

Sygn. akt: KIO 370/19

**WYROK**  
**z dnia 20 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawcę **Klaromed Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Białymstoku,**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 6: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Białymstoku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa aparatury medycznej*.

W dniu 4 marca 2019 r. wykonawca Klaromed Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie Pakietu nr 6, wobec odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 22 lutego 2019 r. został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie Pakietu nr 6 oraz o wyborze oferty złożonej przez Versamed B. G., Ł. G.(2) s.c. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał ponownie na i niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie, na który powołał się uprzednio dwukrotnie (zawiadomienie o odrzuceniu oferty z 3 grudnia 2018 r. oraz zawiadomienie odrzuceniu oferty z 22 stycznia 2019 r.). Obecnie Zamawiający, pomimo że dwukrotnie uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego (postępowania odwoławcze o sygn. akt: KIO 2563/18 oraz KIO 186/19 zostały umorzone), po raz kolejny odrzucił ofertę Odwołującego na tej samej podstawie. Zamawiający podniósł, że oferta Odwołującego jest niezgodna z pkt. 29 i 23 załącznika nr 1 do SIWZ. 1. Średnica pola roboczego.

Odwołujący podał, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz asortymentowy), w pkt 29 dotyczącym pakietu nr 6 (lampy operacyjne) wskazał następujący parametr: „średnica pola roboczego w zakresie co najmniej 180 mm-300 mm lub obustronnie większa”. W toku postępowania, udzielając odpowiedzi na pytania, Zamawiający przyznał, że prawidłowym parametrem jest „średnica pola roboczego w zakresie co najmniej 180 mm-300 mm lub obustronnie większa”). Dodatkowo, w odpowiedzi na wniesione w toku postępowania pytanie „Czy zamawiający dopuści lampę operacyjną, w której regulacja średnicy pola odbywa się w zakresie 19-28 cm?”, Zamawiający w piśmie z 24 października 2018 r. odpowiedział „Zamawiający dopuszcza”.

Odwołujący podniósł, że w załączonym do oferty formularzu w kolumnie „wartości lub zakres wartości oferowanych” wpisał „TAK, średnica pola roboczego w zakresie 160 mm-320 mm”, co jego zdaniem świadczy o tym, że nie tylko zaoferował sprzęt o parametrze spełniającym minimalne wymagania co do średnicy pola roboczego 180 mm-300 mm, ale zaoferował parametry zdecydowanie lepsze. W uzasadnieniu odrzucenia oferty

Odwołującego, Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez Odwołującego model lampy plus LED 56ECO posiada średnicę pola roboczego, która wynosi 160-280 mm, co jest wbrew SIWZ. Zdaniem Odwołującego nie jest zrozumiałe, skąd Zamawiający wysnuł taki wniosek, skoro dwukrotnie otrzymał wyjaśnienia Odwołującego wraz z katalogami, które potwierdzają dane zawarte w formularzu oferty, że średnica pola roboczego wynosi 160mm-320mm. Odwołujący podkreślił, że jest producentem lamp operacyjnych, nie tylko ich dystrybutorem, co oznacza, że jest w stanie wyjść naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego i wyprodukować sprzęt o dokładnie takich parametrach, jakich Zamawiający oczekuje. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzuca ponadto, że oferowana lampa to „składak” gdyż stanowi połączenie kilku czasz. Odwołujący podniósł, że taka możliwość nie była wykluczona przez Zamawiającego, nie wynika z OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, a więc obecnie nie może być podstawą odrzucenia oferty. Co więcej, błędne jest przekonanie Zamawiającego, że oferowany jest produkt stanowiący połączenie lamp różnego rodzaju. Fakt, że lampa składa się z kilku czasz emitujących światło nie powoduje gorszego jej działania, wręcz przeciwnie.

W kwestii spełniania wymogu konstrukcji jednoogniskowej Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1 do SIWZ, Pakiecie nr 6 pkt 23 w kolumnie pn. „nazwa i opis paramentu lub funkcji urządzenia” Zamawiający zawarł wymóg: „kopuła lampy wyposażona w 88 (+/-10%) diod w konstrukcji jednoogniskowej”. Z treści tego wymogu wynikają dwa parametry kopuły lampy: 1) określona ilość diod, 2) konstrukcja jednoogniskowa. Pierwszy z nich charakteryzuje się zmiennością, gdyż Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę w ilości zaoferowanych diod, tj. 88 +/- 10 %, zatem nie mniej niż 79 diod i nie więcej niż 97 diod. Wobec tego to do wykonawcy należało skonkretyzowanie, ile diod w lampie zaoferuje, w dopuszczonym przez Zamawiającego przedziale (i przy uwzględnieniu treści odpowiedzi na pytanie wniesione w toku przetargu). Drugi z ww. parametrów jest natomiast stały. Zatem, sensem pozostawionej do wypełnienia wykonawcom kolumny pn. „wartości lub zakres wartości oferowanych” było potwierdzenie spełniania wszystkich wymaganych „stałych” parametrów oraz skonkretyzowanie parametrów „zmiennych”. Odwołujący więc wpisując w kolumnie tej „TAK, lampy, w których kopuła główna i satelitarna wyposażone są w 6 modułów świetlnych zawierających odpowiednio 108 i 72 diody LED, co zapewni większą bezcieniowość urządzenia. Rozwiązanie dopuszczalne do zaoferowana w odpowiedziach na pytania II z dnia 29.10.2018 r. – odpowiedź 4”, dał wyraz, że wymagane parametry (w tym parametr konstrukcji jednoogniskowej) są spełnione (wyraźnie wpisał potwierdzające „TAK”) oraz dokonał konkretyzacji parametru „zmiennego”, wskazując oferowaną ilość diod (dopuszczoną przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania). Pomimo jasnego przekazu, że zaoferowane lampy spełniają wymogi określone w pkt 23,

Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, zadając w piśmie z 16 stycznia 2019 r. pytanie, „czy zgodnie z pkt. 23 (opis parametrów urządzenia) proponowana przez Wykonawcę lampa jest wyposażona w diody konstrukcji jednoogniskowej”. W piśmie z 17 stycznia 2019 r. Odwołujący udzielił jednoznacznej odpowiedzi „Oferowana lampa jest wyposażona w diody konstrukcji jednoogniskowej zgodnie z pkt. 23”. Dodatkowo, na potwierdzenie przekazał firmowe materiały informacyjne dotyczące produktów zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, z których bezpośrednio wynika, że w zaoferowanych lampach zastosowane są diody konstrukcji jednoogniskowej (str. 2 i 7). Tym samym, Odwołujący potwierdził spełnienie przez oferowane lampy wszystkich zawartych w pkt 23 parametrów, w tym parametru konstrukcji jednoogniskowej.

W zakresie zarzutu braku uchwytów sterylnych kompatybilnych z lampami posiadanymi przez Zamawiającego na Bloku Operacyjnym, Odwołujący podniósł, że wymóg kompatybilności został wprowadzony do wyspecyfikowanych w formularzu asortymentowym parametrów w wyniku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi z 24 października 2018 r. W piśmie tym Zamawiający dokonał uszczegółowienia parametru wynikającego z pkt 46 (dot. pakietu nr 6) formularza asortymentowego, wskazując, że wymienne uchwyty sterylne powinny być dodatkowo kompatybilne z lampami posiadanymi przez Zamawiającego na Bloku Operacyjnym. Udzielając powyższej odpowiedzi, Zamawiający jednak nie dokonał jednoczesnej zmiany w formularzu asortymentowym, tj. nie dopisał w pkt 46 w kolumnie pn. „nazwa i opis parametru lub funkcji urządzenia” wymogu kompatybilności. Nie oznacza to rzecz jasna, że uszczegółowienie dokonane w odpowiedzi na pytanie nie jest skuteczne i wiążące dla wykonawców, jednakże skoro Zamawiający zaniechał odpowiedniej zmiany w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w formularzu asortymentowym, to na etapie oceny ofert nie powinien stawiać wykonawcy zarzutu, że wykonawca samodzielnie tej zmiany nie dokonał. Nie do wykonawcy bowiem należy sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia. To Zamawiający odpowiedzialny jest za należyte nazwanie i opis wszystkich wymaganych parametrów i funkcji urządzenia, a także przygotowanie odpowiedniego formularza asortymentowego. Odwołujący sporządzając ofertę odnotował fakt uszczegółowienia pkt 46 poprzez treść odpowiedzi udzielonej w toku postępowania i uwzględnił z załączonym do oferty formularzu wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego, w tym kompatybilność uchwytów. Przy tym jednak Odwołujący podkreśla, że nie miał obowiązku ani upoważnienia do dokonywania samodzielnej zmiany opisu przedmiotu zamówienia zawartego w formularzu asortymentowym, gdyż jest to wyłączna kompetencja i obowiązek Zamawiającego. Dodatkowo należy zauważyć, że w odpowiedzi na pismo z 16 stycznia 2019 r. o udzielenie wyjaśnienia, czy oferowane przez Odwołującego

urządzenia posiadają wymienny uchwyt kompatybilny z lampami posiadanymi przez Zamawiającego, Odwołujący w piśmie udzielił jednoznacznej odpowiedzi, że oferowane urządzenia posiadają taki uchwyt. Na potwierdzenie przekazał firmowy materiał informacyjny dotyczący lamp operacyjnych zaoferowanych przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, z którego wynika, uchwyty lamp cechują się ww. wymaganymi parametrami (informacja ta wskazana jest na str. 3 i 7 dokumentu).

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, udzielając wyjaśnień i uzupełnień w toku postępowania, nie dopuścił się zmiany treści oferty. Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z 20 grudnia 2018 r. Odwołujący złożył pismem z 27 grudnia 2018 r. m.in. firmowy materiał informacyjny dotyczący zaoferowanych lamp plusLED 96 ECO i 56 ECO. W materiale tym zawarty jest opis oferowanych lamp, ich zasadnicze właściwości i parametry. Odwołujący przyznał, że materiał ten nie zawiera informacji dotyczących konstrukcji jednoogniskowej, nie wynika z niego również kwestia kompatybilności uchwytu z lampami posiadanymi przez Zamawiającego, tym niemniej w odpowiedzi na pytania Zamawiającego z 16 stycznia 2019 r. Odwołujący pismem z 17 stycznia 2019 r. udzielił odpowiedzi potwierdzające ich spełnianie. Dodatkowo Odwołujący załączył materiał firmowy uzupełniony o informacje dotyczące ww. wymagań. Zdaniem Odwołującego uzupełnienie tego dokumentu o powyższe informacje nie stanowi zmiany treści oferty, co ponownie zarzuca Zamawiający, mimo że uprzednio uwzględnił odwołanie. Uzupełnienie materiału firmowego dotyczącego oferowanego produktu o powyższe informacje miało na celu wyłącznie potwierdzenie złożonych wyjaśnień, że zaoferowane w przedmiotowym przetargu lampy cechują się również konstrukcją jednoogniskową diod oraz są kompatybilne z lampami posiadanymi przez Zamawiającego. Nie rozszerzało to natomiast właściwości oferowanego produktu, te bowiem wynikały z załączonego do oferty formularza asortymentowego. Uzupełnienie dokumentu nie polegało także na zmianie jakiegoś parametru na inny, a jedynie na dodaniu informacji dotyczących kwestii (jednoogniskowości diod oraz kompatybilności uchwytów), które nie były wyrażone w dokumencie złożonym 17 stycznia 2019 r. Tym samym, nie uległy zmianie właściwości zaoferowanego pierwotnie sprzętu, gdyż spełnienie wszystkich parametrów wynikało z treści samej oferty. Odwołujący podkreślił, że złożone przez niego dokumenty (materiały firmowe) nie kształtują same w sobie treści oferty, tj. produktu o określonych parametrach, jaki oferuje Odwołujący, gdyż ta wynika z formularza asortymentowego załączonego do oferty. Materiały firmowe złożone zostały natomiast wyłącznie na potwierdzenie spełniania przez ofertowany sprzęt wymagań Zamawiającego, aby upewnić go co do należytej realizacji umowy. Z faktu, że wykonawca zachował się w sposób gorliwy i rzetelny Zamawiający zdaje się wciąż wyciągać negatywne skutki wobec Odwołującego. Zdaniem Odwołującego błędne jest przyjęcie, że rzekoma zmiana dokonana

w treści tych dokumentów oznacza zmianę treści oferty i stanowi podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, jest w nim zatem o sytuacji niezgodności treści oferty z SIWZ, nie zaś o sytuacji, w której w dokumentach składanych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy) wystąpią pewne nieścisłości, które zresztą podlegają procedurze wyjaśniania przy zastosowaniu instrumentów służących badaniu ofert. Udzielając powyższych wyjaśnień i uzupełnień Odwołujący w żadnej mierze nie dokonał zmiany pierwotnej oferty. W dalszym ciągu Odwołujący oferuje lampy operacyjne plusLED 96 ECO i plusLED 56 ECO, charakteryzujące się wszystkimi wymaganymi przez Zamawiającego parametrami, potwierdzonymi jednocześnie z załączonym do oferty formularzu.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, i podniósł, że gdy w wyniku analizy złożonych przez wykonawcę dokumentów Zamawiający nabiera wątpliwości co do ich treści, powinien wezwać do ich wyjaśnienia. Jeżeli zatem wątpliwość Zamawiającego wzbudziła treść materiałów firmowych przekazanych przez Odwołującego, to powinien być wezwać go do wyjaśnienia treści tych dokumentów. Zamawiający nie korzystając z wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy uprawnienia do żądania wyjaśnienia treści dokumentu (materiału firmowego), poprzez żądanie wyjaśnienia konkretnie określonej wątpliwości, stwierdził natomiast, że Odwołujący uzupełniając treść złożonych dokumentów dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty i odrzucił ją jako niezgodną z SIWZ. Zdaniem Odwołującego jest to działanie nieuprawnione, gdyż niezgodność oferty z SIWZ musi mieć charakter niepodważalny, niebudzący wątpliwości i musi zostać stwierdzona po wykorzystaniu wszelkich wskazanych w ustawie instrumentów służących badaniu ofert. W niniejszej sprawie nie ma podstaw do uznania, że oferta Odwołującego niezgodna jest z SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający po raz trzeci dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na tej samej podstawie prawnej i faktycznej, czym naraził Odwołującego na dodatkowe koszty. Wydaje się, że działanie takie jest wbrew interesowi publicznemu z uwagi na koszty, które generują poszczególne czynności również po stronie Zamawiającego, ale również z uwagi na przewlekłość procedury wyboru oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Versamed B. G. Ł. G.(2) s.c. oraz dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia w ramach pakietu nr 6 była dostawa lamp operacyjnych. W tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące parametrów lamp:

- pkt 23: Kopuła lampy wyposażona w 88 (+/10%) diod w konstrukcji jednoogniskowej,
- pkt 29: Średnica pola roboczego w zakresie co najmniej 180mm-300mm lub obustronnie większa,
- pkt 46: Wymienne uchwyty sterylne 8 szt. w komplecie.

W dniu 24 października 2018 r. Zamawiający udzielił m.in. następujących wyjaśnień do SIWZ:

Pytanie: *Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuści lampę operacyjną, w której regulacja średnicy pola odbywa się w zakresie 19-28 cm.*

Odpowiedź: *Zamawiający dopuszcza.*

Pytanie: *Czy Zamawiający oczekuje aby wymienne uchwyty sterylne 8 szt. były kompatybilne z lampami posiadanymi przez Zamawiającego na bloku operacyjnym?*

Odpowiedź: *Tak.*

Odwołujący zaferował lampy operacyjne model: plusLED 96 ECO/56 ECO, produkcji własnej. W formularzu ofertowym (załącznik nr 1) Odwołujący podał następujące parametry:

- pkt 23 (Kopuła lampy wyposażona w 88 (+/10%) diod w konstrukcji jednoogniskowej): *Tak, lampy, w których kopuła główna i satelitarna wyposażone są w 6 modułów świetlnych zawierających odpowiednio 108 i 72 diody LED, co zapewni większość bezcieniowość urządzenia. Rozwiązanie dopuszczone do zaferowania w odpowiedziach na pytania II z dnia 29.10.2018 r. – odpowiedź 4.*
- Pkt 29 (Średnica pola roboczego w zakresie co najmniej 180mm-300mm lub obustronnie większa): *Tak, średnica pola roboczego w zakresie 160mm-320mm.*
- Pkt 46 (Wymienne uchwyty sterylne 8 szt. w komplecie): *Tak, wymienne uchwyty sterylne 9 szt. w komplecie.*

Pismem z 3 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający powołał następujące okoliczności:



- pkt 23 – zaofertowano diody koloru żółtego i białego, wymagany kolor biały,
- pkt 29 – zaofertowano średnicę pola roboczego 160-280mm, wymagano 180-300 mm. Zamawiający weryfikacji parametrów technicznych dokonał na podstawie ogólnodostępnych firmowych katalogów – strona 20, 21, 25 Katalog firmy Klaromed z 2018 r.

Wykonawca Klaromed Sp. z o.o. wniósł 12 grudnia 2018 r. odwołanie wobec tego odrzucenia. Zarzuty odwołania zostały przez Zamawiającego w całości uwzględnione, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt: KIO 2563/18).

Pismem z 20 grudnia 2018 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających dopuszczenie zaofertowanego przedmiotu do obrotu oraz oryginalnych materiałów opisowych pochodzących od producenta: ulotek, katalogów itp., potwierdzające spełnianie wymagań SIWZ. W dniu 27 grudnia 2018 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu ww. dokumenty.

Pismem z 16 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień:

- 1) czy zgodnie z pkt 23 proponowana lampa jest wyposażona w diody konstrukcji jednoogniskowej,
- 2) czy zgodnie z pkt 29 lampa posiada średnicę pola roboczego w zakresie co najmniej 180mm-300mm lub obustronnie większą,
- 3) czy zaofertowane urządzenia posiadają wymienny uchwyt sterylny kompatybilny z lampami posiadanymi przez Zamawiającego (pkt 46).

W wyjaśnieniach z 17 stycznia 2019 r. Odwołujący podał:

*Ad 1 Oferowana lampa jest wyposażona w diody konstrukcji jednoogniskowej zgodnie z pkt 23. Potwierdzenie na str. 2 i 7 firmowego materiału informacyjnego producenta.*

*Ad 2 Oferowana lampa posiada średnicę pola roboczego 160mm-320mm, czyli obustronnie większą, co zostało potwierdzone w pkt 29 opisu parametrów urządzenia oraz w uzupełnieniu z dnia 27 grudnia 2018 r. na stronach 14,15. Potwierdzenie na str. 4, 5 i 7 firmowego materiału informacyjnego producenta.*

*Ad 3 Oferowane urządzenia posiadają wymienny uchwyt sterylny kompatybilny z lampami posiadanymi przez Zamawiającego. Potwierdzenie na str. 3 i 7 firmowego materiału informacyjnego producenta.*

Na potwierdzenie Odwołujący przedłożył materiały informacyjne producenta. Na str. 2 tych materiałów znajduje się informacja, że *Zastosowanie w konstrukcji lamp operacyjnych*

*plusLED ECO białe ciepłe i białe neutralne diody konstrukcji jednoogniskowej są zgodne z normą PN-EN 12464-1. Na str. 4 zamieszczono informację: średnica pola operacyjnego (roboczego) 160-320mm.*

W dniu 1 lutego 2019 r. Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, a następnie uwzględnił wniesione wobec tej czynności odwołanie, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 186/19).

Pismem z 22 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował o ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał:

*Po ponownym przeanalizowaniu ofert firm Versamed s.c. i Klaromed Sp. z o.o., oraz analizie ofert ww. wykonawców pod kątem spełnienia przez nich wymogów, stawianych przez Zamawiającego, niniejszy stwierdzam, że oferta przedłożona nam przez firmę Klaromed Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ nie spełnia wymogów stawianych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. Zamawiający pozyskał informacje na temat ewentualnej niezgodności oferty firmy Klaromed Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie m.in. pkt 29 i 23 SIWZ. Należy podkreślić, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał sprzętu o średnicy pola optycznego w zakresie co najmniej od 180 mm do 300 mm lub obustronnie większą. W przedłożonej przez firmę Klaromed Sp. z o.o. ofercie, wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu modele lamp plusLED 96 ECO i 56 ECO. Model plusLED 56ECO posiada średnicę pola roboczego, która wynosi od 160 mm do 280 mm. Powyższe rozwiązanie jest wbrew SIWZ oraz wymogom stawianym w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. Wykonawca Klaromed Sp. z o.o. w trakcie prowadzonego postępowania uznał niezgodność proponowanego przez siebie modelu do SIWZ. Dowód: oficjalne katalogi firmy Klaromed Sp. z o.o., przedłożone w nią w ofercie w aktach sprawy.*

*Nie sposób jest uznać wyjaśnienia wykonawcy Klaromed Sp. z o.o. w zakresie tego, zaoferowane przez wykonawcę zamawiającemu lampy, zostaną dostosowane do wymogów specyfikacji. Wykonawca bowiem na etapie składania oferty winien ją dostosować do wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ, nie zaś jak czyni to firma Klaromed Sp. z o.o. modyfikować ofertę w trakcie prowadzonego postępowania. Powyższe jest niezgodne z prawem i zasadami współżycia społecznego. Z przedłożonych do sprawy dokumentów, a także z uzyskanych przez Zamawiającego informacji wynika, że zaoferowana przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. model lampy plusLED 56 ECO występuje w konfiguracji ściennej, sufitowej pojedynczej, mobilnej i mobilne wraz*

*z akumulatorem jako połączenie dwóch lub trzech różnych kopuł. Kombinacja ww. kopuł składa się z lamp o czaszkach plusLED 96 ECO i plusLED 56 ECO. W związku z czym oferowana przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. lampa stanowi połączenie kilku czasz lamp i jest to tzw. „składak”. Nadto, w oferowanych przez wykonawcę lampach, zdani wykonawcy, istnieje możliwość zamontowania kamery HD w kopule, a także monitora na trzecim ramieniu zawieszenia. Należy podkreślić, że w ofercie przedłożonej przez Klaromed Sp. z o.o., a następnie w składanych przez tę firmę wyjaśnieniach, nigdzie nie ma informacji czy każda z ww. konfiguracji może być dalej rozwijana, co dla Zamawiającego stanowi bardzo ważną rzecz. Zamawiający wymaga sprzętu, który zapewni mu świadczenie usług medycznych na ja najwyższym poziomie. Połączenie lamp różnego rodzaju, który oferuje w niniejszy postępowaniu Klaromed Sp. z o.o. stanowi pewnego rodzaju „półprodukt”, jest niezgodna SIWZ (pkt 29 formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ ) oraz nie spełnia wymogów Zamawiającego.*

*Nadto, oferta przedstawiona Zamawiającemu przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. narusza pkt. 23 Formularza Ofertowego, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ poprzez brak potwierdzenia przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. konstrukcji jednoogniskowej lampy, której to konstrukcji Zamawiający wymaga. Wykonawca odwołał się do odpowiedzi Zamawiającego, która nie dotyczyła jednoogniskowości. Dowód: dokumentacja w aktach sprawy.*

*Zgodnie bowiem z treścią załącznika nr 1 do SIWZ Formularza ofertowego, Zamawiający wymagał w pkt. 23 załącznika „Kopuły lampy wyposażona w 88 (+/- 10%) diod w konstrukcji jednoogniskowej”. Firma Klaromed Sp. z o.o. w swojej na stronie 7 w pkt. 23 wskazała, że w ramach ww. postępowania oferuje: „ Lampy w których kopuła główna i satelitarna wyposażone są w 6 modułów świetlnych, zawierających odpowiednio 108 i 72 diody LED, co zapewni większą bezcieniowość urządzenia. Rozwiązanie dopuszczone do zaoferowania w odpowiedziach na pytania II z dnia 29.10.2018r. — odpowiedź nr 4.” Dowód: dokumentacja w aktach sprawy. Niemniej jednak zarówno w pytaniu Wykonawcy ani w odpowiedzi Zamawiającego, na którą powołuje się Wykonawca w swojej ofercie, nie wskazany został konkretny punkt SIWZ' którego pytanie dotyczy, stąd odpowiedzi nie można rozciągać do dowolnie wybranego zakresu. Zgodnie z treścią poniższego pytania: Zamawiający dopuścił odmienną od wskazanej w SIWZ liczbę diod. Natomiast zgodnie w przytoczonym pkt. 23 załącznika nr 1 do SIWZ — Formularza ofertowego, poza ilością diod, Zamawiający wymagał konstrukcji jednoogniskowej, której Wykonawca firma Klaromed Sp. z o.o. nie zaoferowała Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. Dowód: dokumentacja w aktach sprawy. Co więcej, Zamawiający wymagał lamp wraz uchwytyami sterylnymi, które byłyby kompatybilne z lampami posiadanymi przez Zamawiającego na*

*Bloku Operacyjnym (vide: odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 24 października 2018 r.), czemu oferta złożona przez Klaromed Sp. z o.o. uchybiła.*

*Zamawiający pismem z dnia 16.01.2019 r, wezwał Wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. do wyjaśnienia ww. niezgodności oferty z SIWZ. Klaromed Sp. z o.o. pismem z dnia 17.01.2019r. złożyła wyjaśnienia oraz załączyła kolejną wersję materiałów firmowych producenta zmieniając treść złożonej wcześniej oferty i wyjaśnień. Ani w uzupełnieniach z dnia 27.12.2018 r. ani w pierwotnej ofercie, ani też z treści wyjaśnień z dnia 17.01.2019 r. nie wynika, że w/w parametry były ujęte w pierwotnej ofercie. Wykonawca dodał je natomiast do treści kolejnej wersji „materiałów firmowych”, które przedłożył w dniu 17.01.2019 r., zmieniając tym samym treść wcześniejszych uzupełnień. W związku z powyższym nie jest wiadome, jaki model i typ Lamp w rzeczywistości zaoferował Wykonawca, a dokonana zmiana treści oferty w stosunku do pierwotnie złożonego załącznika nr 7. do SIWZ (parametry techniczne) stanowi istotną zmianą treści oferty i jest niezgodna z prawem.*

*Nadto, zarówno w uzupełnieniach oferty z dnia 27.12.2018r. jak i wyjaśnieniach z dnia 17.01.2019r. Wykonawca Klaromed Sp. z o.o. wskazał, że dostępne są inne wersje oferowanych Lamp w wersji dostępnej na zamówienie. Informacja taka, nie została jednak ujęta w pierwotnej ofercie gdzie wskazano, jako oferowany, standardowy model i typ Lampy: Plus Led 96ECO i Plus Led56 Eco.*

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy VERSAMED B. G. Ł. G.(2) s.c. Odwołujący złożył na posiedzeniu Izby oświadczenie, że nie otrzymał kopii przystąpienia, a wykonawca, który to przystąpienie zgłosił, nie przedłożył dowodu doręczenia tej kopii Odwołującemu. W związku z tym Izba stwierdziła, że wykonawca VERSAMED B. G. Ł. G.(2) s.c. nie wykazał, że dopełnił obowiązku wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zatem zgłoszenie przystąpienia należało uznać za nieskuteczne.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87

ust. 2 pkt 3. Podstawą odrzucenia może więc być merytoryczna niezgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wyrażonego w treści SIWZ, stosownie do art. 36 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że prawidłowość czynności odrzucenia oferty podlega ocenie wyłącznie pod kątem wymagań wyrażonych przez zamawiającego w SIWZ, uwzględnienie natomiast na etapie oceny ofert oczekiwań zamawiającego nieujętych w tym dokumencie godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie mogą więc stanowić usprawiedliwienia dla odrzucenia oferty przedstawiane w niniejszej sprawie przez Zamawiającego argumenty, że lekarze nie są zadowoleni z lamp określonego wykonawcy, że na wyborze danej oferty ucierpi dobro pacjentów szpitala czy też że szpital narażony jest na ryzyko utraty dotacji. Zamawiający powinien dbać o dobro pacjentów i komfort pracy personelu, należycie opisując przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem takich jego cech, które są istotne z punktu widzenia działalności Zamawiającego. Nie może natomiast odrzucać oferty stwierdzając, że nie spełnia ona oczekiwań, które nie zostały wyrażone w SIWZ czy też oceniając ofertę wbrew jej treści i bez uwzględnienia udzielonych wyjaśnień.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, mimo braku podstaw do stwierdzenia, że jest niezgodna z SIWZ.

Po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że model lampy plusLED 56 ECO posiada średnicę pola roboczego, która wynosi od 160 do 280 mm. Teza taka jest sprzeczna z informacjami wynikającymi wprost z oferty Odwołującego, potwierdzonymi w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, a Zamawiający oparł ją na własnych ustaleniach poczynionych na podstawie informacji uzyskanych ze strony internetowej producenta. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że Odwołujący ma możliwość jego dostarczenia w różnych konfiguracjach, zwłaszcza że jest producentem oferowanego sprzętu, brak jest natomiast podstaw do stwierdzenia, że konfiguracja standardowa wynikająca z materiałów informacyjnych na stronie internetowej jest jedyną możliwą. W ocenie Izby Odwołujący mógł zaoferować lampę dostosowaną do wymagań Zamawiającego, a jedynym warunkiem było poinformowanie już w treści oferty, że określony model lampy jest oferowany w takiej właśnie konfiguracji. Gdyby wykonawca tego nie zrobił, a dopiero w wyjaśnieniach powołał się na niestandardową konfigurację, Zamawiający byłby uprawniony przyjąć, że doszło do zmiany treści oferty. W niniejszej sprawie jednak Odwołujący w treści oferty poinformował wyraźnie, że oferuje lampę o średnicy pola roboczego w zakresie 160-320mm. Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, taki zakres pola roboczego byłby zgodny z SIWZ, a przyczyną odrzucenia oferty było to, że Zamawiający ustalił, że zakres ten wynosi 160-280mm. Ocena taka została

dokonana wbrew treści oferty, dodatkowo potwierdzonej złożonymi wyjaśnieniami. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że wyjaśnienia te zmieniły pierwotną treść oferty, od początku bowiem przedmiotem oferty była ta sama lampa o tych samych parametrach. Złożone wyjaśnienia nie naruszały więc art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania zmiany w jej treści.

Zauważenia wymaga, że odrzucenie oferty Odwołującego jest tym bardziej niezrozumiałe, że Zamawiający udzielając wyjaśnień do SIWZ dopuścił lampę operacyjną, w której regulacja średnicy pola odbywa się w zakresie 19-28 cm. W świetle tych wyjaśnień należy stwierdzić, że nawet lampa w konfiguracji wskazanej w materiałach pozyskanych przez Zamawiającego ze strony internetowej producenta musiałaby być uznana za zgodną z SIWZ.

Za całkowicie niezrozumiałe i naruszające zasady udzielania zamówień publicznych należy uznać podanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego takich okoliczności faktycznych, jak to, że lampa stanowi połączenie kilku czasz i jest to tzw. „składak”, jak również to, że w ofercie i wyjaśnieniach nie ma informacji, *czy każda z ww. konfiguracji może być dalej rozwijana, co dla Zamawiającego stanowi bardzo ważną rzecz*. Odnosząc się do tych elementów uzasadnienia odrzucenia oferty należy stwierdzić, że Zamawiający uczynił podstawami odrzucenia oferty okoliczności, które nie mają żadnego odzwierciedlenia w wymaganiach określonych w SIWZ, co jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z punktem 23 załącznika nr 1 do SIWZ *poprzez brak potwierdzenia przez wykonawcę Klaromed Sp. z o.o. konstrukcji jednoogniskowej lampy*, zauważyć należy, że brzmienie uzasadnienia odrzucenia w tym zakresie, choć nieprecyzyjne, to wskazuje, że Zamawiający niezgodności upatrywał w braku oświadczenia wykonawcy w tym zakresie w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Odnosząc się do tego stwierdzić należy, że Odwołujący w punkcie 23 tego formularza potwierdził spełnianie tego wymagania słowem „tak”, nie ma natomiast podstaw wymagać od wykonawcy, aby w przypadku tak określonego parametru przepisywał pełne brzmienie wymagania, które Zamawiający zamieścił w kolumnie 2 tabeli (Nazwa i opis parametru lub funkcji urządzenia). Jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, wymaganie określone w punkcie 23 formularza składało się z dwóch elementów, z których jeden – dotyczący konstrukcji jednoogniskowej – miał charakter bezwzględny, a drugi określał minimalną i maksymalną liczbę diod, co wymagało określenia tej liczby przez wykonawcę. Zatem wypełnienie formularza w taki sposób, że potwierdza się spełnianie wymagania słowem „tak”, a opisuje się tylko parametr, który wymagał skonkretyzowania przez wykonawcę, jest w ocenie Izby prawidłowe.

Jeśli natomiast przyczyną odrzucenia oferty było samodzielne ustalenie przez Zamawiającego, że wymóg dotyczący konstrukcji jednoogniskowej nie jest spełniony, to zauważyć należy, że taka okoliczność nie wynika z uzasadnienia odrzucenia, a została podniesiona dopiero na rozprawie, w związku z czym nie może być brana pod uwagę przy ocenie prawidłowości czynności Zamawiającego. Treść informacji o odrzuceniu oferty wskazuje, że Zamawiający miał na myśli niepotwierdzenie przedmiotowego parametru w treści oferty, nie zaś obiektywne ustalenie, że parametr nie jest spełniony. Gdyby jednak nawet przyjąć taką interpretację informacji o odrzuceniu oferty, jak to przedstawił Zamawiający na rozprawie, to zauważyć należy, że spełnianie tego wymogu zostało potwierdzone w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego i załączonych do nich materiałach producenta, w związku z czym stanowisko Zamawiającego jest nieuprawnione. Jednocześnie fakt, że parametr ten znalazł odzwierciedlenie w materiałach producenta załączonych do wyjaśnień nie powoduje, że doszło do jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, aby przedmiot tej oferty uległ zmianie na skutek złożonych wyjaśnień, wyjaśnienia te służyły jedynie wyeliminowaniu wątpliwości Zamawiającego co do oferowanego urządzenia i – w ocenie Izby – powinny te wątpliwości wyeliminować. Gdyby natomiast przyjąć sposób rozumowania Zamawiającego, to należałoby stwierdzić, że każde potwierdzenie przez wykonawcę w wyjaśnieniach okoliczności istotnej z punktu widzenia badania ofert jest niedopuszczalne, a to stanowiłoby zaprzeczenie ratio legis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast rzekomej niezgodności polegającej na niespełnieniu wymagania dostawy lamp wraz z uchwytami sterylnymi, które byłyby kompatybilne z lampami posiadanymi przez Zamawiającego na bloku operacyjnym, Zamawiający stwierdził, że oferta uchybiła temu wymogowi, nie wiadomo jednak, czy Zamawiający upatrywał tego w nieujęciu wprost tego wymogu w treści oferty, czy też Zamawiający ustalił, że ten wymóg nie jest spełniony. Również w tym zakresie uzasadnienie odrzucenia oferty jest nieprecyzyjne. Zauważyć należy, że wymóg kompatybilności nie został wprost wprowadzony do załącznika nr 1 do SIWZ, jedynie w udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający potwierdził, że oczekuje takiej kompatybilności, nie dokonał jednak zmian w treści formularza. Mogło to spowodować, że wykonawca nie czuł się uprawniony do zmiany określonej przez Zamawiającego treści formularza, co samo w sobie nie uprawnia do wniosku, że wymóg ten nie jest spełniony. Zamawiający bezpodstawnie pominął fakt, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca wyraźnie potwierdził spełnianie tego wymagania, Okoliczność przeciwna nie została przez Zamawiającego w żadnej mierze wykazana. Nie może być uznany za dowód przesądzający o prawidłowości odrzucenia oferty złożony przez Zamawiającego protokół z pomiaru kompatybilności uchwytów dostarczonych przez

Odwołującego w innym postępowaniu, nie dowodzi on bowiem, że konkretne uchwyty mające być przedmiotem dostawy w obecnym postępowaniu przedmiotowego wymagania nie spełniają.

Na koniec wyraźnego podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący nie wskazał w ofercie, że oferuje określony model i typ lampy w wersji standardowej. Wykonawca wskazał natomiast, jaki model i typ lamp oferuje oraz określił jego parametry, które w ramach określonego modelu mogą być modyfikowane. Tym samym złożone wyjaśnienia i uzupełnienia nie zmieniły treści oferty, ale służyły wyeliminowaniu wątpliwości Zamawiającego.

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....