

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez **Beryl Med. Ltd w Londynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Beryl Med. Ltd w Londynie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **Beryl Med. Ltd w Londynie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **Beryl Med. Ltd w Londynie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny centralny Szpital Kliniczny w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu laparoskopowego – 10 pakietów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 17 kwietnia 2015 roku wykonawca Beryl Med. Ltd w Londynie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec nieuprawnionego, jego zdaniem, odrzucenia jego oferty; udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy; wadliwego wykonania procesu badania i oceny ofert; wskazania wadliwego wyniku postępowania badania ofert; błędnej subsumpcji stanu faktycznego pod stan prawny skutkującej niewłaściwym zastosowaniem przepisu oraz odrzuceniem oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w postępowaniu; zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez stosowanie odmiennych kryteriów badania i oceny ofert w odniesieniu do poszczególnych wykonawców w sposób uniemożliwiający prawidłową ich ocenę w oparciu o obiektywne kryteria zawarte w SIWZ, a następnie nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu nr 10, udzielenie zamówienia wykonawcy wybranym z naruszeniem przepisów ustawy;
2. naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez wadliwe wykonanie procesu badania i oceny ofert poprzez przyjęcie odmiennych kryteriów ocennych oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania badania ofert poprzez niezgodne z ustawą Pzp przyjęcie, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ oraz wskazania wyniku postępowania na ofertę wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. jako rzekomo najkorzystniejszą w tym postępowaniu.
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 i art. 91 ustawy Pzp. poprzez błędną subsumpcję stanu faktycznego pod stan prawny skutkującą

niewłaściwym zastosowaniem przepisu, oraz odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo nie zaistnienia w stanie faktycznym ku temu przesłanek, gdyż przedmiotowa niezgodność z SIWZ nie miała miejsca.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, względnie w części zasługującej na uwzględnienie oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 10,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 10 i jej przywrócenie do postępowania,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 10,
względnie – z ostrożności procesowej nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów co do oferty złożonej w zakresie Pakietu Nr 10.

Ponadto odwołujący wniósł o:

1. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, według norm przepisanych;
2. zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii kompletnej dokumentacji przetargowej będącej w posiadaniu zamawiającego celem przeprowadzenia dowodu na okoliczności objęte zarzutami odwołania;
3. przeprowadzenie dowodów z:
 - 1) dokumentów:
 - a) ad pkt 2 powyżej;
 - b) dokumentów potwierdzających spełnianie przez wyroby zaoferowane przez odwołującego wymagań SIWZ które zostaną złożone na rozprawie na okoliczności: braku podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, spełniania przez zaoferowane przez odwołującego wyroby wymagań stawianych SIWZ;
 - 2) przesłuchania świadków: A. K. oraz D. R. na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
 - 3) wniosków dowodowych , które zostaną złożone na rozprawie;
 - 4) dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tamże podniesione;
4. w przypadku kwestionowania przez zamawiającego daty doręczenia odwołującemu

informacji o czynnościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania - zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii raportu faxowego potwierdzającego doręczenie odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego, nadanej w formie przekazu faxowego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania przetargowego z naruszeniem przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Na skutek odrzucenia oferty Odwołującego został on bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Odwołujący wywodzi z uzasadnienia faktycznego oraz powołanej przez zamawiającego podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego, iż nie zachodzą w sprawie - przeciwnie do argumentacji zamawiającego - żadne podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z wymogami stawianymi SIWZ. Nadto, został naruszony interes publiczny, albowiem zamawiający jako jednostka zobowiązana na mocy ustawy do stosowania norm prawa zamówień publicznych doprowadził - w zakresie Pakietu nr 10 - do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu i nie powinna być za taką uznana.

Odwołujący wskazał, że w toku czynności badania i oceny ofert zamawiający kilkakrotnie wzywał odwołującego do składania wyjaśnień do treści oferty bądź uzupełnienia dokumentów, na okoliczności spełniania wymogów stawianych zapisami SIWZ. Z analizy uzasadnienia faktycznego oraz prawnego odrzucenia oferty odwołujący wywodzi, iż żadna z podstaw odrzucenia oferty - jako niezgodnej z SIWZ - nie była przedmiotem wcześniejszych wątpliwości zamawiającego, zaś wszelkie kierowane wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ zostały przez odwołującego rozwiane. W dniu 17.03,2015r. o godzinie 09:40 miała miejsce w siedzibie zamawiającego prezentacja spełniania przez zaoferowane przez odwołującego wyroby wymagań stawianych SIWZ. Ze strony odwołującego udział w prezentacji wzięli A. K. oraz D. R. . Zgodnie z zapisami SIWZ w/w przedstawiciele odwołującego fizycznie przedstawili spełnianie przez wyroby wymogów stawianych SIWZ. W toku prezentacji z strony członka komisji przetargowej padły domniemania jakoby rzekomo wyroby zaoferowane w poz. 2, 3, 5 i 6 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do formularza oferty odwołującego, tj. reduktory do kaniul nie zawierały szczelnych uszczelki co skutkowało niemożnością utrzymania odmy otrzewnowej. Sugerowano ponadto jakoby osłona ostrza wyrobów zaoferowanych w poz. 2, 5 i 6 wyżej powołanego formularza

cenowego odwołującej nie spełniała wymogu bezpieczeństwa, pozwalając na swobodne odsłonięcie ostrza na każdym etapie użytkowania ww. wyrobów. Powyższym twierdzeniom jako nieznajdującym oparcia w stanie faktycznym oraz niepopartym żadnym dowodem, pomiarem lub jakimkolwiek innym empirycznym testem lub weryfikacją przedstawiciel odwołującego zaprzeczył podnosząc jednocześnie, iż zastrzeżenia opisane powyżej nie znajdują oparcia w wymogach stawianych SIWZ i jako takie są z punktu widzenia celu prezentacji w postępowaniu bezprzedmiotowe. Zamawiający nie zapewnił właściwych warunków do prezentacji właściwości wyrobów lub ich zachowania w wyżej powołanych okolicznościach. Nie zapewniono również właściwego w tym celu sprzętu medycznego, tj. insuflatora, który jest urządzeniem tłoczącym pod ciśnieniem gaz (CO_2) do jamy otrzewnowej zapewniając odmě otrzewnową. Odwołujący zakwestionował rzetelność protokołu z prezentacji oferty i protokołu postępowania w zakresie udokumentowania czynności z zakresu badania i oceny ofert (prezentacji) zarzucając niezgodność z rzeczywistością mającą przebieg prezentacją wyrobów odwołującego. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków: A. K. oraz D. R. na okoliczności rzeczywistego przebiegu prezentacji przedmiotu oferty, rozbieżności pomiędzy dokumentami stwierdzającymi przebieg prezentacji przedmiotu oferty a rzeczywistym przebiegiem prezentacji, potwierdzenia spełnienia przez zaoferowane wyroby wymogów stawianych SIWZ, warunków prezentacji,

Pismem datowanym na dzień 2 kwietnia 2015 r. doręczonym odwołującemu tegoż samego dnia przekazem faksowym, zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty odwołującego w zakresie Pakietu nr 10, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Za podstawę faktyczną owej niezgodności zamawiający wskazał: poz. 2 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką - poz. 3 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa. - poz. 5 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką - poz. 6 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto

osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką.”

Jednocześnie w zakresie zadania nr 10 wybrana została - jako oferta najkorzystniejsza - oferta Covidien o wartości 893.674,08 zł (osiemset dziewięćdziesiąt trzy tysiące sześćset siedemdziesiąt cztery złote 08/00), przy czym cena oferty odwołującego wyniosła 584.214,06 zł (pięćset osiemdziesiąt cztery tysiące dwieście czternaście złotych 06/00)

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 7 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dn. 18.09.2002r. (sygn. akt III CZP 52/02), z której wynika, że „(...) z przepisów ustawy wynikają dwie podstawowe zasady p.z.p.: zasada równości (konkurencyjność) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny.”

Odwołujący podniósł, iż wskazana podstawa merytoryczna uznania oferty za sprzeczną z SIWZ nie jest koherentna z literalnymi zapisami SIWZ w brzmieniu nadanym wyjaśnieniami zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp w szczególności dn. 30.12.2014r. i stanowi niczym nie uzasadnioną, rozszerzającą interpretację jej zapisów przez zamawiającego, czym naruszył on przepisy ustawy w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego analiza opisu przedmiotu zamówienia nie pozostawia wątpliwości, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający wymagał w stosunku do przedmiotu zamówienia wymogów wskazanych w podstawie odrzucenia oferty odwołującego. W przypadku gdyby zamawiającemu zależało na spełnieniu przez wyrób określonych cech lub norm, dał by temu wyraz wprost w SIWZ precyzując stawiane kryteria, Wskazana przez zamawiającego podstawa faktyczna odrzucenia oferty sprowadza się do zakwestionowania bezpieczeństwa wyrobów oraz dopuszczenia wyrobów do obrotu i używania. Powołane kwestie należy rozpatrywać w kontekście prawodawstwa unijnego w pełni implementowanego na gruncie regulacji ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz.U. Z 2010, Nr 107, poz. 679; dalej: „u.w.m.”). Wyroby medyczne stanowiące przedmiot oferty odwołującego jako wyroby o znacznym stopniu ingerencji i kontaktu z ciałem pacjenta, którego wymóg zapewnienia wysokiego stopnia bezpieczeństwa użycia oraz wysokiej jakości wykonania i użytych materiałów oraz niezawodności i sprawności użycia, został odzwierciedlony w zaklasyfikowaniu ww. wyrobów do Klasy II a wg systematyki u.w.m. Oznacza to w praktyce, iż certyfikowanie przedmiotowych wyrobów

przeprowadzane jest przy udziale niezależnej jednostki notyfikowanej, która przeprowadza procedurę oceny zgodności. W takim stanie rzeczy, dokumentami spełniającymi warunki przedmiotowe postawione w Specyfikacji z mocy samego prawa są dokumenty wymagane dla potwierdzenia wprowadzenia wyrobu medycznego do obrotu i używania na terenie Polski - na zasadach koniunkcji - Deklaracja Zgodności i Certyfikat Zgodności (Świadectwo CE). Powyższe dokumenty zawierają wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje odnoszące się do zakresu i rodzaju świadczenia jak również kryteriów jakości czy bezpieczeństwa. Wyroby zaoferowane przez odwołującego spełniają wszystkie wymogi zgodnie z u.w.m. w zakresie dopuszczenia do obrotu i używania na terenie

Ponadto odwołujący zakwestionował okoliczności podniesione przez zamawiającego w odrzuceniu oferty odwołującego w kontekście działania zamawiającego utrudniającego swobodny przepływ towarów na terenie UE. Oferowane przez odwołującego wyroby medyczne certyfikowane są znakiem CE, stawiającym domniemanie prawne i faktyczne zgodności wyrobów w zakresie jakości i bezpieczeństwa z tzw. dyrektywami nowego podejścia.

W ocenie odwołującego zamawiający winien żądać, na potwierdzenie kryterium jakości i bezpieczeństwa stosowania wyrobów medycznych zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie dostaw będących przedmiotem zamówienia lub równoważnych dokumentów potwierdzających jakość dostaw, w przypadku w którym wykonawca nie może uzyskać wymaganego zaświadczenia w terminie. W przedmiotowym postępowaniu takim dokumentem winien być certyfikat ISO, potwierdzający, że wykonawca świadczy usługi powtarzalne i jednorodne i występuje u niego nadzorowanie jakości w procesie projektowania, produkcji, dystrybucji wyrobów medycznych zgodnie z normą EN ISO 13485:2003 lub równoważną. Ponadto odwołujący podniósł, iż zamawiający nie określił: wg jakich norm technicznych zostanie dokonany pomiar, urządzeń pomiarowych, warunków pomiarowych, metody pomiarowej, wymaganych uprawnień osoby dokonującej pomiaru, wymaganych atestów i certyfikatów. Zgodnie z obowiązującym prawem w tym zakresie rzetelne badanie pomiarowe dla swej miarodajności i rzetelności winno zostać przeprowadzone przez certyfikowaną jednostkę pomiarową i winno zostać stwierdzone certyfikatem z badania opatrzonym pieczęcią, podpisem i numerem uprawnień osoby odpowiedzialnej za jego wynik, celem zagwarantowania powtarzalności wyników pomiarowych i możliwości ich porównania, weryfikacji oraz analizy. Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do wykonywania certyfikowanych pomiarów, zaś przepisy prawa w zakresie uprawnień personelu medycznego oraz zasady etyki lekarskiej nie pozwalają na wykonanie rzeczonych czynności personelowi medycznemu. W

SIWZ Zamawiający postawił wymóg zaoferowania dla pozycji 2, 5 i 6 trokara 10 mm z ostrzem w bezpiecznej osłonie, ze wskaźnikiem położenia ostrza. Na rynku od ponad dwudziestu lat funkcjonują równolegle dwa typy tzw. "bezpiecznej" osłony: nieblokowana i blokowana. Zamawiający korzystał w swojej praktyce z obu rozwiązań, więc oba były mu doskonale znane. W ostatnich miesiącach przed przetargiem używał trokarów z osłoną nieblokowaną i nie zgłaszał żadnych uwag co do bezpieczeństwa tego rozwiązania. Skoro znając oba typy rozwiązań funkcjonowania osłony ostrza zamawiający nie określił w SIWZ jakiego rodzaju osłony wymaga oznacza, że akceptuje oba i niedopuszczalnym jest, aby w procesie badania ofert ograniczył zakres dopuszczalnych rozwiązań, zwłaszcza, że z punktu widzenia bezpieczeństwa dostępne publikacje potwierdzają równorzędność obu rozwiązań. Różnica pomiędzy oboma rodzajami osłony polega na tym, że osłona nieblokowana odsłania ostrze za każdym razem gdy napotyka ona na znaczny opór tkanki jeśli mandryn jest utrzymywany w pozycji aktywnej, natomiast osłona blokowana blokuje się w pozycji osłaniającej ostrze po każdym cyklu wypuszczenia i następnym schowaniu ostrza. Wymusza to nieco odmienny sposób pracy przy identycznym poziomie bezpieczeństwa.

Odwołujący stwierdził, iż jako drugi z powodów odrzucenia oferty zamawiający podał utratę szczelności trokara po założeniu redukcji i tym samym niemożność utrzymania odmy otrzewnowej. Zgodnie z kryteriami oceny ofert podanymi w SIWZ parametr ten nie był przedmiotem oceny i wobec powyższego w SIWZ nie podano żadnych obiektywnych kryteriów pomiaru szybkości utraty gazu, ani dopuszczalnych jej wartości. Utrata gazu z jamy otrzewnej podczas zabiegów laparoskopowych jest normalnym zjawiskiem mającym miejsce na skutek nieszczelności stosowanego sprzętu czyli trokarów i narzędzi w nich osadzanych. Ubytek gazu jest automatycznie uzupełniany przez insuflator, który stanowi standardowy sprzęt stosowany podczas każdego zabiegu laparoskopowego.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Covidien Polska Spółka z o.o. w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 2 do siwz - Opis przedmiotu zamówienia, pakiet nr 10 zamawiający wymagał dostarczenia:

Poz. 2 – jednorazowy trokar 10/11 mm z redukcją do kaniuli 5/10 mm, z karbowaną kaniulą i kierunkowym metalowym ostrzem ostrzonym dwustronnie w kształcie litery „V”. Ostrze w bezpiecznej osłonie oraz wskaźnikiem położenia ostrza.

Poz. 3 – jednorazowy trokar 12 mm z redukcją do kaniuli 5/12 mm, z karbowaną kaniulą i plastikowym ostrzem. Zawór do insuflatora umożliwiający wykonanie insuflacji oraz desuflacji.

Poz. 5 – zestaw podwójny: 1 x trokar 10 mm bezpieczny liniowy z kierunkowym metalowym ostrzem ostrzonym dwustronnie w kształcie litery „V”. Ostrze w bezpiecznej osłonie oraz wskaźnikiem położenia ostrza.

Poz. 6 - zestaw podwójny: 1 x trokar 10 mm bezpieczny liniowy z kierunkowym metalowym ostrzem ostrzonym dwustronnie w kształcie litery „V”. Ostrze w bezpiecznej osłonie oraz wskaźnikiem położenia ostrza.

Odwołujący złożył ofertę na pakiet nr 10, oferując produkt o kodzie DTK10S. W dniu 17 marca 2015 roku pracownicy odwołującego dokonali prezentacji zaoferowanego sprzętu wobec przedstawicieli zamawiającego.

Z protokołu z prezentacji przedmiotu oferty z dnia 17 marca 2015 roku wynika, iż zaoferowany asortyment w zakresie Pakietu nr 10 nie spełnia wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ w podanym zakresie:

- poz. 2 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką

- poz. 3 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawowa właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa

- poz. 5 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką

- poz. 6 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 10 oferty złożonej przez Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie:

- poz. 2 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką,

- poz. 3 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa

- poz. 5 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10 mm trokar traci podstawową właściwość jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką

- poz. 6 - po założeniu redukcji do kaniuli 5/10mm trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej, ponieważ redukcja nie zawiera szczelnej uszczelki. Ponadto osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa, ponieważ na każdym etapie użytkowania trokara osłona pozwala na swobodne odsłonięcie ostrza przy kontakcie z tkanką.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków odwoławczych w przedmiotowym postępowaniu, stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że trokar traci podstawową właściwość, jaką jest utrzymanie odmy otrzewnowej.

W ocenie Izby bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż trokar ma zapewniać utrzymanie odmy otrzewnowej. Utrzymanie odmy otrzewnowej jest jedną z funkcji trokara, w związku z tym Izba nie dostrzega konieczności wskazywania w specyfikacji, iż zamawiany trokar ma taką właściwość posiadać. Odmienny pogląd należy uznać za niezasadny i sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Oczywistym jest bowiem, iż każdy zamawiający, prowadząc postępowanie na dostawę dowolnego asortymentu, oczekuje, iż zaoferowane produkty będą miały cechy i funkcje charakterystyczne dla danego rodzaju wyrobów. Sprzęt, który nie posiada podstawowych właściwości, jest po prostu produktem wadliwym.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zarzuty odwołującego odnoszące się do braku odpowiednich warunków do przeprowadzenia prezentacji produktu oferowanego przez odwołującego, a także do treści protokołu z dokonanej prezentacji, należy uznać za podniesione z naruszeniem ustawowego terminu. Podkreślić należy, że zarówno warunki przeprowadzenia prezentacji, jak i treść sporządzonego protokołu, są czynnościami zamawiającego, które mogą być zakwestionowane w drodze wniesionego odwołania. Termin do wniesienia odwołania na tego rodzaju czynności określony jest w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż te, o których zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę oraz innych niż treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zakwestionowana przez odwołującego prezentacja miała miejsce w dniu 17 marca 2015 roku. W tym samym dniu został sporządzony protokół z jej dokonania. Odwołujący, winien był zatem podnieść zarzuty dotyczące tych czynności w terminie 10 dni liczonym od 17 marca br. Zarzuty podniesione w dniu 13 kwietnia 2015 roku Izba uznała za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, że osłona ostrza nie spełnia warunku bezpieczeństwa należy uznać za zasadny.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 10 używał określenia „ostrze w bezpiecznej osłonie”. W żadnym miejscu

specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wskazał, co rozumie przez tak sformułowane pojęcie.

Odwołujący zaoferował trokar o kodzie DTK10S, posiadający osłonę nieblokowaną. W ocenie zamawiającego osłona ta nie jest osłoną bezpieczną. Zamawiający nie udowodnił jednak prezentowanego stanowiska.

Z dokonanej na rozprawie prezentacji wynika, że osłona ostrza w produkcji zaoferowanym przez odwołującego odslania się za każdym razem, kiedy napotka na opór. Izbie nie przedstawiono wszakże żadnego dowodu, który potwierdzałby tezę, że osłona nie spełnia warunku bezpieczeństwa. Na podstawie prezentacji można by co najwyżej zaryzykować stwierdzenie, że osłona jest mniej bezpieczna niż ta, którą zaoferował wykonawca przystępujący do postępowania, jednakże zamawiający nie wykazał, czy cecha ta wskazuje na całkowity brak bezpieczeństwa w użytkowaniu produktu czy też jedynie na jego ograniczony zakres, którego skutki mogą być zniwelowane wiedzą i doświadczeniem osoby, która z tego sprzętu korzysta. Dowód w tym zakresie obciążał zamawiającego jako tego, który na podstawie zarzutu braku bezpieczeństwa osłony odrzucił ofertę odwołującego. Podkreślenia wymaga, że zamawiający kilkakrotnie kupował u odwołującego takie trokary jak te, które zostały zaoferowane w niniejszym postępowaniu i w toku postępowania przed Izbą nie wykazał, że zgłaszał dostawcy jakiegokolwiek wady w ich użytkowaniu.

Uwzględnienie jednego z podniesionych zarzutów w rozpoznawanym przypadku pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec stwierdzenia, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego z powodu braku właściwości trokara polegającej na zapewnieniu odmy otrzewnowej, uwzględnienie zarzutu związanego z nieuprawnionym odrzuceniem oferty z uwagi na brak bezpiecznej osłony ostrza pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, z uwagi na fakt, iż zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości

określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Oznacza to, że zwrot kosztów przysługuje tylko stronie, a nie uczestnikowi postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....