

WYROK
z dnia 15 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2021 r. przez wykonawcę **E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Revita E. K., Podamirowo 30, 76-031 Mścice** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Revita E. K., Podamirowo 30, 76-031 Mścice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Revita E. K., Podamirowo 30, 76-031 Mścice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materacy przeciwoleżynowych” przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze (dalej „zamawiający”) wykonawca E. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Revita E. K., Podamirowo 30, 76-031 Mścice (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29, poprzez błędne uznanie, że załączona do oferty instrukcja obsługi – Kliniczny System Przeciwoleżynowy Active Model Dyna Best-500 jest sprzeczna z pkt. II.8 załącznika nr 7 do SWZ oraz, że załączona do oferty instrukcja obsługi – Kliniczny System Przeciwoleżynowy Active Model Ada-400 jest sprzeczna z pkt. III.4 załącznika nr 7 do SWZ, a także z pkt. III. 6 i III.8 załącznika nr 7 do SWZ,
2. art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 w zw. z rodz. III. ust. 5 i 6 SWZ, poprzez zaniechanie ich zastosowania – jeżeli zamawiający powziął wątpliwość, co do treści załączonych o oferty przedmiotowych środków dowodowych, tj. załączonych do oferty instrukcji obsługi bądź uznał, że są niekompletne to mógł i powinien zwrócić się do odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień, bądź wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, z czego nie skorzystał,
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 199 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020r., poz. 1913), poprzez odrzucenie oferty odwołującego w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i ocenie ofert, w tym oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że do oferty został załączony załącznik 7, w którym przy pkt II.8. potwierdził w odrębnej rubryce, że spełnia wymagania zamawiającego w tym, aby system sterowania automatycznie reagował i dostosowywał ciśnienie w komorach materaca do każdego ruchu pacjenta bez żadnej aktywności ze strony opiekunów personelu; potwierdził załączenie do oferty instrukcji obsługi wraz z oświadczeniem producenta potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego w całości. Podał, że na str. 2 i 11

instrukcji obsługi znajdują się zapisy potwierdzające spełnienie wymagań zamawiające przez system:

- na str. 2 pkt 1 pierwszy akapit stwierdza się, że system należy do najnowszej generacji automatycznych terapeutycznych przeciwodleżynowych systemów, pod lit. b stwierdza się, że terapia jest stale nadzorowana przez system analizy wartości ciśnienia ReaX, że pompa posiada funkcję automatycznego szybkiego i twardego wypełniania materaca (ostatni akapit str. 2-3),
- w pkt. 6 instrukcji jest mowa o tym, że ciśnienie w materacu jest dobierane automatycznie i podlega automatycznej korekcji, ad. 6 lit. a str. 9 tryb pracy – jest mowa o automatycznej kontroli ciśnienia, również przy trybie zmiennym, lit. b jest mowa o tym, że komory w materacu automatycznie współpracują przy nabieraniu i wypuszczaniu powietrza, w pkt 9 system sensor czujnik rozpoznający obciążenie pacjenta na materac, w pkt 10 tryb transportowy (str. 11) jest mowa o tym, iż ten jest uruchamiany automatycznie.

W ocenie odwołującego zamawiający wybiórczo, z pominięciem ww. zapisów powołał się na pkt 5.2.4 instrukcji, w którym stwierdza się, że dla komfortu pacjenta – wyreguluj twardość materaca pokrętkiem lub przyciskiem, na tej podstawie formułując zarzut, że należy ręcznie wyregulować twardość materaca przyciskami, dalej powołując się na pkt 6 i 7 instrukcji, które miałyby zawierać stwierdzenie, iż użytkownik powinien manualnie wprowadzić dane pacjenta podczas, gdy na str. 7 (Manualna zmiana ciśnienia) jest mowa o tym, że twardość materaca można manualnie dostosować wg stopnia odleżyny według zaleceń medycznych.

Stwierdził, że jest to dodatkowa funkcja systemu, którą można zastosować dla wygody pacjenta.

Uzupełnił, że w pkt 3.11. jest mowa o regularnej kontroli ciśnienia, poprzez swobodne umieszczanie dłoni pod pośladkami chorego, wskazując że ze względów bezpieczeństwa pacjenta personel powinien poddawać okresowej, dodatkowej ocenie sprawność techniczną każdego sprzętu medycznego dla ewentualnego wykluczenia awarii technicznej tego sprzętu, co stanowi obligatoryjne zalecenie producenta wynikające z najwyższej dbałości o stan zdrowia pacjentów obłożnie chorych.

Oświadczył, że oferowana pompa posiada dodatkowe opcje w postaci tzw. skrótowych trybów pracy – pkt 7 ad. 2: tryb kardiologiczny, tryb siedzeniowy, tryb pulsacyjny, tryb pielęgnacyjny, które wymagają jedynie dla ich zainicjowania „dotknięcia palcem” panelu sterowania urządzenia przez personel medyczny – czynność ta ma na celu umożliwienie wykonania chwilowych procedur medycznych (skutkuje okresowym zmniejszeniem lub zwiększeniem wartości ciśnienia w materacu zależnie od wyboru chwilowej procedury medycznej dokonywanej przez personel medyczny).

Ocenił, że takie rozwiązanie jest powszechnie stosowane przez najbardziej renomowanych producentów sprzętu medycznego na świecie w tym producentów materacy przeciwoleżynowych. Stwierdził, że jest wiedzą powszechną, że tak skonstruowane materace przeciwoleżynowe są najbardziej zaawansowanymi technologicznie jak i najbardziej skutecznymi medycznie.

Oświadczył, że złożył załącznik nr 7, w którym przy poz. III.4 w osobnej rubryce potwierdził wymagania zamawiającego, odsyłając do str. 19 instrukcji, gdzie znajduje się zapis o terapii odleżyn III i IV-go stopnia dla 21 h., co pozwoliło zamawiającemu na sformułowanie zarzutu, że wg wymagań zamawiającego terapia odleżyn powinna być skuteczna bez ograniczeń czasowych.

Oświadczył, że zaoferowane materace są materacami przeznaczonymi do leczenia IV stopnia odleżyn, co wynika z ich danych technicznych, tj. wysokości materacy (21 cm) i poziomu ciśnienia utrzymywanego automatycznie w materacach.

Podał, że zaoferowane materace są zasilane pompami ultraniskociśnieniowymi o wartości minimalnej ciśnienia wynoszącej 10 mmHg i jest to najniższa, bezpieczna wartość ciśnienia jaka jest możliwa do osiągnięcia w materacu przeciwoleżynowym (ucisk ciała pacjenta jest najniższy z możliwych).

Zdaniem odwołującego osobnym parametrem technicznym mylnie zinterpretowanym przez zamawiającego jest spełnienie wymagań SWZ dotyczących:

- a) możliwość przełączenia materaca w tryb transportowy umożliwiający podparcie pacjenta do dwóch godzin (co odwołujący potwierdził – Załącznik 7, pkt II. 8. oraz instrukcja pkt 12),
- b) maksymalne obciążenie statyczne w trybie transportowym dla pacjenta o masie 240kg wynosi 21 godzin (co odwołujący potwierdził w instrukcji, str. 19),
ponieważ parametry te nie odnoszą się do stałej skuteczności medycznej zaoferowanego materaca, ale określają funkcje okresowe, tj. tryb transport 2 godziny i maksymalne obciążenie statyczne w trybie transportowym dla pacjenta o masie 240 kg – 21 godzin.

Podał, że zamawiający wymagał materacy przeznaczonych do leczenia odleżyn, ale nie wskazał wg. jakiej, której skali odleżyn.

Podał także, że w Polsce odleżyny klasyfikowane są według dwóch podstawowych skali odleżyn:

- klasyfikacji EPUAP/NPUAP – skala czterostopniowa,
- klasyfikacji odleżyn w skali Torrance'a – skala pięciostopniowa.

Przyjął, że zamawiający wymagał materaca do terapii IV stopnia odleżyn w skali czterostopniowej (do terapii wszystkich odleżyn) oraz oświadczył, że zaoferowany materac jest przeznaczony do terapii IV stopnia odleżyn, ale w skali pięciostopniowej (nie obejmuje terapii wszystkich odleżyn, tj. V stopnia).

Oświadczył, że zaoferowany przez niego produkt jest przeznaczony do terapii wszystkich odleżyn.

Uzupełnił, że producent oferowanego sprzętu stosuje własny, pionierski program informatyczny ReaXTM AXtechTM z możliwością zmiany wartości fizycznych zawartych w jego oprogramowaniu (pkt 18, str. 19 instrukcji – opcje zmienne, software), co oznacza możliwość dostosowania zakresu ciśnień do indywidualnych wymagań zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił podstawowych parametrów technicznych urządzenia, takich jak: wydajność pompy, zakres ciśnień.

Podał, że złożył załącznik 7, w którym w poz. III.6, w osobnej rubryce potwierdził spełnienie wymagań co do stref oraz ilości komór powietrznych, odsyłając do str. 19 instrukcji, a także składając Oświadczenie Producenta. Wskazał, że na str. 19 jest zapis, że materac składa się z 27 komór poprzecznych, a zamawiający wymagał: Materac terapeutyczny składający się z 3 niezależnych stref:

1. Głowa – min. 1 duża komora powietrzna,
2. Plecy, krzyż, nogi – min. 12 komór powietrznych,
3. Pięty – min. 8 komór o niższym ciśnieniu w porównaniu do reszty materaca. Łącznie min. 21 komór.

Oświadczył, że zaoferował materac terapeutyczny składający się z 3 niezależnych stref:

1. Głowa – 4 duże komory powietrzne,
2. Plecy, krzyż, nogi – 14 komór powietrznych,
3. Pięty – 9 komór o niższym ciśnieniu w porównaniu do reszty materaca.

Zaznaczył, że nigdzie w swojej ofercie nie wskazywał, że przedmiotowe komory są jednakowe.

Zaznaczył, że zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z 20.05.2021 r. „*Zamawiający dopuszcza potwierdzenie parametrów oświadczeniem producenta/dystrybutora, w przypadku, kiedy określony parametr nie znajduje się w broszurze technicznej, instrukcji obsługi lub serwisowej, folderach, zdjęciach, schematach lub w certyfikatach.*”

Podał, że do oferty załączył oświadczenie producenta, że spełnienia ww. wymagania zamawiającego w całości.

Odwołujący oświadczył w dalszej kolejności, że załączył do oferty załącznik 7, w którym w poz. III.8 potwierdził, iż spełnia wymagania zamawiającego, odsyłając do str. 2 i 13 instrukcji, załączając instrukcję oraz oświadczenie producenta.

Wskazał, że podobnie jak w odniesieniu do zarzutu dotyczącego pkt. II.8 na str. 2

instrukcji znajdują się zapisy dotyczące automatyki systemu przeciwoleżynowego, że jest najnowszą generacją systemów terapeutycznych przeciwoleżynowych, że terapia jest stale nadzorowana przez system analizy wartości ciśnienia ReaX, wspomagany systemem AXtech. O automatyce systemu jest mowa na str. 7, 9, 10 instrukcji. Na str. 18 (parametry techniczne pompy) jest mowa o samoczynnym doborze ciśnienia oraz czasu trwania cyklu w procedurze startowej oraz możliwości manualnego doboru ciśnienia oraz czasu trwania cyklu do stopnia odleżyny. W pkt 5.2.4. instrukcji jest zapis o manualnym wyregulowaniu twardości materaca – dla komfortu .

Stwierdził, że na tej podstawie zamawiający niezasadnie uznał, że oferowane materace należy regulować manualnie, że użytkownik powinien manualnie wprowadzać indywidualne dane pacjenta, podczas, gdy na str. 7 (Manualna zmiana ciśnienia) jest mowa o tym, że twardość materaca można manualnie dostosować wg stopnia odleżyny według zaleceń medycznych – jest to dodatkowa funkcja systemu, którą można zastosować dla wygody pacjenta.

Podał, że na str. 4 instrukcji w pkt. 3.11. jest mowa o regularnej kontroli ciśnienia, poprzez swobodne umieszczanie dłoni pod pośladkami chorego.

Odwołujący wskazał, że ze względów bezpieczeństwa pacjenta personel powinien poddawać okresowej, dodatkowej ocenie sprawność techniczną każdego sprzętu medycznego dla ewentualnego wykluczenia awarii technicznej tego sprzętu co stanowi obligatoryjne zalecenie producenta wynikające w sposób bezpośredni z najwyższej dbałości o bezpieczeństwo oraz stan zdrowia pacjentów obłożnie chorych.

Zwrócił uwagę, że oferowana pompa posiada dodatkowe opcje w postaci tzw. skrótowych trybów pracy, tj. tryb kardiologiczny, tryb siedzeniowy, tryb pulsacyjny, tryb pielęgnacyjny, które zawsze wymagają jedynie dla ich zainicjowania „dotknięcia palcem” panelu sterowania urządzenia przez personel medyczny, co ma na celu umożliwienie wykonania chwilowych procedur medycznych (skutkuje okresowym zmniejszeniem lub zwiększeniem wartości ciśnienia w materacu zależnie od wyboru chwilowej procedury medycznej dokonywanej przez personel medyczny).

Oceenił, że to rozwiązanie technologiczne jest powszechnie stosowane przez najbardziej renomowanych producentów sprzętu medycznego na świecie w tym producentów materacy przeciwoleżynowych i jest wiedzą powszechną, że tak skonstruowane materace przeciwoleżynowe są najbardziej zaawansowanymi tak technologicznie jak i najbardziej skutecznymi medycznie.

Uzupełnił, że do oferty załączył oświadczenie spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego zgodnie z SWZ.

Wskazał, że w oświadczeniu tym napisał, że w przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości po stronie zamawiającego pozostaje do jego dyspozycji w zakresie udzielania

ewentualnych, dalszych informacji bądź wyjaśnień, jednak zamawiający nigdy nie zwracał się do niego o jakiegokolwiek wyjaśnienia dotyczących załączonych do oferty przedmiotowych środków dowodowych, nie wzywał do ich złożenia lub uzupełnienia.

W ocenie odwołującego było to celowe i stanowiło pretekst do odrzucenia oferty odwołującego, co nastąpiło z naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów.

Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ oferta odwołującego spełniała wszystkie wymagania zamawiającego i była najkorzystniejsza.

Ocenił, że zamawiający nie stworzył uczciwych ram konkurowania wykonawców, postępowanie było ukierunkowane na wykonawcę Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k.

Podał, że zamawiający nie dopuszczał jakichkolwiek istotnych zmian SWZ, a obecne postępowanie zostało powtórzone (postępowanie pierwotne Nr sprawy: 97/EZP/20).

Wskazał, że na nieprecyzyjne oraz niezgodne z ustawą Pzp zapisy SWZ dotyczące ww. postępowania zwracał uwagę zamawiającego w piśmie pt. *„Zawiadomienie o niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego”* z 28.12.2020r.

Wskazał także, że zamawiający unieważnił pierwotne postępowanie m.in. na podstawie pisma firmy ArjoHuntleigh Sp. z o.o. ul. Ks. Wawrzyniaka 2, 62-052 Komorniki z 15.03.2021r., w którym wnioskodawca, wnosząc o zwrot wadium informował zamawiającego: *„Ponadto chcemy nadmienić, że powodem niezłożenia oferty w tym postępowaniu był nie tylko niemożliwy dla nas termin realizacji zamówienia...”*

Zdaniem odwołującego pierwotne postępowanie zamawiający unieważnił z nieprawdziwych powodów dopiero 17.03.2021r. – istotnym elementem zobowiązania było nie tylko samo wykonania zamówienia, ale jego wykonanie do 05.03.2021r. – w tych okolicznościach dostawa przedmiotu zamówienia do 15.03.2021 r. nie był możliwa.

Stwierdził, że zamawiający nie może ignorować ustalonego przez siebie terminu realizacji zamówienia, sposób jego określenia wpływał na krąg wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, co wynika z pisma wykonawcy ArjoHuntleigh Polska Sp. z o.o. z 15.03.2021r.

Zwrócił uwagę, że wobec tego, że było to tzw. postępowanie COVID-owe to miało nadzwyczajny priorytet realizacji terminu dostawy.

Podkreślił, że unieważnienie nastąpiło dopiero po upływie 3 miesięcy oraz, że procedowanie zamawiającego ws. zakupu materacy przeciwoodleżynowych trwa już ponad 6 miesięcy.

Ocenił, że pierwsze postępowanie zostało przez zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia tak przygotowane, że ofertę złożyło jedynie dwóch oferentów, pomimo obecności kilkunastu innych dostawców materacy przeciwoodleżynowych.

Podał, że w tym postępowaniu oferty złożyło jedynie trzech oferentów, z których jeden nie spełnił wielu nadmiarowych wymagań technicznych zamawiającego, co skutkowało niemożliwością dokonania wyboru jego oferty.

Uznał, że powtarzając postępowanie zamawiający jeszcze bardziej uszczegółowił opis przedmiotu zamówienia, co miało doprowadzić do dokonania wyboru oferty firmy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z Warszawy; w celu ograniczenia potencjalnych oferentów w sposób niezgodny z przyjętą w Polsce klasyfikacją medyczną wymagał rejestracji produktów nie w klasie I, ale w klasie IIa (sposób rejestracji materacy przeciwodleżynowych przyjęty głównie w USA i Francji) w sytuacji, gdy klasyfikacja nie ma żadnego znaczenia w zakresie bezpieczeństwa.

Uzupełnił ocenę, stwierdzając że zamawiający:

- nie dopuścił również do osobnej rejestracji w klasie IIa dla materaca oraz dla pompy i żądał rejestracji wspólnej dla materaca wraz z zasilającą go pompą, czym świadomie spowodował wykluczenie z udziału w postępowaniu przynajmniej kilku potencjalnych oferentów,
- umieścił dwa osobne produkty w jednym pakiecie – nie można było złożyć oferty na jedno materace, nie posiadając drugich.

Oświadczył, dla uzasadnienia stronniczości zamawiającego, że jako jedyny producent materacy przeciwodleżynowych posiada fizyczną i certyfikowaną zewnętrzną produkcję materacy klasy IIa, co – wedle odwołującego – wskazuje, że powyższy wymóg zamawiającego uniemożliwił innym polskim podmiotom (posiadającym rejestrację w klasie I) udział w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 5 sierpnia 2021 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2021 r.) – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania, „*Odpowiedzi na odwołanie*” – pismo zamawiającego z dnia 13 września 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7

pkt 29 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że załączona do oferty instrukcja obsługi – Kliniczny System Przeciwdrożynowy Active Model Dyna Best-500 jest sprzeczna z pkt. II.8 załącznika nr 7 do SWZ oraz, że załączona do oferty instrukcja obsługi – Kliniczny System Przeciwdrożynowy Active Model Ada-400 jest sprzeczna z pkt. III.4, III. 6 i III.8 załącznika nr 7 do SWZ potwierdził się w części dotyczącej pkt. III.6, nie potwierdził się w pozostałym zakresie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem II SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 przedmiotem zamówienia jest dostawa materacy przeciwdrożynowych szczegółowo opisanych w załącznikach nr 2 i nr 7 do SWZ.

Załącznik nr 2 do SWZ to „Formularz asortymentowo-cenowy”, ujmujący dwie pozycje: materace p/odrożynowe – typ 1 w ilości 7 szt. (1) oraz materace p/odrożynowe – typ 1 w ilości 32 szt.

W rozdziale III SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe” pkt 1 i 2 zamawiający zażądał, na potwierdzenie, że oferowane dostawy, spełniają określone przez niego wymagania, przedmiotowych środków dowodowych: folderów lub instrukcji lub katalogów, które wykonawca miał obowiązek złożyć wraz z ofertą.

Zamawiający w pkt. 5 rozdziału III SWZ podał, że wezwie wykonawcę, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba, że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Dodatkowo w pkt. 6 rozdziału III SWZ zamawiający zastrzegł możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Wykonawcy mieli wypełnić i złożyć, według opracowanego przez zamawiającego wzoru, „Formularz oferty” – w pkt. 1 ujęto oświadczenie o treści „Oświadczamy, że spełniamy wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia i przyjmujemy je bez zastrzeżeń oraz, że otrzymaliśmy wszystkie konieczne informacje potrzebne do przygotowania oferty.”

Pismem z dnia 20 maja 2021 r. zamawiający na pytanie nr 58 o treści: „Czy zamawiający, w wyjątkowych przypadkach, dopuści potwierdzenie parametrów oświadczeniem producenta/dystrybutora ?” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza potwierdzenie parametrów oświadczeniem producenta/dystrybutora w przypadku kiedy parametr nie znajduje się w broszurze technicznej, instrukcji obsługi lub serwisowej,

folderach, zdjęciach, schematach lub certyfikatach.”

Odwołujący złożył wypełniony „Formularz oferty” w tym oświadczył „Oświadczamy, że spełniamy wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia i przyjmujemy je bez zastrzeżeń oraz, że otrzymaliśmy wszystkie konieczne informacje potrzebne do przygotowania oferty. Złożył także wypełniony Załącznik nr 7 do SWZ, w następujący sposób opisując pkt II.8, III.4, III.6 i III.8:

Lp.	Parametry techniczne i funkcjonalne	Wymagania	Parametr oceniany	Wartość oferowana
II	Parametry ogólne – materac powietrzny, terapeutyczny, niskociśnieniowy	32 szt.		
8.	Materac wyposażony w czujniki, zawory oraz pompę zapewniające automatycznie odpowiednie ciśnienie powietrza w komorach tak aby zapewnić optymalne podparcie ciała. System sterowania za pomocą kompresora, zaworów, czujników ciśnienia wbudowanych w pompę oraz czujników pod komorami materaca zapewnia ciągle, dynamiczne sterowanie i zmianę ciśnienia. System sterowania automatycznie reaguje i dostosowuje ciśnienie w komorach materaca do każdego ruchu pacjenta (każdorazowe aktywne zwiększenie lub zmniejszenie ciśnienia przy pomocy kompresora i zaworów, układ sterowania reaguje na zmianę od razu bez zwłoki do następnego cyklu pracy), jego wagi, rozkładu wagi i wzrostu, bez żadnej dodatkowej aktywności ze strony opiekunów/personelu. Terapia przeciwoodleżynowa właściwie dobrana do pacjenta odbywa się bez podania/wprowadzenia przez personel indywidualnych danych pacjenta takich jak waga, stopień odleżyny, czas cyklu oraz bez konieczności wykonywania ręcznej kontroli działania, odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia	Tak, opisać. Do oferty dołączyć broszury techniczne, instrukcje obsługi lub serwisowe, foldery potwierdzające spełnienie wymogu w całości	Bez oceny	Tak. Materac wyposażony w czujniki, zawory oraz pompę zapewniające automatycznie odpowiednie ciśnienie powietrza w komorach tak aby zapewnić optymalne podparcie ciała. System sterowania za pomocą kompresora, zaworów, czujników ciśnienia wbudowanych w pompę oraz czujników pod komorami materaca zapewnia ciągle, dynamiczne sterowanie i zmianę ciśnienia. System sterowania automatycznie reaguje i dostosowuje ciśnienie w komorach materaca do każdego ruchu pacjenta (każdorazowe aktywne zwiększenie lub zmniejszenie ciśnienia przy pomocy kompresora i zaworów, układ sterowania reaguje na zmianę od razu bez zwłoki do następnego cyklu pracy), jego wagi, rozkładu wagi i wzrostu, bez żadnej dodatkowej aktywności ze strony opiekunów/personelu. Terapia przeciwoodleżynowa właściwie dobrana do pacjenta odbywa się bez podania/wprowadzenia przez personel indywidualnych danych pacjenta takich jak waga, stopień odleżyny, czas cyklu oraz bez konieczności wykonywania ręcznej kontroli działania, odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia. Tak, Do oferty dołączone instrukcje obsługi wraz z oświadczeniem producenta potwierdzające spełnienie wymogu w całości. Str. 2,11 w instrukcji
III	Parametry ogólne – materac powietrzny, terapeutyczny, zmiennociśnieniowy	7 szt.		
4.	Materac przeciwoodleżynowy przeznaczony dla pacjentów z grupy ryzyka od niskiego do bardzo wysokiego pozwalający na leczenie odleżyn od I do IV stopnia	Tak	Bez oceny	Tak. Materac przeciwoodleżynowy przeznaczony dla pacjentów z grupy ryzyka od niskiego do bardzo wysokiego pozwalający na leczenie odleżyn od I do IV stopnia Str. 19 w instrukcji

6.	Materac terapeutyczny składający się z 3 niezależnych stref: 1. Głowa – min. 1 duża komora powietrzna 2. Plecy, krzyż, nogi – min. 12 komór powietrznych 3. Pięty – min. 8 komór o niższym ciśnieniu w porównaniu do reszty materaca	Tak, opisać i przedstawić w załączonych folderach lub instrukcji obsługi (do oferty)	Bez oceny	Tak. Materac terapeutyczny składający się z 3 niezależnych stref: 1. Głowa – 4 duże komory powietrzne 2. Plecy, krzyż, nogi – 14 komór powietrznych 3. Pięty – 9 komór o niższym ciśnieniu w porównaniu do reszty materaca Tak, Do oferty dołączone instrukcje obsługi wraz z oświadczeniem producenta potwierdzające spełnienie wymogu w całości. Str. 19 w instrukcji
----	---	--	-----------	--

Odwołujący złożył nadto, jako producent, „Oświadczenie producenta, potwierdzenie parametrów oświadczeniem producenta”: „Oświadczamy, że zaoferowane przez nas systemy przeciwodleżynowe spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji SWZ oraz w wypełnionym załączniku nr 7 do SWZ dołączonym do oferty.

Pismem z dnia 22 lipca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. z Warszawy z ceną 608.337,00 zł.

Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z następujących powodów: „Zamawiający w Załączniku nr 7 Parametry techniczne wymagał zaoferowania: W punkcie II.8 Zamawiający wymagał m.in. aby system sterowania automatycznie reagował i dostosowywał ciśnienie w komorach materaca do każdego ruchu pacjenta (každorazowe aktywne zwiększenie lub zmniejszenie ciśnienia przy pomocy kompresora i zaworów, układ sterowania reaguje na zmianę od razu bez zwłoki do następnego cyklu pracy), jego wagi, rozkładu wagi i wzrostu, bez żadnej dodatkowej aktywności ze strony opiekunów/personelu. Terapia przeciwodleżynowa właściwie dobrana do pacjenta odbywa się bez podania/wprowadzenia przez personel indywidualnych danych pacjenta takich jak waga, stopień odleżyny, czas cyklu oraz bez konieczności wykonywania ręcznej kontroli działania, odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia.

Wg dołączonej do oferty instrukcji dot. oferowanego produktu DynaBest-500 w pkt. 5.2.4 należy ręcznie wyregulować twardość materaca przyciskami znajdującymi się na przednim panelu obudowy pompy. Punkty 6 i 7 instrukcji również zawierają informacje, że użytkownik powinien manualnie (w specyfikacji wymagamy w pełni automatycznego systemu) wprowadzić indywidualne dane pacjenta takie jak stopień odleżyny oraz czas cyklu. Punkt 3.11 instrukcji informuje o konieczności ręcznej (za pomocą wprowadzonej pod materac dłoni) kontroli ciśnienia w materacu co również jest niezgodne z wymaganiami SWZ.

W punkcie III.4 Zamawiający wymagał, aby materac przeciwodleżynowy przeznaczony dla pacjentów z grupy ryzyka od niskiego do bardzo wysokiego pozwalał na leczenie odleżyn od I do IV stopnia. Załączona do oferty instrukcja dot. produktu ADA-400 na str. nr 19 podaje

informację, że terapia odleżyn IV stopnia jest zalecana dla 21 h. W specyfikacji, ze względu charakter pacjentów, przebywających w naszej placówce, wymagamy aby terapia odleżyn IV stopnia powinna być skuteczna bez ograniczeń czasowych.

W punkcie III.6 Zamawiający wymagał, aby materac terapeutyczny składał się z 3 niezależnych stref: 1. Głowa – min. 1 duża komora powietrzna 2. Plecy, krzyż, nogi – min. 12 komór powietrznych 3. Pięty – min. 8 komór o niższym ciśnieniu w porównaniu do reszty materaca. Wg załączonej do oferty instrukcji (str. 19) materac nie spełnia wymagań specyfikacji, ponieważ składa się z 27 jednakowych komór.

W punkcie III.8 wymagamy aby system sterowania automatycznie reagował i dostosowywał ciśnienie w komorach materaca do każdego ruchu pacjenta (każdorazowe aktywne zwiększenie lub zmniejszenie ciśnienia przy pomocy kompresora i zaworów, układ sterowania reaguje na zmianę od razu bez zwłoki do następnego cyklu pracy), jego wagi, rozkładu wagi i wzrostu, bez żadnej dodatkowej aktywności ze strony opiekunów/personelu. Terapia przeciwoleżynowa właściwie dobrana do pacjenta odbywa się bez podania/wprowadzenia przez personel indywidualnych danych pacjenta takich jak waga, stopień odleżyny, czas cyklu oraz bez konieczności wykonywania ręcznej kontroli działania, odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia. Wg dołączonej do oferty instrukcji dot. oferowanego produktu ADA-400 w pkt. 5.2.4 należy ręcznie wyregulować twardość materaca przyciskami znajdującymi się na przednim panelu obudowy pompy. Punkty 6 i 7 instrukcji również zawierają informacje, że użytkownik powinien manualnie (w specyfikacji wymagamy w pełni automatycznego systemu) wprowadzić indywidualne dane pacjenta takie jak stopień odleżyny oraz czas cyklu. Punkt 3.II instrukcji informuje o konieczności ręcznej (za pomocą wprowadzonej pod materac dłoni) kontroli ciśnienia w materacu co również jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”

Zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia wskazanymi przez zamawiającego w pkt. II.8, III.4., III.6. i III.8 Załącznika nr 7 do SWZ.

Obowiązkiem wykonawcy, wynikającym z rozdziału III SWZ pkt 1, było złożenie jako przedmiotowych środków dowodowych, folderów lub instrukcji lub katalogów, a wyjątkowo – w przypadku „kiedy parametr nie znajduje się w broszurze technicznej, instrukcji obsługi lub serwisowej, folderach, zdjęciach, schematach lub certyfikatach.” – oświadczenia producenta lub dystrybutora, co wynika z odpowiedzi zamawiającego z dnia 20 maja 2021 r. na pytanie nr 59.

Z powyższego wynika, że wykonawca mógł, na potwierdzenie, że oferowane materace spełniają określone przez zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ wymagania, złożyć oświadczenie producenta/dystrybutora jedynie wówczas, gdy dany parametr nie został ujęty w innych wskazanych przedmiotowych środkach dowodowych (folderach, instrukcjach, katalogach).

Odwołujący w wypełnionym załączniku nr 7 do SWZ w odniesieniu do pozycji II.8, III.8 oraz III 6 wskazał jako przedmiotowy środek dowodowy złożone przez siebie instrukcje (str. 2 i 11 w przypadku II.8, str. 2 i 13 w przypadku II.8 oraz str. 19 w przypadku III.4), a jednocześnie oświadczenia producenta potwierdzające spełnienie wymogu (oświadczenia własnego wykonawcy, będącego producentem). W odniesieniu do pozycji III.4 wskazał wyłącznie instrukcję – str. 19.

Zamawiający, oceniając ofertę odwołującego nie kwestionował prawidłowości złożonych dokumentów w kontekście wymagań SWZ (reguły z rozdziału III pkt 1 oraz wyjątku z odpowiedzi na pytanie nr 59).

W odniesieniu do wymagań, które zamawiający ocenił, że zaoferowane przez zamawiającego materace nie spełniają, skład orzekający kolejno wskazuje:

II.8 załącznika nr 7 do SWZ

Zamawiający powołał się na treść pkt. 5.2.4. złożonej przez odwołującego instrukcji. W punkcie tym podano: *„Ułóż chorego na materacu. Dla komfortu pacjenta, wyreguluj twardość materaca pokrętelem lub przyciskiem znajdującym się na przednim panelu obudowy pompy. (...)”*, a także na pkt 6 i 7, w których zaprezentowano co podlega ustawieniu [np. zmiana czasu cyklu, zmiana wartości ciśnienia, stopnia odleżyn, tryby (siedzenia, pulsacyjny, pielęgnacyjny)].

Abstrahując nawet od tego, że dopiero w odwołaniu odwołujący wskazywał na inne jeszcze niż w wypełnionym załączniku nr 7 punkty SWZ jako te, które potwierdzają spełnienia wymogu z pkt. II.8 (tj. dodatkowo wskazał na str. 3, 6, 7, 9), nie można nie odczytywać zdania z przywołanego przez zamawiającego pkt. 5.2.4. w kontekście treści z pkt. 5.2.1., z której wynika, że przy pierwszym uruchomieniu urządzenia *„Silniki pompy tłoczą powietrze do wszystkich komór materaca do chwili uzyskania w materacu wartości ciśnienia odpowiedniej dla terapii 2^o odleżyny, tj. wynoszącej 20 mmHg.”*, co oznacza, że dla pacjenta z odleżynami wyższego stopnia konieczne jest manualne ustawienia przez użytkownika (personel medyczny) materaca (ciśnienia), co przesądza o tym, że wymóg automatycznego reagowania systemu sterowania nie został spełniony.

Trafnie także zamawiający wskazał na pkt. 3.11. zgodnie z którym *„Kontroluj regularnie (nie rzadziej niż raz dziennie) wartości ciśnienia w materacu. Musi ono być na tyle duże, aby zapewniało około 2,5 centymetrową odległość ciała pacjenta od materaca*

spodniego lub konstrukcji łóżka (swobodnie umieszczona dłoń pod pośladkami chorego.)” w kontekście nie spełnienia wymogu w zakresie braku konieczności wykonywania ręcznej kontroli odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia.

Stanowisko odwołującego, że kontrola taka jest wymagana przez producenta urządzenia nie zmienia powyższej oceny – zamawiający nie dopuszczał, aby poprzez zalecenia producenta narzucać mu obowiązek manualnej kontroli ciśnienia (zamawiający nie przewidywał wyjątku „dla zaleceń producenta”).

III.4 załącznika nr 7 do SWZ

Zamawiający powołał się na wskazaną przez odwołującego w wypełnionym załączniku nr 7 do SWZ str. 19 instrukcji, gdzie w zestawieniu tabelarycznym, w odniesieniu do wskazanego przez odwołującego wiersza „*zalecane do terapii odleżyn w skali IV^o*” podano dla zaoferowanego modelu materaca 400 (Ada-400): „*III^o IV^o dla 21h*” (odwołujący odręcznie przy tym wierszu wskazał „*Ad.4*”).

Ewidentnie w przypadku odleżyn IV stopnia instrukcja zawiera ograniczenia czasu terapii do 21 h, co – przy braku ograniczenia czasowego w wymogu zamawiającego – oznacza jego niespełnienie. Odwołujący, wykazując spełnienie tego wymogu nie wskazywał żadnych innych punktów instrukcji.

Uzupełniająco podnieść należy, że skoro odwołujący zaoferował materace o limicie wagowym 180 kg (przy wymogu zamawiającego co do limitu min. 150 kg – zgodnie z pkt. II.13 załącznika nr 7 do SWZ) to także do tego limitu wagowego odnieść należało wymóg terapii IV^o bez ograniczeń czasowych. W przeciwnym przypadku wymagania dla poszczególnych wykonawców byłyby inne (zmienne), co naruszałoby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

III.6 załącznika nr 7 do SWZ

Zamawiający uznał, że 27 komór zaoferowanych przez odwołującego materacy to komory jednakowe – o takim samym ciśnieniu (przy wymogu niższego ciśnienia w strefie pięt), co zamawiający wywiódł z instrukcji ze str. 19.

Zamawiający nie podał jednak w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, gdzie konkretnie znalazł na wskazanej stronie informację, że ciśnienie we wszystkich komorach jest jednakowe.

Skład orzekający Izby wskazuje, że pod tabelę znajduje się m.in. informacja: „*obniżona sekcja pięt*”. Kwestii tej zamawiający nie podjął pomimo, że nie zdefiniował w SWZ pojęcia strefy wobec czego nie jest wiadomym jaka jest relacja stref z SWZ do sekcji z instrukcji odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał wobec powyższego, że na str. 19 instrukcji nie ma

informacji, które by uzasadniały twierdzenie, że wszystkie komory są jednakowe.

Jednocześnie ze względu na potwierdzenie się zarzutu w pozostałym zakresie skład orzekający Izby uznał, że nakazywanie zamawiającemu wyjaśniania treści ze str. 19 instrukcji („*obniżona sekcja pięć*”) jest bezcelowe, ponieważ oferta odwołującego podlega odrzuceniu z innych przyczyn.

III.8 załącznika nr 7 do SWZ

Zamawiający powołał się na treść pkt. 5.2.4. złożonej przez odwołującego instrukcji.

W punkcie tym podano: „*Ułóż chorego na materacu. Dla komfortu pacjenta, wyreguluj twardość materaca pokrętle lub przyciskiem znajdującym się na przednim panelu obudowy pompy. (...)*”, a także na pkt 6 i 7, w których zaprezentowano co podlega ustawieniu [np. zmiana wartości ciśnienia, stopnia odleżyn, tryby (statyczny, zmienny),].

Abstrahując nawet od tego, że dopiero w odwołaniu odwołujący wskazywał na inne jeszcze niż w wypełnionym załączniku nr 7 punkty SWZ jako te, które potwierdzają spełniania wymogu z pkt. III.8 (tj. dodatkowo wskazał na str. 7, 9, 10, 18), nie można nie odczytywać zdania z przywołanego przez zamawiającego pkt. 5.2.4. w kontekście treści z pkt. 5.2.1., z której wynika, że przy pierwszym uruchomieniu urządzenia „*Silniki pompy tłoczą powietrze do wszystkich komór materaca do chwili uzyskania w materacu wartości ciśnienia odpowiedniej dla terapii 2^o odleżyny, tj. wynoszącej 20 mmHg.*”, co oznacza, że dla pacjenta z odleżynami wyższego stopnia konieczne jest manualne ustawienia przez użytkownika (personel medyczny) materaca (ciśnienia), co przesądza o tym, że wymóg automatycznego reagowania systemu sterowania nie został spełniony.

Trafnie także zamawiający wskazał na pkt. 3.11. zgodnie z którym „*Kontroluj regularnie (nie rzadziej niż raz dziennie) wartości ciśnienia w materacu. Musi ono być na tyle duże, aby zapewniało około 2,5 centymetrową odległość ciała pacjenta od materaca spodniego lub konstrukcji łóżka (swobodnie umieszczona dłoń pod pośladkami chorego.)*” w kontekście nie spełnienia wymogu w zakresie braku konieczności wykonywania ręcznej kontroli odległości ciała pacjenta od leża łóżka i sprawdzania ciśnienia.

Stanowisko odwołującego, że kontrola taka jest wymagana przez producenta urządzenia nie zmienia powyższej oceny – zamawiający nie dopuszczał, aby poprzez zalecenia producenta narzucać mu obowiązek manualnej kontroli ciśnienia (zamawiający nie przewidywał wyjątku „dla zaleceń producenta”).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut – w zakresie dotyczącym wymagań z pkt. II.8, III.4 i III.8 załącznika nr 7 do SWZ nie potwierdził się, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 w zw. z rodz. III. ust. 5 i 6 SWZ, poprzez zaniechanie ich zastosowania – jeżeli zamawiający powziął wątpliwość, co do treści załączonych o oferty przedmiotowych środków dowodowych, tj. załączonych do oferty instrukcji obsługi bądź uznał, że są niekompletne to mógł i powinien zwrócić się do odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień, bądź wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, z czego nie skorzystał nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem III SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe” odpowiednio pkt 5 i 6:

- *„Zamawiający wezwie Wykonawcę, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba, że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*
- *„Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.*

Odwołujący złożył wraz z ofertą, na co wielokrotnie powoływał się w odwołaniu, instrukcje obsługi dotyczące zaoferowanych materacy przeciwodlehynowych Active, tj. dla modelu Dyna Best-500 i dla modelu Ada-400 oraz Oświadczenie producenta (w tym przypadku oświadczenie własne, ponieważ odwołujący jest producentem oferowanych przez siebie materacy).

Zamawiający nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych.

Art. 107 ust. 1 – 4 ustawy Pzp stanowi:

„1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy

potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”*

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Podnieść należy, że obowiązkiem odwołującego, który ww. zarzut postawił było udowodnienie jego zasadności – zgodnie z przepisem art. 534 ustawy Pzp *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.”*

Obowiązkiem odwołującego, skoro przypisał zamawiającemu zaniechanie obowiązku wezwania go do złożenia dokumentów przedmiotowych lub ich uzupełnienia, było w tym przypadku udowodnienie, że pomimo, iż złożył instrukcje i Oświadczenie producenta, to obowiązkiem zamawiającego było wezwanie go do złożenia przedmiotowych środków dowodowych albo udowodnienie niekompletności złożonych przez siebie przedmiotowych środków dowodowych.

Obowiązkiem odwołującego było także, skoro przypisał zamawiającemu zaniechanie obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień, udowodnienie, że w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych są treści niejasne, wzbudzające wątpliwości.

Tymczasem odwołujący, przedstawiając swoje stanowisko w odwołaniu w odniesieniu do tego zarzutu poprzestał na stwierdzeniu, że *„Zamawiający nigdy nie zwracał się do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień dot. załączonych do oferty przedmiotowych środków dowodowych, nie zwracał do ich złożenia lub uzupełnienia”* (co nie było sporne) i ocenie, że zamawiający *„Zrobił to celowo szukając pretekstu do odrzucenia oferty Odwołującego, co nastąpiło z naruszeniem przywołanych w Odwołaniu przepisów”* (str. 10).

Nie zaprezentował także żadnej argumentacji na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący pozostawił zarzut gołosłownym, a w konsekwencji, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 199 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020r., poz. 1913), poprzez odrzucenie oferty odwołującego w warunkach nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 22 lipca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego na żadnej innej niż wskazana powyżej podstawie prawnej. Także w warstwie prezentowanych przez zamawiającego okoliczności faktycznych odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie podał żadnych, które wiążą się ze złożeniem przez odwołującego oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Innymi słowy, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu, którego zamawiający nie mógł naruszyć, ponieważ nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego z zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na marginesie, w nawiązaniu do prezentowanej przez odwołującego w odwołaniu argumentacji dotyczącej tego zarzutu, skład orzekający Izby zauważa, że kwestionowanie w ramach tego postępowania odwoławczego czynności zamawiającego (zaniechań) podjętych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i kwestionowanie na obecnym etapie postanowień SWZ jest niedopuszczalne (ze względu na to, że odwołanie przysługuje wobec czynności/zaniechać podjętych/zaniechanych w danym postępowaniu oraz ze względu na upływ terminu do złożenia odwołania wobec treści SWZ).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: