

Sygn. akt: KIO 866/13, KIO 877/13

WYROK

z dnia 6 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 866/13),
- B. dniu 15 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Diagnos sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 877/13)

- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATU sp. z o.o. w Lublinie** oraz **Tehand sp. z o.o. w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 866/13 po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 866/13,**
2. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 877/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 9 zamówienia, unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie części 9 zamówienia, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 9 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 9 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 9 zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
3. **kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 866/13 obciąża wykonawcę Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 877/13 obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcę **Diagnos sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,
- 3.2. zasądza od wykonawcy **Maquet Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** kwotę **880 zł 00 gr** (słownie: osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu stawiennictwa na rozprawę przed Izbą,
- 3.3. zasądza od **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Diagnos sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa, instalacja i uruchomienie sprzętu dla potrzeb Centrum Urazowego Medycyny Ratunkowej i Katastrof”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2012 r., nr 2012/S 212-350277.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcę Maquet Polska sp. z o.o., zwanego dalej „odwołującym Maquet”, w zakresie części 10 zamówienia, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATU sp. z o.o. w Lublinie oraz Tehand sp. z o.o. w Lublinie.

W dniu 11 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcę Diagnos sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Diagnos”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części 9 zamówienia.

W dniu 15 kwietnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosł odwołujący Maquet i odwołujący Diagnos. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 866/13, sygn. akt KIO 877/13.

KIO 866/13

Odwołujący Maquet wniosł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności, polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATU sp. z o.o. w Lublinie oraz Tehand sp. z o.o. w Lublinie, zwanych dalej „przystępującym ATU”, w zakresie części 10 zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego ATU, złożonej w części 10 zamówienia.

Odwołujący Maquet zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ATU, złożonej w części 10 postępowania jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji SIWZ i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, złożonej w części 10 postępowania, która nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący Maquet wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 10 zamówienia,
- 2) dokonania czynności zaniechanych lub przeprowadzonych wadliwie, a w szczególności dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty przystępującego ATU, złożonej w części 10 postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący Maquet argumentował, że stół zaoferowany przez przystępującego ATU, czyli Steris CmaxT 2L oraz żadna przystawka ortopedyczna możliwa do zamocowania do tego stołu nie spełniają wymogu określonego w SIWZ, zgodnie z którym ramiona przystawki ortopedycznej muszą być:

- a) mocowane za pomocą szybko-złączek pod blatem siedziska stołu bez użycia śrub, zacisków itp.,
- b) montowane w gniazdach stanowiących integralną część konstrukcji blatu; montaż bez użycia dodatkowych narzędzi czy śrub.

Wywodził, że w ofercie handlowej przystępującego ATU dostępne są 3 modele przystawek ortopedycznych: ORT 7001C, ORT 8000B i ORT 9000B. Ramiona przystawki ortopedycznej w przypadku stołów Steris CmaxT 2L są mocowane pod blatem stołu za pomocą adaptera ORT 353A koniecznego do instalacji przystawki ORT 7001C oraz adaptera ORT 353C, koniecznego do instalacji przystawki ORT 8000B. Argumentował także, że sposób montażu przystawki ORT 9000B jest podobny do wyżej opisanych. Oba adaptory (lub ich odpowiedniki) stanowią dowód na to, iż montaż przystawki bezpośrednio do konstrukcji blatu jest niemożliwy. Co więcej, proponowane przez przystępującego ATU rozwiązanie nie jest szybko-złączką, gdyż wymaga dodatkowych czynności przy montażu przystawki do stołu. Ponadto oba adaptory wymagają zabezpieczenia ich montażu na szynach pod blatem stołu za pomocą śrub z uchwytem w kształcie pojedynczego skrzydła motyla.

W dalszej części odwołania odwołujący Maquet zarzucił, że żadna z przystawek ortopedycznych dostępnych w ofercie handlowej przystępującego ATU nie spełnia wymogu zamawiającego, który zażądał aby sterowanie ramionami przystawki odbywało się za pomocą dedykowanych uchwytów zwalniających poszczególne przeguby. W przystawkach ORT 7001C i ORT 8000B sterowanie ruchem ramion nie odbywa się za pomocą uchwytów, lecz jednej dźwigni na każdym z ramion zwalniającej pojedynczy przegub kulowy, na którym odbywa się ruch w górę i w dół. Natomiast przystawka ORT 9000B nie posiada regulacji za pomocą uchwytów do zwalniania poszczególnych przegubów. Posiada jedynie zaciski śrubowe, które nie są dedykowanym uchwytem.

W dalszej kolejności odwołujący Maquet podniósł, że żadna z przystawek ortopedycznych dostępnych w ofercie przystępującego ATU nie zapewnia regulacji w płaszczyźnie pionowej za pomocą śrubowego mechanizmu naciągowego. Argumentował, że w przystawce ORT 7001C ruch zespołu trakcyjnego jest sprzężony z ruchem ramienia przystawki dzięki zwolnieniu opisanego wcześniej przegubu kulowego w zakresie jedynie $\pm 15^\circ$ a więc w zakresie zbyt małym by spełnić wymóg zamawiającego. Segment trakcyjny nie zapewnia ruchu w zakresie góra-dół lecz tylko wzdłużnie. W przystawce ORT 8000B sytuacja jest b. podobna — segment trakcyjny odpowiada jedynie za ruch w osi długiej ramienia przystawki, a nie jak oczekiwał i dopuścił zamawiający w górę i w dół.

W przypadku przystawki ortopedycznej ORT 9000B zespół trakcyjny nie posiada regulacji w płaszczyźnie pionowej za pomocą mechanizmu śrubowego. W odróżnieniu od pozostałych przystawek pojawia się tu regulacja w płaszczyźnie pionowej za pomocą prostego mechanizmu zaciskowego, ale nie jest to rozwiązanie dopuszczone przez zamawiającego.

W ostatniej części odwołania odwołujący Maquet podniósł, że przystępujący ATU zaoferował stół ortopedyczny i stół neurochirurgiczny, których koła nie są schowane w obrysie podstawy i wystają poza podstawę w niektórych konfiguracjach, co było sprzeczne z pkt 34 i 130 załącznika nr 1a do SIWZ.

W związku z powyższym odwołujący Maquet wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

KIO 877/13

Odwołujący Diagnos wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 9 przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności odrzucenia oferty odwołującego, w zakresie części 9 zamówienia,
- 3) zaniechania czynności zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 9 zamówienia.

Odwołujący Diagnos zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części nr 9 przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp /lub i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanych parametrów, w zakresie jakim oferowane parametry budziły wątpliwości zamawiającego,
- 3) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że jego oferta nie podlega odrzuceniu,

- 4) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,
- 6) inne przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący Diagnos wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej,
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej,
- 4) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 6) powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców, w tym odwołującego i powtórzenie aukcji elektronicznej - jeżeli w wyniku ponownej oceny i badania ofert okaże się, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło co najmniej trzech wykonawców,
- 7) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej - jeżeli w wyniku ponownej oceny i badania ofert okaże się, że oferty niepodlegające odrzuceniu złoży mniej niż trzech wykonawców.

Odwołujący Diagnos argumentował, iż oferowany przez niego sprzęt zapewnia pomiar przewodnictwa nerwowo-mięśniowego i wykorzystuje zewnętrzne urządzenie, monitor Tof Watch SX, podłączone interfejsem do oferowanego kardiomonitora. Dane z monitora Tof Watch SX są przesyłane do kardiomonitora, wyświetlane na ekranie kardiomonitora oraz gromadzone w pamięci pomiarów (trendzie). Przyciski sterujące monitorem Tof Watch SX są umieszczone na obudowie monitora Tof Watch SX. Monitor Tof Watch SX umożliwia pomiar transmisji nerwowo-mięśniowej z wykorzystaniem stymulacji serią poczwórną TOF oraz z wykorzystaniem pojedynczej stymulacji. Współpraca monitora Tof Watch SX z oferowanymi kardiomonitorami została potwierdzona w oświadczeniu firmy Nihon Kohden załączonym do złożonej oferty. Wskazywał, że takie rozwiązanie zostało przez zamawiającego uznane za spełniające jego wymagania, przywołał w tym zakresie odpowiedź zamawiającego nr 1286 z 5 lutego 2013 r. na pytanie zadane przez jednego z wykonawców i dokonaną w ślad za tą odpowiedzią modyfikację pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ. Podniósł, że tym samym zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne i zostało ono zaoferowane przez odwołującego. Na potwierdzenie spełniania wymagań załączył do oferty na str. 111, 120, 121, 127, 136 i 137 materiały firmowe potwierdzające spełnianie przez oferowany sprzęt wymagań opisanych przez zamawiającego. Dokumenty te ponownie zostały dołączone do złożonych przez odwołującego w dniu 22 marca 2013 r. uzupełnień.

Wobec powyższego odwołujący Diagnos zarzucił, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż jej treść odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący Diagnos podniósł również, że zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty w rozstrzygnięciu z dnia 11 kwietnia 2013 r. nie wskazał uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego nie uznał zaoferowanego przez odwołującego urządzenie, nie wskazał również dlaczego nie uznał równoważności oferowanego urządzenia.

Odwołujący Diagnos zarzucił również, że skoro zamawiający nie miał pewności czy oferowane przez odwołującego urządzenie spełnia wymogi określone w pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ obowiązany był przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego do wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zaś zamawiający poprzestał jedynie na wezwaniu z dnia 20 marca 2013 r.

W ocenie odwołującego Diagnos skutkiem opisanych wyżej naruszeń było bezpodstawne odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Konsekwencją ww. uchybień było również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

W związku z powyższym odwołujący Diagnos wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 866/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ATU sp. z o.o. w Lublinie oraz Tehand sp. z o.o. w Lublinie. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 877/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu zgłosił przystąpienie wykonawca Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wskazał, że interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił należy upatrywać w tym, że uwzględnienie odwołania mogłoby spowodować powtórzenie aukcji, a jego oferta w jej wyniku została sklasyfikowana na drugim miejscu. Tymczasem przystępujący Philips sam zamierza zaskarżyć zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez innych, aniżeli odwołujący, wykonawców w ten sposób aby powtórzenie

aukcji nie było dopuszczalne, a oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą bez jej przeprowadzenia. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie obu odwołań. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Przystępujący ATU w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 866/13. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego ATU, ofertę złożoną przez odwołującego Diagnos, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego Diagnos z 20 marca 2013 r., wyjaśnienia odwołującego Diagnos z 22 marca 2013 r., zawiadomienia zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania w części 10 z 5 kwietnia 2013 r. i w części 9 z 11 kwietnia 2013 r., odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołującego Maquet w sprawie o sygn. akt KIO 866/13 Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 877/13 jego oferta została odrzucona, czego efektem było niezaprośzenie go do udziału w aukcji elektronicznej. Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i złożenie najkorzystniejszego postąpienia, a tym samym uzyskanie zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W sprawie o sygn. akt KIO 877/13 Izba, działając na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego Maquet przeciw przystąpieniu wykonawcy Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wykonawca Philips Polska sp. z o.o. wskazał w zgłoszeniu przystąpienia, że interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego należy upatrywać w tym, że uwzględnienie odwołania mogłoby spowodować powtórzenie aukcji, a jego oferta w jej wyniku została sklasyfikowana na drugim miejscu. Wywodził, że sam zamierza zaskarżyć zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez innych, aniżeli odwołujący, wykonawców w ten sposób aby powtórzenie aukcji nie było dopuszczalne, a oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą bez jej przeprowadzenia.

Odwołujący uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie nie posiada obecnie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem wniesione przez niego odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców zostało odrzucone przez Izbę postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2013 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO

907/13. Tym samym rozstrzygnięcie rozpoznawanego obecnie przez Izbę odwołania na korzyść zamawiającego tj. jego oddalenie nie spowoduje możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego, gdyż w toku aukcji elektronicznej nie złożył najkorzystniejszego postąpienia. W efekcie uwzględnienia opozycji wykonawca Philips Polska sp. z o.o. nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, w rozumieniu art. 184 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 866/13 nie zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie złożone w sprawie o sygn. akt KIO 877/13 zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

KIO 866/13

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu zaferowania przystawki ortopedycznej, której ramiona nie są mocowane za pomocą szybko-złączek pod blatem siedziska stołu bez użycia śrub, zacisków oraz nie są montowane w gniazdach stanowiących integralną część konstrukcji blatu; montaż bez użycia dodatkowych narzędzi czy śrub

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności podkreślania wymagało, że przystępujący zaferował stół Steris CmaxT 2L wraz z przystawką ortopedyczną oznaczoną symbolem ORT 9000B, a nie z przystawką oznaczoną symbolem ORT 7001C czy ORT 8000B. Wprawdzie wykonawca nie wskazał wprost w ofercie, którą z dostępnych w swojej ofercie handlowej przystawek oferuje, to jednak oczywistym było, że nie mogły to być przystawki ORT 7001C i ORT 8000B. Wymogiem zamawiającego, wynikającym z pkt 30 załącznika nr 1a do SIWZ, było to aby ramiona przystawki zostały wykonane z karbonu, zaś w dalszej części opisu wskazano na konieczność wykonania ramion z włókna węglowego. Zaś przystawki ORT 7001C i 8000B wykonane są ze stali nierdzewnej, a zatem nie mogły zostać zaferowane w postępowaniu. Stąd chybioną była argumentacja odwołującego, jakoby zaferowana przystawka była montowana za pomocą specjalnego adaptera, tj. adaptera ORT353A koniecznego do instalacji przystawki ORT 70001C czy adaptera ORT353C koniecznego do instalacji przystawki ORT 8000B. Za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała załączone do odwołania schematy adapterów znajdujące się na str. 4 odwołania dotyczące przystawek 7001C oraz 8000B, które nie zostały zaferowane przez przystępującego.

Analogicznie należało ocenić dowód ze zdjęcia znajdującego się w załączonym do odwołania katalogu (str. 20).

Odwołujący, powołując się na zdjęcia adapterów ORT 353A i ORT353C wywodził ponadto, że sposób montażu przystawki ORT 9000B jest podobny do wyżej opisanych. Argumentował, że dzieje się tak ponieważ blat i konstrukcja stołu CmaxT 2L nie pozwala na bezpośredni montaż przystawek ortopedycznych do konstrukcji czy blatu stołu. Okoliczności tej zaprzeczyli zamawiający i przystępujący. Zamawiający stwierdził, że przystawka 9000B jest montowana bezpośrednio do blatu przy pomocy szybko-złączki i nie wymaga adaptera. Dodał, że miejsce, w którym umieszczona jest szybko-złączka jest integralną częścią blatu. Jej montaż nie wymaga zatem użycia dodatkowych narzędzi oraz śrub. Z kolei przystępujący wyjaśnił, iż mocowanie oferowanej przystawki ORT 9000B do stołu odbywa się za pomocą szybko-złączki poprzez wsunięcie do (szyn) gniazd zintegrowanych z konstrukcją stołu. Dodał, że rozwiązanie to nie wymaga użycia dodatkowych śrub, ani nie wymaga użycia adaptera.

Wobec takiego stanowiska stron sporną okoliczność winien wykazać odwołujący. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne. Nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu, w oparciu o który można byłoby ustalić, że również przystawka ortopedyczna ORT 9000B montowana jest do stołu ortopedycznego w analogiczny sposób jak przystawki ORT 7001 C czy ORT 8000B, a mianowicie za pomocą adapterów o symbolach ORT 353A i ORT 353C. Powyższe musiało skutkować uznaniem zarzutu za niezasadny. Natomiast przystępujący przeprowadził dowód przeciwny w postaci oświadczenia producenta przystawki ortopedycznej - firmy Steris z 25 kwietnia 2013 r. Zgodnie z tym oświadczeniem przystawka ortopedyczna ORT 9000B nie wymaga adaptera

ORT 353A i ORT353C. Wynika z niego ponadto, że tych adapterów używa się wyłącznie z przystawkami ORT 7001C i ORT 8000B. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności temu oświadczeniu.

Skutkiem niewykazania podnoszonych przez odwołującego Maquet okoliczności faktycznych była konieczność uznania zarzutu za niezasadnego.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu zaoferowania przystawki ortopedycznej, której sterowanie ramionami nie odbywa się za pomocą dedykowanych uchwytów zwalniających poszczególne przeguby

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Odwołujący wywodził, że oferowana przez przystępującego ATU przystawka ortopedyczna ORT 9000B w ogóle nie posiada regulacji za pomocą uchwytów do zwalniania poszczególnych przegubów. Posiada jedynie zaciski śrubowe, które nie są dedykowanym uchwytem. Powołał się na zdjęcie znajdujące się na str. 6 odwołania.

Twierdzeniom tym zaprzeczył zamawiający. Argumentował, że przystawka ORT 9000B posiada dwa uchwyty zwalniające dwa przeguby jednego ramienia, każde z ramion posiada dwa przeguby zwalniane dwoma uchwytami. Twierdzeniom odwołującego Maquet zaprzeczył również przystępujący ATU. Oświadczył on, że przystawka ORT 9000B posiada uchwyty zwalniające poszczególne przeguby. Powołał się na ww. zdjęcie załączone przez odwołującego do odwołania na str. 6. Wskazując na inny fragment tego zdjęcia wywodził, że uwidoczniło na nim uchwyty zwalniające poszczególne przeguby. Ponadto złożył oświadczenie producenta przystawki Steris z 25 kwietnia 2013 r., zgodnie z którym sterowanie kątowe ramionami ORT 9000B pozwalające uzyskiwać maksymalny dostęp do najlepszej pozycji sterowane jest za pomocą dedykowanych mechanizmów wyposażonych w uchwyty zwalniające przeguby w bezpiecznej pożądaną pracę ramienia.

Izba stwierdziła, że rozmiar i jakość zdjęcia załączonego na str. 6 odwołania nie pozwalała w sposób jednoznaczny stwierdzić, czy sterowanie ramionami przystawki ORT 9000B odbywa się za pomocą dedykowanych uchwytów zwalniających poszczególne przeguby, czy też nie. Nie można również wykluczyć, że za zwalnianie poszczególnych przegubów odpowiadają mechanizmy (uchwyty) wskazywane przez przystępującego na tym samym zdjęciu. Zatem Izba uznała jedyny dowód jaki odwołujący zaoferował za niewystarczający dla wykazania podnoszonej okoliczności. Przystępujący przeprowadził natomiast dowód przeciwny w postaci oświadczenia producenta urządzenia – firmy Steris, którego wiarygodności nie miała podstaw kwestionować. Skutkiem niewykazania

podnoszonych przez odwołującego Maquet okoliczności faktycznych była konieczność uznania zarzutu za niezasadnego.

Natomiast Izba uznała za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy twierdzenia odwołującego odnośnie braku dedykowanych uchwytów zwalniających poszczególne przeguby ramion w przystawkach ORT 7001C i ORT 8000B, jak również zgłoszone na ww. okoliczność dowody w postaci zdjęć znajdujących się na str. 5 odwołania. Jak bowiem ustalono i wyjaśniono wcześniej, żadna z ww. przystawek ortopedycznych nie była przedmiotem oferty przystępującego.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu zaoferowania przystawki ortopedycznej, która nie zapewnia regulacji w płaszczyźnie pionowej za pomocą śrubowego mechanizmu naciągowego.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Odwołujący wywodził, że zastosowany w przystawce ORT 9000B zespół trakcyjny nie posiada regulacji w płaszczyźnie pionowej za pomocą mechanizmu śrubowego. Podnosił, że występuje wprawdzie regulacja w płaszczyźnie pionowej za pomocą prostego mechanizmu zaciskowego, ale nie jest to rozwiązanie dopuszczone przez zamawiającego. Powołał się na zdjęcie, znajdujące się na str. 7 odwołania.

Twierdzeniom odwołującego zaprzeczyli zamawiający i przystępujący. Zamawiający wyjaśnił, iż zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie zostało dopuszczone, albowiem nie opisał w SIWZ dodatkowych wymogów dotyczących śrubowego mechanizmu zaciskowego. Przystępujący z kolei wyjaśnił, iż segment trakcyjny zapewnia opuszczanie i unoszenie kończyny i zaopatrzony jest w śrubowy mechanizm naciągowy. Dodał, że odwołujący powołuje się na inny zacisk, jednakże jeżeli zamawiający wymagał regulacji w stopniach to nie chodziło tu o regulację góra-dół za którą odpowiada wskazywany przez odwołującego zacisk. Ponadto przeprowadził dowód przeciwny, w postaci oświadczenia producenta przystawki Steris z 25 kwietnia 2013 r., zgodnie z którym przystawka ortopedyczna ORT 9000B wyposażona jest w dwa segmenty trakcyjne, zapewniające unoszenie i opuszczanie kończyn montowane na końcach ramion karbonowych. Mechanizm sterowania kąтового ramion segmentów trakcyjnych umożliwia regulację w zakresie powyżej – 25 do + 25 stopni. Z oświadczenia wynika ponadto, że maksymalny zakres regulacji kątowej wynosi – 42 do + 42 stopni za pomocą dedykowanego mechanizmu z uchwytami zabezpieczającymi w wybranej pozycji ze śrubowym mechanizmem naciągowym.

Izba stwierdziła, że zdjęcie ze str. 7 odwołania, na które powoływał się odwołujący nie pozwala w sposób jednoznaczny odpowiedzieć na pytanie, czy wskazywany na zdjęciu element jest jedynie mechanizmem zaciskowym, czy też śrubowym mechanizmem naciągowym, a ponadto jaka jest zasada jego działania. Uniemożliwia to jakość i skala przedstawionego zdjęcia. Natomiast twierdzenie, że mechanizm jest „prosty” nie miało znaczenia z punktu widzenia wymogu opisanego w SIWZ, nie wymagano tam mechanizmu o specjalnych wymogach, a jedynie – literalnie czytając wymóg - mechanizmu wyposażonego w śrubę odpowiadającego za naciąg. Natomiast przystępujący przeprowadził dowód przeciwny w postaci oświadczenia producenta, z którego wynikało, że przystawka ORT 9000B posiada dedykowany naciągowy mechanizm śrubowy. Izba nie znalazła podstaw aby odmówić wiarygodności temu oświadczeniu. Skutkiem niewykazania podnoszonych przez odwołującego Maquet okoliczności faktycznych była konieczność uznania zarzutu za niezasadnego.

Izba uznała za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy twierdzenia odwołującego jakby segmenty trakcyjne przystawek ortopedycznych ORT 7001C i ORT 8000B nie zapewniały ruchu w zakresie góra-dół lecz tylko wzdłużnie, jak również zgłoszony na ww. okoliczność dowód w postaci schematu znajdującego się na str. 6 odwołania. Jak bowiem ustalono i wyjaśniono wcześniej, żadna z ww. przystawek ortopedycznych nie była przedmiotem oferty przystępującego ATU.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu zaoferowania stołu ortopedycznego i stołu neurochirurgicznego, którego koła nie są schowane w obrysie podstawy i wystają poza podstawę w niektórych konfiguracjach

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Zamawiający i przystępujący przyznali w trakcie rozprawy, że w momencie przesuwania obu zaoferowanych przez przystępującego stołów ich koła mogą wystawać poza obrys podstawy. Zatem Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin na komputerze - strony internetowej pod adresem <http://www.youtube.com/watch?v=GyXmgPLDnUc>, zgłoszony na okoliczność możliwości wystawiania kół poza podstawę stołu przy niektórych ustawieniach stołu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną. Jednocześnie Izba stwierdziła, że przyznanie nie budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W tej sytuacji spór pomiędzy stronami wymagał jedynie dokonania wykładni spornych postanowień SIWZ. Odwołujący wywodził bowiem, że zamawiający w SIWZ nie dopuścił możliwości zaferowania stołu ortopedycznego i neurochirurgicznego, których koła wystają poza obrys podstawy w żadnej konfiguracji, a więc i w trakcie przemieszczania stołu po zakończeniu zabiegu. Z kolei zamawiający podnosił, że słowo „konfiguracja” oznacza tryb roboczy, a więc wtedy gdy stół jest używany w trakcie zabiegu. Uważał, że nie było istotnym czy koła stołu wystają poza podstawę w trakcie przemieszczania stołu, a jedynie w trakcie zabiegu, gdzie jest to praktycznie uzasadnione. Nie zdarza się aby w trakcie zabiegu stół uległ przesunięciu, co wynika z zainstalowanego mechanizmu ich blokowania. Stanowisko zamawiającego popierał przystępujący.

Izba dokonując wykładni językowej wyrażenia „konfiguracja” wzięła pod uwagę, że słowo to w języku polskim oznacza „ustawienie parametrów potrzebnych do pracy”. Nie było zaś spornym pomiędzy stronami, że przygotowanie obu stołów do pracy zawsze będzie poprzedzone ich każdorazowym, uprzednim zablokowaniem do podłoża. Oba stoły wyposażone są zaś w specjalne, dedykowane stopki blokowane hydraulicznie, uniemożliwiające ruch stołu w trakcie zabiegu. Z tego należało wnosić, że koła stołów w trakcie pracy nie wystają poza obrys podstawy, a więc w żaden sposób nie utrudniają pracy. Takie stanowisko wyrażają użytkownicy stołu Cmax S 2L, co ustalono w oparciu o oświadczenia z 24 i 25 kwietnia 2013 r. pochodzące od Szpitala Klinicznego w Otwocku i Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie, złożone w trakcie rozprawy przez przystępującego. Co istotne, taka możliwość została dopuszczona wyraźnie przez zamawiającego, który wyraźnie zastrzegł w SIWZ, że możliwe jest zaferowanie stołu z czterema pojedynczymi kołami schowanymi w obrysie podstawy, blokowanych do podłoża za pomocą elektrohydraulicznych stopek z funkcją autokompensacji nierówności podłoża oraz z wąską podstawą (56cm szerokości) (pkt 6, 7, 130 załącznika nr 1a do SIWZ). Zatem spornych wymogów z pkt 34 i 130 in fine nie można było interpretować w oderwaniu od postanowień pkt 6, 7, i 130 in initio załącznika nr 1a do SIWZ.

W tej sytuacji za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała załączone do odwołania na str. 7 i 8 a także złożone w trakcie rozprawy przez odwołującego zdjęcia stołu CmaxS mające stanowić dowód, że koła oferowanego stołu Cmax S 2L w trakcie przesuwania wystają poza obręb podstawy.

Skutkiem niewykazania podnoszonych przez odwołującego Maquet okoliczności faktycznych była konieczność uznania zarzutu za niezasadnego.

Izba stwierdziła ponadto, że konsekwencją niepotwierdzenia się żadnego z podniesionych w odwołaniu zarzutów była konieczność uznania za niezasadnego również

zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający nie naruszył wynikającej z przywoływanego przepisu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KIO 877/13

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w dniu 5 lutego 2013 r. zamawiający w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ, o nr 1286: *Czy Zamawiający dopuści kardiomonitor wyposażony w zewnętrzny moduł zintegrowany z kardiomonitorem, z wyświetlaniem parametrów na ekranie kardiomonitora oraz zapisywaniem parametrów w postaci trendów? Rozwiązanie to jest z punktu widzenia użytkownika dużo wygodniejsze gdyż operator nie musi odwracać się od pacjenta aby dokonać pomiaru* udzielił odpowiedzi twierdzącej.

W wyniku udzielonej odpowiedzi zamawiający dokonał modyfikacji załącznika nr 1a do SIWZ. Ostatecznie brzmienie spornego punktu 46 załącznika nr 1a do SIWZ brzmiało: *miar transmisji nerwowo-mięśniowej x 1 szt. - miar dostępny w 23 monitorach z ekranem min. 15" w formie modułu:*

- z wykorzystaniem stymulacji serią poczwórnej TOF
- z wykorzystaniem pojedynczej stymulacji

Obsługa i sterowanie modułem transmisji nerwowo-mięśniowej bezpośrednio z ekranu oferowanego monitora (nie dopuszcza się urządzeń zewnętrznych) lub rozwiązanie równoważne zgodnie z odpowiedzią nr 1286 przy zachowaniu pozostałych wymogów wcześniejszego brzmienia punktów.

Jednocześnie zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą *Materiały firmowe – np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry (6.3.1.1. SIWZ).*

W trakcie postępowania w dniu 5 lutego 2013 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 364 dot. pkt. 6.3.1.1. SIWZ o treści:

Zamawiający wymaga dostarczenia materiałów firmowych – „np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry”. Czy Zamawiający dopuści potwierdzenie niektórych parametrów, które nie są ujęte w dostępnych materiałach firmowych, oświadczeniem wykonawcy udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Odwołujący Diagnos zaoferował kardiomonitor umożliwiający pomiar przewodnictwa nerwowo-mięśniowego z wykorzystaniem zewnętrznego urządzenia, monitora Tof Watch SX, podłączonego interfejsem do oferowanego kardiomonitora. Dane z monitora Tof Watch SX są przesyłane do kardiomonitora, wyświetlane na ekranie kardiomonitora oraz gromadzone w pamięci pomiarów (trendzie). Przyciski sterujące monitorem Tof Watch SX są umieszczone na obudowie monitora Tof Watch SX. Monitor Tof Watch SX umożliwia pomiar transmisji nerwowo-mięśniowej z wykorzystaniem stymulacji serią poczwórną TOF oraz z wykorzystaniem pojedynczej stymulacji. Kardiomonitor nie posiada funkcji sterowania urządzeniem Tof Watch z monitora kardiomonitora.

Celem potwierdzenia wymagań zamawiającego z pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ złożył materiały firmowe na str. 111, 120,121,127, 136 i 137.

W dniu 20 marca 2013 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego Diagnos do uzupełnienia materiałów firmowych potwierdzających posiadanie przez oferowany sprzęt możliwości sterowania modułem NMT z poziomu kardiomonitora.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący Diagnos przywołał odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 1286 z 5 lutego 2013 r. i wskazał, że zaoferował rozwiązanie dopuszczone w tej odpowiedzi. Dodał, że potwierdzenie parametrów znajduje się w materiałach firmowych znajdujących się na str. 111, 120, 121, 127, 136 i 137 oferty. Ponownie załączył ww. materiały firmowe.

W dniu 11 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego, że złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że uzupełnione na wezwanie zamawiającego materiały firmowe nie zawierają potwierdzenia, że zaoferowany w części 9 sprzęt spełnia wymagania zamawiającego, tj. posiada możliwość sterowania modułem NMT z poziomu kardiomonitora.

Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami.

Rozstrzygnięcie sporu pomiędzy stronami wymagało dokonania wykładni przywołanych postanowień pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ i odpowiedzi zamawiającego o nr 1286 z 5 lutego 2013 r. Izba stwierdziła, że zgodnie z podstawowymi zasadami logiki alternatywa dwóch zdań jest prawdziwa, jeśli co najmniej jedno z nich jest prawdziwe; natomiast alternatywa jest wtedy fałszywa, gdy oba zdania są fałszywe. Ponieważ w pkt 46 załącznika nr 1a zamawiający posłużył się alternatywą, to spełnienie przez wykonawcę wymogu z pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ nastąpiło wtedy, gdy spełniony był co najmniej jeden z elementów alternatywy:

- a) obsługa i sterowanie modulem transmisji nerwowo-mięśniowej bezpośrednio z ekranu oferowanego monitora (nie dopuszcza się urządzeń zewnętrznych),
- b) rozwiązanie równoważne zgodnie z odpowiedzią nr 1286 przy zachowaniu pozostałych wymogów wcześniejszego brzmienia punktów.

Zatem uwzględniając treść odpowiedzi nr 1286, w przypadku rozwiązania „b”, wymóg należało odczytywać w ten sposób, iż należało zaoferować kardiomonitor *wyposażony w zewnętrzny moduł zintegrowany z kardiomonitorem, z wyświetlaniem parametrów na ekranie kardiomonitora oraz zapisywaniem parametrów w postaci trendów, przy zachowaniu pozostałych wymogów wcześniejszego brzmienia punktów.* W ocenie Izby, z uwagi na użyty przez zamawiającego funkcję alternatywy, w przypadku rozwiązania „b” nie było podstaw do domagania się od wykonawcy, aby obsługa i sterowanie modulem transmisji nerwowo-mięśniowej odbywało się bezpośrednio z ekranu oferowanego monitora, który to wymóg dotyczył rozwiązania „a”, a nie „b”.

Ww. wykładni nie zmieniało dodane przez zamawiającego, w zakresie rozwiązania „b” sformułowanie „przy zachowaniu pozostałych wymogów wcześniejszego brzmienia punktów”. Jak słusznie podnosił odwołujący wyrażenie to można było interpretować jako konieczność spełnienia pozostałych wymogów dot. kardiomonitorów wymienionych w innych punktach załącznika nr 1a do SIWZ. Sformułowanie to dotyczyło również innego wymogu z pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ tj. konieczności zapewnienia *pomiaru transmisji nerwowo-mięśniowej x 1 szt. - pomiar dostępny w 23 monitorach z ekranem min. 15” w formie modułu:*

- z wykorzystaniem stymulacji serią poczwórnej TOF

- z wykorzystaniem pojedynczej stymulacji

gdyż tych wymogów nie dotyczyła alternatywa.

Jednakże z pewnością wyrażenie to nie stanowiło podstaw do domagania się od wykonawcy oferujące rozwiązanie „b” alternatywnie opisanego wymogu dotyczącego rozwiązania „a”.

Biorąc powyższe pod uwagę, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezuzupełnienia materiałów firmowych, które potwierdzałyby iż oferowany kardiomonitor posiada możliwość sterowania modulem NMT z poziomu kardiomonitora. Jak wynikało z pkt 6.3.1.1. SIWZ wykonawcy mieli obowiązek złożyć *materiały firmowe – np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.*

W przypadku rozwiązania alternatywnego, o którym mowa w pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ, oferowane urządzenie nie musiało zapewniać możliwości sterowania modulem

NMT z poziomu kardiomonitora. Zatem żądanie złożenia materiałów firmowych, które potwierdzałyby tę opcję nie znajdowało oparcia w treści pkt 6.3.1.1. SIWZ. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które polegało na niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo iż nie była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w rozstrzygnięciu zamawiającego. W konsekwencji zamawiający naruszył również przepis art. 91b ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że jego oferta nie podlega odrzuceniu. Skutkiem ww. uchyleń było również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 9 zamówienia, unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie części 9 zamówienia, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 9 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 9 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 9 zamówienia, z uwzględnieniem że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z przyczyn podanych w rozstrzygnięciu zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2013 r.

Chybionym okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Skoro zamawiający, choćby błędnie interpretując sporządzoną przez siebie SIWZ, nie miał wątpliwości, że oferowane przez odwołującego urządzenie nie spełnia wymogów określonych w pkt 46 załącznika nr 1a do SIWZ, to nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty czy też wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zobowiązany jest zawiadomić wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne*. Zamawiający wyraźnie uzasadnił, że powodem odrzucenia oferty jest to, iż uzupełnione na wezwanie zamawiającego materiały firmowe nie zawierają potwierdzenia, że zaoferowany w części 9 sprzęt spełnia wymagania zamawiającego, tj. posiada możliwość sterowania modułem NMT z poziomu kardiomonitora.

Zatem zamawiający podał odwołującemu dostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne, które pozwoliło wykonawcy na ocenę, jakie okoliczności leżały u podstaw rozstrzygnięcia zamawiającego, co umożliwiło wykonawcy wniesienie odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 877/13. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Natomiast nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp w sprawie o sygn. akt KIO 866/13. W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 866/13 Izba uwzględniła koszty zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w wysokości 880,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

W sprawie o sygn. akt KIO 877/13 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: