

Sygn. akt: KIO 1475/21

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 czerwca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 roku przez wykonawcę **Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulejówku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Pomorski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Getinge Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Promed Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Szpitalom Pomorskim Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **Getinge Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, odrzucenie oferty **Promed Spółka Akcyjna w Warszawie** oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert pozostałych w postępowaniu,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Pomorski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulejówku** tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Szpital Pomorski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni** na rzecz wykonawcy **Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulejówku** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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

Zamawiający – Szpitale Pomorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Zakup stołów operacyjnych, łóżek transportowych oraz łóżek anestezyjologicznych na Blok Operacyjny w lokalizacji Szpitala Św. Wincentego a'Paulo w Gdyni w ramach programu: Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych.*

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 maja 2021 roku wykonawca KLAROMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sulejówku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego oraz zaniechań tego ostatniego, mających miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. wobec wyboru w ramach Zadania nr 1 (ortopedyczny stół operacyjny) jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Getinge Spółka z o.o. (dalej: „Getinge”) na skutek wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Promed S.A. (dalej: „Promed”) - jako ofert niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p. :

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. przez wybór oferty wykonawcy Getinge, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wykluczenia go z postępowania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Getinge oraz wykonawcy Promed pomimo że ich treść nie odpowiada treści s.i.w.z.;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. odnoszący się do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Getinge, które przedstawił informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - a odnoszące się do właściwości zaoferowanego ortopedycznego stołu operacyjnego;

4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. polegający na przyznaniu wykonawcy Getinge dodatkowych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, mimo faktu, iż wykonawca ten zadeklarował spełnienie wymagań, które nie są spełnione przez zaoferowane przez niego urządzenie.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty wykonawcy Getinge);
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Getinge oraz Promed jako niezgodnych z treścią s.i.w.z.;
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Getinge, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;
6. przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie;
7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, jak również kosztów reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Odwołujący podniósł, że doszło do spełnienia przesłanek ujętych w treści art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert, zaś gdyby nie doszło do zaniechania przez zamawiającego czynności wskazanych w niniejszym odwołaniu (zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Getinge oraz odrzucenia oferty wykonawcy Promed), to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym przed Krajową Izbą Odwoławczą na posiedzeniu w dniu 23 czerwca 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy: Getinge Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Promed Spółka Akcyjna w Warszawie. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie należało uwzględnić, chociaż nie wszystkie argumenty stanowiące podstawę zarzutów Izba uznała za uzasadnione.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) - dalej: nP.z.p.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z rozdz. III s.i.w.z. pkt 1 przedmiotem zamówienia jest:

1.1 Zakup sprzętu i wyposażenia medycznego w ramach rozbudowy, przebudowy i doposażenia Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych o parametrach zgodnych z załącznikiem nr 4 do s.i.w.z.: Zadanie nr 1 – a) stoły operacyjne ortopedyczne – 4 szt. (...)

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie wyposażenia określa załącznik nr 4 do s.i.w.z. Zestawienie parametrów wymaganych oraz załącznik nr 6 do s.i.w.z. Projekt Umowy.

Zgodni z rozdz. XVII s.i.w.z., kryteriami oceny ofert są:

1. cena brutto – 80%
2. parametry oceniane – 20%.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ustawy n.P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zamawiający w zał. nr 4 do s.i.w.z. opisał parametry zamawianych stołów operacyjnych.

Odnosząc się do stanowisk przystępujących, jakoby zamawiający nie wymagał w s.i.w.z., by parametry były spełniane łącznie, Izba wskazuje, że tego rodzaju stanowisko należy uznać za nieuprawnione. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że wskazane w załączniku nr 4 parametry, jako odnoszące się do jednego urządzenia, tj. stołu operacyjnego, muszą być spełnione w każdej konfiguracji tego stołu, dla której został wskazany dany parametr. Zamawiający nie miał obowiązku podkreślenia, że parametry muszą być spełnione łącznie, ponieważ taka konstatacja jest oczywista. Odmienny pogląd należy uznać za sprzeczny z zasadami opisu przedmiotu zamówienia, wskazanymi w art. 29 i nast. ustawy P.z.p., a także zasadami logiki życiowej i doświadczenia życiowego. Stanowisko, iż wystarczy, by urządzenie spełniało wszystkie parametry osobno, zaś łącznie już nie, stanowi nadużycie ze strony wykonawców, mające na celu wyłącznie otrzymanie korzystniejszej oceny w ramach przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poszczególnych parametrów, Izba wskazuje, co następuje:

Dot. oferty przystępującego Getinge:

W opisie parametru nr 1 zamawiający wskazał:

- 1) Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia lub przemieszczania blatu **albo**
- 2) Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia z możliwością wykorzystania funkcji przesuwu wzdłużnego blatu.

W parametrze nr 1 Getinge wskazał, że oferuje rozwiązanie nr 1, które było premiowane 10 punktami. Wykonawca Getinge zaoferował model MEERA 7200.01 B0, który posiada przesuw wzdłużny blatu, polegający na przemieszczeniu blatu. Odwołujący podniósł, że model ten nie ma możliwości zapewnienia dostępu RTG od stóp do klatki piersiowej pacjenta, bez konieczności wykorzystania przesuwu wzdłużnego. W ocenie odwołującego przystępujący Getinge wprowadził zamawiającego w błąd co do treści swojej oferty. Uczynił to świadomie, gdyż gdyby zaoferował model MERRA ST 7100.01xx właściwy dla premiowanego rozwiązania nr 1, to nie uzyskałby premiowanych 20 punktów za spełnienie pkt 11 zał. nr 4.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadził dowód z karty katalogowej MEERA 7200.01B0 i stwierdziła, że – istotnie – stół ten posiada przesuw wzdłużny blatu, niemniej jednak wymagany przez zamawiającego warunek dotyczący zapewnienia dostępu aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej jest możliwy bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia czy też użycia funkcji przesuwu wzdłużnego.

Zamawiający w zał. Nr 4 do s.i.w.z. w pkt 3 - parametry techniczne stołu ortopedycznego wskazał, że: *Podstawa stołu monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, wykonana ze stali nierdzewnej.* W ofercie wykonawca Getinge potwierdził spełnienie tego parametru przez wpisanie słowa „TAK”.

Zamawiający w piśmie z dnia 29.01.2021 r. w odpowiedzi na pyt. Nr 54 odnoszące się do dopuszczenia rozwiązania aby podstawa składała się z 2 części, w tym górna część była wykonana ze stali nierdzewnej, zaś dolna była lakierowana proszkowo podtrzymał pierwotny zapis zawierający wymóg (ujęty jako parametr nr 3) aby cała *Podstawa stołu monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, wykonana ze stali nierdzewnej.*

Odwołujący podniósł, że analiza dokumentacji fotograficznej podstawy stołu model MEERA 7200.01BO wskazuje, że podstawa posiada zagłębienie na całym swoim obwodzie gdzie zbiera się brud - przez to nie jest łatwa do czyszczenia i dezynfekcji. Stawia to w wątpliwość deklarację co do jej monolityczności bo dokumentacja ta wskazuje, że jest wykonana z dwóch elementów. Dodatkowo górna część jest ze stali nierdzewnej, natomiast dolna jest lakierowana proszkowo, co zostało niedopuszczone przez zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z karty katalogowej MEERA 7200.01B0 i stwierdziła, że podstawa stołu wykonana jest ze stali CrNi, monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, co spełnia wymóg wskazany w s.i.w.z. Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska, iż zamawiający – udzielając odpowiedzi na pytanie 54 nie odnosił się do konstrukcji ani materiału tworzącego podstawę, lecz podtrzymał wymóg dotyczący monolityczności i braku czynników umożliwiających gromadzenie się zanieczyszczeń. Jednocześnie Izba wskazuje, że słownik języka polskiego PWN (sjp.pwn.pl) definiuje określenie „monolityczny” nie tylko jako „utworzony z jednego bloku”, ale także jako „coś, co stanowi jednolitą, zwartą i spójną całość”. W ocenie Izby warunek ten jest spełniony również w sytuacji, gdy podstawa jest wykonana z dwóch elementów tak ze sobą połączonych, że tworzą one jednolitą całość, bez zagłębień.

Parametr 10 określał wychylenie blatu poza kolumną stołu w daną stronę minimum 1500 mm - blat stołu w układzie kolumna - podstawa w kształcie leżącej litery U lub podstawa w kształcie litery H. Przystępujący Getinge w złożonej ofercie potwierdził spełnianie tego parametru, wskazując jednocześnie „bez wykorzystania przesuwni wzdłużnego”.

Odwołujący podniósł, że w modelu MERRA 7200.01B0 nie jest możliwe wychylenie blatu poza kolumnę w daną stronę min. 1500 mm bez konieczności przesuwu wzdłużnego. Potwierdza to publicznie dostępna Instrukcja obsługi dla tego stołu. Odwołujący stwierdził, że w stole Meera jest możliwe osiągnięcie wychylenia blatu poza kolumnę stołu w daną stronę 1500 mm bez wykorzystania przesuwu wzdłużnego, ale tylko przy ograniczonej nośności do 155 kg, co powoduje, że wyrób ten nie spełnia zadeklarowanej przez wykonawcę w pkt 27 nośności na poziomie minimum 250 kg. W ocenie odwołującego, przystępujący Getinge wprowadził zamawiającego w błąd co do oferowanego stołu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji techniczno-ruchowej Maquet MEERA 7200 oraz ulotki dot. serii Maquet Meera i stwierdziła, że udźwig maksymalny stołu, niezależnie od pozycji ułożenia pacjenta czy ustawień stołu operacyjnego, to 250 kg. Wychylenie blatu poza kolumnę to 1500 mm.

W zakresie parametru nr 11, zamawiający w załączniku nr 4 do s.i.w.z. wymagał: Dostępność ramienia „C” aparatu RTG - przezierność stołu do prześwietlania całego ciała pacjenta bez konieczności zmiany jego położenia na stole minimum na długości 1500 mm. Wykonawca Getinge zaoferował ten parametr na poziomie 1605 mm (a więc osiągając parametr ≥ 1590 mm uzyskał dodatkowe 20 pkt).

Odwołujący podniósł, że wykonawca Getinge w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu wskazał, że ma przesuw blatu, czyli sam udowodnił nieprawdziwość z pkt 1, gdzie wskazał, że nie ma przemieszczania blatu. Jeżeli ma przemieszczanie to zmienia położenie pacjenta na stole i nie spełnia tego warunku. W tym wypadku również zachodzi sprzeczność pomiędzy deklaracjami tego wykonawcy odnośnie poszczególnych parametrów, gdyż możliwość osiągnięcia poszczególnych jest silnie uzależniona od pozostałych. Tak jak w adnotacji do parametru nr 10 nie ma możliwości, aby urządzenie oferowane przez wykonawcę Getinge uzyskało przezierność stołu 1605 mm przy zachowaniu nośności 250 kg. Wymaganą przezierność, mogą osiągnąć tylko przy ograniczonej nośności do 155 kg - o czym świadczy Instrukcja obsługi stołu MEERA 7200.01 str. 110 i 111.

Izba ustaliła, że na pytanie 57 o treści:

W związku z zapisami załącznika nr 4 do SIWZ, po modyfikacjach z dnia 05.01.2021r. prosimy o doprecyzowanie dot. pkt. 11 parametrów technicznych. Czy Zamawiający wymaga, aby w celu spełnienia wymogów z pkt. 11 stół nie musiał realizować przesuwu wzdłużnego blatu?

zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Tak, Zamawiający nie wymaga, Zamawiający dokonał modyfikacji parametru w poz. Nr 1 w ramach odpowiedzi na odwołanie.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z karty katalogowej MEERA 7200.01B0 i stwierdziła, że zaoferowany stół posiada następujące parametry:

Konstrukcja stołu, długość blatu i jego wychylenie poza asymetrycznie usytuowaną kolumnę stołu umożliwiająca bardzo dobry dostęp aparatu RTG. Zapewniająca dostęp ramienia C od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia czy też użycia funkcji przesuwu wzdłużnego

- w zakresie 1500 mm – licząc (w linii poziomej) od powierzchni największego stalowego elementu kolumny stołu do brzegu blatu od strony głowy – bez wykorzystania funkcji przesuwu wzdłużnego

- w zakresie 1605 mm – licząc (w linii poziomej) od powierzchni największego stalowego elementu kolumny stołu do brzegu blatu od strony głowy – z wykorzystaniem funkcji przesuwu wzdłużnego.

Z powyższego wynika, że użytkownik stołu, aby osiągnąć zadeklarowany przez przystępującego Getinge parametr przezierności stołu do prześwietlania całego ciała pacjenta bez konieczności zmiany jego położenia na stole o długości 1605 mm, musi korzystać z funkcji przesuwu wzdłużnego. Bez wykorzystania tej funkcji parametr jest spełniony dla długości 1500 mm.

Konieczność zastosowania funkcji przesuwu wzdłużnego dla osiągnięcia parametru 1605 mm jest sprzeczna z deklaracją przystępującego Getinge dotyczącą parametru 1, gdzie przystępujący Getinge oświadczył, że oferuje stół zapewniający dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia lub przemieszczania blatu. Izba wskazuje, że przystępujący nie może zmieniać dowolnie parametrów w taki sposób, który jest dla niego najkorzystniejszy pod względem oceny ofert i dokonywanej punktacji. Skoro zadeklarował stół, w którym dostęp aparatu RTG do pacjenta jest możliwy bez użycia funkcji przesuwu wzdłużnego o długości 1500 mm, to nie jest

uprawniony do potwierdzania posiadania parametru długości 1605 mm, dla której osiągnięcia użycie tej funkcji jest już wymagane. Stół zaoferowany przez przystępującego spełnia parametr przezierności bez użycia funkcji przesuwu wzdłużnego na długości 1500 mm.

Przystępujący Getinge zatem w sposób nieuprawniony potwierdził spełnianie parametru w zakresie długości 1605 mm. Dzięki temu otrzymał dodatkowe punkty. Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał od wykonawców dołączania kart katalogowych, lecz opierał się wyłącznie na oświadczeniach wykonawców. Nie mógł zatem zweryfikować danych wskazanych przez przystępującego Getinge. W ocenie Izby przystępujący Getinge przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, wypełniające przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Nie ulega również wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały wpływ na ilość przyznanych przez zamawiającego punktów w kryteriach oceny ofert, zatem decydowały o możliwości uzyskania zamówienia.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Getinge należy uznać za zasadny.

W parametrze nr 13 zamawiający wymagał, by długość x szerokość blatu (bez szyn bocznych) wynosiła: min. 1950 x 500 mm, max. 2355 x 550 mm. Getinge wskazał oferowane parametry: 2353 mm x 540 mm.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją katalogową (strona nr 10 katalogu Merra) podstawowa długość stołu modelu MERRA 7200.01 B0 wynosi 2040 mm. Zatem, jeżeli Getinge wskazał długość 2353 mm to oznacza to, iż musiał zastosować dodatkowy segment, aby wydłużyć stół. A tym samym, powinien w parametrze nr 12 wskazać, że oferuje stół 5-segmentowy.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowody z instrukcji użycia mobilnego stołu operacyjnego MEERA 7200.01XX, instrukcji użycia podglówka 1160.53XC, instrukcji użycia pary podnóżków 1118.60B0/F0, instrukcji użycia przedłużenia siedziska 1160.55XV oraz zestawu szyn TUR 1160.56A0 i stwierdziła, że elementy te po połączeniu mają zadeklarowaną przez przystępującego Getinge długość (odpowiednio: 860 mm, 410 mm, 750 mm, 333 mm). Są to 4 segmenty, zatem ich ilość odpowiada ilości zadeklarowanej w ofercie.

W odniesieniu do tego parametru 14 zamawiający żądał: *Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania)*. Wykonawca Getinge w złożonej ofercie potwierdził spełnienie tego parametru wpisując słowo „TAK”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ostatecznymi wymaganiami w pkt. 14 zał. nr 4 zamawiający wymagał podwójnego tj. podstawowego i awaryjnego, elektrohydraulicznego systemu przemieszczania blatu stołu. Doprecyzowaniem tego wymogu jest postawienie warunku, że mają być to dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania. Cały czas jest jednak mowa o wymogu posiadania dwóch niezależnych układów elektrohydraulicznych. Układ elektrohydrauliczny, jak sama nazwa wskazuje, składa się z układu elektrycznego i układu hydraulicznego. W odwołaniu z dnia 27.01.2021 r. w pkt 11.14 Getinge wskazało, że nie posiada dwóch niezależnych układów hydraulicznych. Jednocześnie samo potwierdziło, że takie rozwiązanie posiadają tylko stoły firmy Schaefer.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi z dnia 29.01.2021 r. zamawiający zmodyfikował odpowiedź na pytanie 58 wskazując, że: „Zamawiający rozumie przez to każde rozwiązanie technologiczne, które spełni wymogi opisane w punkcie 14.”

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji techniczno-ruchowej stołu operacyjnego Maquet Meera 7200 oraz karty katalogowej Meera 7200.01.B0 i stwierdziła, że stół posiada dwa niezależne układy

przemieszczania blatu stołu sterowane przy pomocy pilota (podstawowy elektrohydrauliczny układ sterująco-zasilający) oraz za pomocą awaryjnego panelu sterowania na kolumnie stołu (awaryjny elektrohydrauliczny układ sterująco-zasilający). W związku z tym, że zamawiający dopuścił każde rozwiązanie spełniające wymóg wskazany w pkt. 14, Izba uznała, że przystępujący Getinge spełnia wskazany wymóg.

W parametrze 26 zamawiający postawił następujący wymóg: *Mechanizmy mocujące sekcje pod głowę i nogi proste w obsłudze i ergonomiczne (nie dopuszcza się mechanizmów w postaci śrub lub pokręteł blokujących)*. Przystępujący Getinge potwierdził spełnienie tego parametru wpisując słowo „TAK” za co otrzymał dodatkowe 10 pkt w ramach kryteriów pozacenowych.

Jednakże mechanizm mocowania sekcji pod głowę w zaoferowanym przez wykonawcę Getinge urządzeniu posiada pokrętła niezależnie od tego jaki segment pośredni (górnej części pleców) zostanie zastosowany w konfiguracji blatu przez Getinge.

Odwołujący podniósł, że mechanizm mocowania sekcji pod głowę w zaoferowanym przez wykonawcę Getinge urządzeniu posiada pokrętła niezależnie od tego jaki segment pośredni (górnej części pleców) zostanie zastosowany w konfiguracji blatu przez Getinge.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z instrukcji użycia podglówka 1160.53XC i stwierdziła, że umocowanie podglówka polega na zastosowaniu czopów mocujących, nie zaś na pokrętkach.

W zakresie zarzutu dotyczącego parametru nr 27 w zw. z parametrem nr 11, Izba stwierdziła, że zgodnie z tym parametrem, dopuszczalne obciążenie stołu wynosi min. 220 kg. (dosł. parametr 27: Dopuszczalne obciążenie stołu min. 220 kg (niezależnie od pozycji ułożenia pacjenta na blacie stołu)). Wykonawca Getinge wskazał w złożonej ofercie dopuszczalne obciążenie stołu 250 kg.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją podaną w instrukcji obsługi podstawowe obciążenie stołu w modelu MERRA 7200.01B0 wynosi 155 kg, wówczas stół osiąga największe okno przezierności RTG i ma najmniej ograniczeń w odwracaniu pozycji, podnoszeniu czy przesuwie blatu. Wprawdzie, możliwe jest aby stół ten udźwignął również cięższego pacjenta, ale wówczas należy zastosować krótsze płyty nożne i plecowe, lecz w konsekwencji stół nie spełni wymaganego minimalnego parametru okna przezierności, określonego w poz. 11, tj. min. 1500 mm.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji techniczno-ruchowej Maquet MEERA 7200 oraz ulotki dot. serii Maquet Meera, instrukcji użycia mobilnego stołu operacyjnego MEERA 7200.01XX i stwierdziła, że udźwig

stołu, niezależnie od pozycji ułożenia pacjenta czy ustawień stołu operacyjnego, to 250 kg. Ograniczenia w pełnym zastosowaniu łóżka dotyczą obciążenia całkowitego 250-454 kg.

Dot. oferty przystępującego PROMED:

Przystępujący PROMED zaoferował w ramach postępowania urządzenie HyBase 8300. W pkt 3 wymagań (parametr 3) zostało wskazane, że: Podstawa stołu monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, wykonana ze stali nierdzewnej. Taki też parametr został potwierdzony w ofercie PROMED.

Odwołujący zarzucił, że podstawa stołu zaoferowanego przez przystępującego PROMED nie jest gładka i ma zagłębienia, a tym samym posiada (wbrew wymaganiom zamawiającego) elementy sprzyjające gromadzeniu się zanieczyszczeń i tym samym nie jest łatwa do czyszczenia i dezynfekcji. Podstawa stołu nie jest również monolityczna - zbudowana jest, co najmniej z dwóch elementów i ma zagłębienia, co sprzyja gromadzeniu się zanieczyszczeń, nie jest łatwa do czyszczenia i dezynfekcji.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z karty katalogowej stołu operacyjnego HyBase 8300/8500 oraz zdjęcia podstawy tego stołu i stwierdziła, że podstawa posiada elementy sprzyjające gromadzeniu się zanieczyszczeń. Kształt podstawy wraz z usadowioną na niej kolumną tworzą szczeliny, których czyszczenie może być utrudnione. Jednocześnie Izba nie stwierdziła braku monolityczności w budowie podstawy pomimo łączenia pomiędzy dwiema częściami podstawy. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu analogicznego zarzutu podniesionego wobec oferty przystępującego Getinge.

W wymaganiach dot. parametru nr 4 zamawiający żądał aby:

- 1) Kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej (bez dodatkowych osłon mieszkowych wykonanych z gumy lub tworzywa sztucznego), odporna na wnikanie płynów albo
- 2) Kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej bez gumowych lub gumo podobnych elementów harmonijkowych osłaniających całą kolumnę stołu ze względów aseptycznych, wyjątek może stanowić mała osłona siłownika. Dodatkowo kolumna zabezpieczona przed zalaniem i wnikaniem płynów obudową z tworzywa sztucznego w górnej części kolumny

Wykonawca PROMED zadeklarował, że: *Kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej bez gumowych lub gumo podobnych elementów harmonijkowych osłaniających*

całą kolumnę stołu ze względów aseptycznych, wyjątek stanowi mała osłona siłownika. Dodatkowo kolumna zabezpieczona przed zalaniem i wnikaniem płynów obudową z tworzywa sztucznego w górnej części kolumny.

Odwołujący podniósł, że kolumna jest osłonięta gumową harmonijkową osłoną wbrew wyraźnym zakazom wynikającym z wymagań s.i.w.z.. Na każdym zdjęciu w folderze, czy rysunku w instrukcji obsługi widać, że kolumna ma gumowy lub gumo podobny element harmonijkowy i nie jest to mała osłona siłownika. Stąd oferta PROMED z tego powodu również nie spełnia wymagań zamawiającego i powinna zostać odrzucona.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowody z karty katalogowej stołu operacyjnego oraz instrukcji operatora i stwierdziła, że kolumna stołu posiada gumowy lub gumopodobny element harmonijkowy. Element ten nie osłania całej kolumny, stanowi jedynie jej część. Odwołujący nie wykazał, że element ten nie stanowi osłony siłownika. Izba podziela przy tym stanowisko przystępującego PROMED, że określenie „mała” nie jest precyzyjne, stąd też nie można określić, czy część ta jest mała czy też nie.

Odwołujący podniósł, że obaj wykonawcy pożądaną przezierność osiągają przez przesuw stołu, lecz wówczas według danych producentów obu stołów przy przesuwie stoły mają mniejsze obciążenie. Tak jest również w przypadku stołu HyBase 8300 zaoferowanego przez PROMED.

Zamawiający określił parametr 10 jako: Wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę minimum 1500 mm - blat stołu w układzie kolumna - podstawa w kształcie leżącej litery U lub podstawa w kształcie litery H.

Przystępujący PROMED w swojej ofercie wskazał: Wychylenie blatu poza kolumnę stołu w daną stronę 1505 mm - blat stołu w układzie kolumna - podstawa w kształcie litery H.

Zamawiający określił parametr 11 jako: Dostępność ramienia „C” aparatu RTG - przezierność stołu do prześwietlania całego ciała pacjenta bez konieczności zmiany jego położenia na stole minimum na długości 1500 mm. Wymóg ten stanowił jednocześnie element kryterium oceny ofert: >1590 mm - 20 pkt, >1550 mm -10 pkt, >1500 mm -0 pkt

Przystępujący PROMED w swojej ofercie wskazał: Dostępność ramienia „C” aparatu RTG - przezierność stołu do prześwietlania całego ciała pacjenta bez konieczności zmiany jego położenia na stole na długości 1505 mm.

Odwołujący podniósł, że w zakresie powiązania funkcjonalnego obu wymogów zadeklarowanie przez wykonawcę Promed przezierności na poziomie 1505 mm powoduje,

że nie zostaje spełniony inny parametr w postaci maksymalnego obciążenia stołu. Dodatkowo powyższe wykonawca ten uzyskuje wbrew wyraźnym zastrzeżeniom ujętym w treści instrukcji obsługi stołu. Znajduje się tam informacja o najdłuższym możliwym wychyleniu blatu (wielkość 1180 mm) poza kolumnę przy konfiguracji blatu zaproponowanej w ofercie PROMED w pkt 12. Ponadto występuje tutaj ograniczenie wysokości blatu stołu do 940 mm w pozycji reverse (zgodnie z instrukcją) i jak wyżej zostało wskazane ograniczenie maksymalnej wagi pacjenta do 135 kg. Przy powiązaniu tych parametrów urządzenie nie spełnia nośności 220 kg z pkt 27. Wynika to z zależności pomiędzy długościami segmentów stołu a maksymalnym dopuszczalnym obciążeniem. Instrukcja obsługi str. 3-1 i 3-2 : spełniona nośność (460 kg) - brak spełnienia przezierności blatu gdyż występ jest max 680 mm i jest brak możliwości przesuwu blatu. Dodatkowo brak możliwości pozycji reverse. Brak spełnienia wymogu pkt 20 zał. 4 w zakresie regulacji wysokości blatu. Ograniczenie wysokości do 940 mm. Instrukcja obsługi str. 3-4: spełniona nośność (230 kg), spełniona przezierności blatu. Brak spełnienia wymogu pkt 20 zał. 4 w zakresie regulacji wysokości blatu. Ograniczenie wysokości do 940 mm; Instrukcja obsługi str. 3-9: brak spełnienia nośności (tylko do 135 kg) - spełniona przezierność blatu. Brak spełnienia wymogu pkt 20 zał. 4 w zakresie regulacji wysokości blatu. Ograniczenie wysokości do 940 mm; Podobnie jak w przypadku oferty wykonawcy Getinge w przypadku oferty PROMED skorelowanie wszystkich zadeklarowanych parametrów i powiązanie ich z ograniczeniami wynikającymi dla poszczególnych konfiguracji ujętymi w instrukcji obsługi stołu HyBase 8300, zaoferowanego przez PROMED, powodują brak możliwości zapewnienia dostępu aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej z pkt 1 oferty. A zatem wykonawca ten zadeklarował spełnienie poszczególnych parametrów pomimo tego, że osiągnięcie pojedynczych poziomów zgodności wyklucza, zgodnie z danymi producenta stołu, spełnienie innych powiązanych z nimi parametrów.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba przeprowadziła dowody z instrukcji stołu HyBase 8300 i stwierdziła, że dowody te potwierdzają wskazywane przez odwołującego parametry w kontekście braku spełniania wymogów s.i.w.z. Nie bez znaczenia jest fakt, że zamawiający w toku rozprawy przyznał słuszność stanowisku odwołującego w tym zakresie. Z kolei przystępujący PROMED w piśmie procesowym z dnia 22 czerwca 2021 roku przyznał, że wymagane w s.i.w.z. parametry są możliwe do osiągnięcia jedynie w sytuacji, gdy stół operacyjny jest zablokowany.

W opisie parametru nr 14 zamawiający wymagał, aby stół posiadał *Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania).*

Przystępujący Promed w ofercie zadeklarował, iż posiada: *Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania).*

Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie posiada podwójnego systemu elektrohydraulicznego przemieszczania blatu, gdyż jedynie stoły Scheaerer posiadają dwa niezależne układy pomp. Analogicznie jak wykonawca Getinge posiada tylko pilota i awaryjny system sterowania zlokalizowany na kolumnie. Pilot i panel sterowania to systemy sterujące, a nie zasilające.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z instrukcji operatora HyBase 8300/HyBase 8500 i stwierdziła, że stół operacyjny ma konfigurację obejmującą dwa niezależne systemy zasilania: Zasilanie sieciowe i akumulator zewnętrzny. Ponadto posiada układ sterowania w postaci elementów sterowania wyszczególnionych w instrukcji operatora. Izba wskazuje na odpowiedź z dnia 29.01.2021 r., w której zamawiający zmodyfikował odpowiedź na pytanie 58 wskazując, że: „Zamawiający rozumie przez to każde rozwiązanie technologiczne, które spełni wymogi opisane w punkcie 14.”

W opisie parametru 27 zamawiający wskazał: *Dopuszczalne obciążenie stołu min. 220 kg (niezależnie od pozycji ułożenia pacjenta na blacie stołu).*

Przystępujący PROMED wskazał „Tak”

Dopuszczalne obciążenie stołu 230 kg (niezależnie od pozycji ułożenia pacjenta na blacie stołu).

Odwołujący podniósł, że z instrukcji dla tego wyrobu medycznego str. 1-10 pkt 1.3.1 zawarte zostało zastrzeżenie odnoszące się do tego parametru. Etykieta oznacza: blat stołu przy obciążeniu blatu 230 kg może być używany tylko w pozycji centralnej. Nie ma przesuwu wzdłużnego. A zatem przy obciążeniu blatu na poziomie 230 kg nie można wykorzystać funkcji przesunięcia blatu, a więc nie można jednocześnie uzyskać parametru na poziomie 1505 mm wychylenia blatu poza kolumnę z pkt 10 oferty (co do przezierności stołu na długości 1505 mm z pkt 11 oferty) - a zatem zapewnić dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej z pkt 1 oferty. Następnie w instrukcji dla tego wyrobu ze str. 1-11 pkt 1.3.2. zawarte jest kolejne zastrzeżenie: Etykieta oznacza: przy obciążeniu blatu powyżej 135 kg. dopuszczalna bezpieczna wysokość blatu stołu to 940 mm - co oznacza, że przy wadze pacjenta powyżej 135 kg możemy go bezpiecznie podnieść do 940 mm, a więc max. wysokość, która została podana w ofercie w pkt 20 (1075mm) nie jest osiągalna przy wadze pacjenta 230 kg.

Odwołujący wskazał, że wszystkie te powiązane ze sobą parametry, choć pozornie zostały zadeklarowane przez wykonawcę PROMED, wzajemnie się wykluczają, gdyż oferowany stół nie umożliwia ich jednoczesnego spełnienia. Jeżeli jeden z nich osiąga maksymalną wielkość, powoduje jednocześnie ograniczenie w zakresie innych.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z instrukcji obsługi stołu, z którego wynika, że „przy całkowitym obciążeniu stołu do 135 kg, mechanizm blokujący stół operacyjny może zostać zwolniony tylko wtedy, gdy stół operacyjny jest ustawiony na maksymalną wysokość 940 mm.” Ponadto Izba przeprowadziła dowód z instrukcji operatora stołu, z której wynika, że maksymalna wysokość stołu dla pacjenta przy całkowitym obciążeniu od 135 kg do 230 kg jest możliwa tylko w sytuacji, gdy stół operacyjny jest zablokowany. Jeżeli stół jest odblokowany, stół operacyjny musi być ustawiony na najmniejszą wysokość.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego PROMED należy uznać za uzasadniony.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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: