tworzywa umożliwiającego oddziaływanie ścianek urządzenia - aparatu - przez ściskanie worka w komorze na płyn irygacyjny, powodując, że nacisk na worek jest bezpośrednio przekładany na ciśnienie płynu irygacyjnego, co jest niemożliwe przy zastosowaniu butelek szklanych) są niezbędne do zapewnienia pełnej funkcjonalności aparatu, większego bezpieczeństwa i efektywności zabiegu. Pojemniki te pozwalają na kontrolę i kompensatę zmiany ciśnienia wewnątrzgałkowego w czasie operacji.

Złożona na rozprawie specjalistyczna opinia użytkownika aparatu i oferowanego płynu - Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. N. Barlickiego w Łodzi, stanowiąca dowód w sprawie potwierdza zasadność czynności zamawiającego.

Zaoferowanie przez wybranego wykonawcę w ramach dzierżawy fakoemulsyfikatora Centurion, jak też odpowiedniość pojemnika płynu BSS w postaci worków, nie zostały zakwestionowane przez odwołującego, a wręcz zostało przyznane w toku rozprawy, że zestawienie oferowanego aparatu z płynem w zaoferowanych pojemnikach, spełnia wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność.

Wobec dopuszczenia do dostawy płynu BSS i także zaoferowania takiego płynu o takim też składzie chemicznym przez odwołującego, całkowicie niezasadny jest zarzut niezgodności składu chemicznego oferowanego płynu ze składem chemicznym roztworu chlorku sodu, skutkującej uznaniem treści wybranej oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Izba uznała, że wobec powyższych ustaleń nie wymaga analizy podniesiona przez uczestnika postępowania kwestia równoważności wymaganych przez zamawiającego i oferowanych przez obu wykonawców: roztworu chlorku sodu - płynu BSS, nie wymaga również ustalania równoważności odpowiedniość rodzaju pojemników do oferowanych przez wykonawców fakoemulsyfikatorów: butelki szklane - worki.

Zamawiający ocenił wybraną ofertę, podobnie uznając za niepodlegającą odrzuceniu ofertę odwołującego, na zasadzie dopuszczalności zaoferowanego przez obu wykonawców środka chemicznego (w miejsce roztworu chlorku sodu - płynu BSS) i oferowanych pojemników (odpowiednich do oferowanych fakoemulsyfikatorów - butelki szklane - oferowany przez odwołującego aparat nie wymaga stosowania płynu BSS w specjalnych opakowaniach; oferowany przez wybranego wykonawcę Centurion wymaga stosowania worków).

Reasumując przedstawione ustalenia i ich ocenę, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych uzasadniających odrzucenie wybranej oferty, zatem oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz zamawiającego kwotę 3 000 zł 00 gr stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: