

Sygn. akt: KIO 474/21

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez Wykonawcę **R. Ł., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MEDOX R. Ł. (ul. Młyńska 11C, 78-320 Połczyn – Zdrój)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin)**

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland Sp. z o.o. (ul. Polna 11, 00-633 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę **R. Ł., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MEDOX R. Ł. (ul. Młyńska 11C, 78-320 Połczyn – Zdrój)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin)** na rzecz Odwołującego Wykonawcę **R. Ł., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MEDOX R. Ł. (ul. Młyńska 11C, 78-320 Połczyn – Zdrój)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa jednorazowych i wielorazowych wyrobów medycznych - 33 zadania dla SPWSZ w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 237-583019.

Odwołujący R. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Medox R. Ł. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy MEDOX R. Ł. jako niezgodnej z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - w wyniku nieprawidłowego uznania, że wyjaśnienia treści SIWZ dotyczące konkretnego produktu, niewskazujące ogólnych wymagań w zakresie parametrów i funkcjonalności przedmiotu zamówienia mogą stanowić podstawę oceny oferty Odwołującego w aspekcie zaoferowanego przez niego przedmiotu zamówienia,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy MEDOX R. Ł., mimo że zaoferowane przez niego produkty w zakresie zadania nr 10 w pozycjach 1-3 Formularza asortymentowo-cenowego (stanowiącego załącznik nr 2A do SIWZ) - spełniają wymagania równoważności określone w SIWZ, co Wykonawca wykazał w ramach złożonej oferty;

3) art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy MEDOX R. Ł. - przed odrzuceniem oferty - do złożenia wyjaśnień w zakresie równoważności zaoferowanych produktów, mimo że po stronie Zamawiającego istniały wątpliwości co zgodności ww. produktów z wymogami SIWZ;

4) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że jego oferta jest w pełni zgodna z SIWZ a zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego a w świetle kryteriów oceny ofert jest ona najkorzystniejszą w Postępowaniu;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia z Postępowania oferty Odwołującego z dn. 5.02.2021r.,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do

złożenia wyjaśnień w zakresie równoważności zaoferowanych produktów,

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa jednorazowych i wielorazowych wyrobów medycznych - 33 zadania dla SPWSZ w Szczecinie” znak postępowania EP/220/80/2020.

Zamówienie zostało podzielone na 33 zadania. Wartość zamówienia jest wyższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp dla dostaw i usług.

Odwołanie dotyczy zadania nr 10 obejmującego zakup i dostawę wymienników ciepła i wilgoci HME oraz filtrów oddechowe elektrostatycznych.

W zakresie zadania nr 10, oferty złożyło dwóch wykonawców:

- Medtronic Poland Sp. z o.o. - z ceną całkowitą oferty wynoszącą 188 632,80 zł brutto,
- Odwołujący - MEDOX R. Ł., - z ceną całkowitą ofert wynoszącą 177 638,40 zł brutto.

Zamawiający w zakresie zadania nr 10 dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 29 ust. 3 Pzp, tj. opis przedmiotu zamówienia w pozycjach 1-4 Formularza asortymentowo-cenowego wskazywał na urządzenia konkretnego producenta tj. Medtronic.

Jednocześnie w SIWZ zawarto postanowienie dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do produktów wymaganych w Opisie przedmiotu zamówienia.

Rozdział III pkt 9 SIWZ:

We wszystkich miejscach SIWZ, w których użyto przykładowego znaku towarowego, patentu, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu lub jeżeli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust 3 ustawy Pzp, a w każdym przypadku, działając zgodnie z art 29 ust. 3 ustawy Pzp i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, oznaczając takie wskazania lub odniesienia odpowiednio wyrazami „lub równoważny” lub „lub równoważne” (m.in. zastosowanie innych materiałów i urządzeń), pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, że parametry sprzętu wskazane w opisie przedmiotu zamówienia stanowią parametry minimalne, graniczne - wobec których należy

przeprowadzić porównanie w przypadku oferowania produktu równoważnego. Dla wykonawców oznacza to, że w przypadku, gdy oferują oni rozwiązanie równoważne - są zobowiązani do odniesienia się do zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w zakresie zadania nr 10 zaoferował produkty równoważne w stosunku do produktów wymaganych w OPZ. Produkty te są lepszej jakości niż produkty referencyjne, w każdym elemencie wymaganym - są równe albo lepsze.

Odwołujący wyjaśnił także, że każdorazowo w przypadku zaoferowania produktu równoważnego - przedmiotową okoliczność wyraźnie zaznaczył w formularzu ofertowym oraz przedstawił parametry sprzętu - które pozwalały na ocenę, czy zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego.

Rozdział VI pkt 10 SIWZ stanowił, że: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (stron katalogowych lub folderów, ulotek informacyjnych, itp.) - w j. polskim dla oferowanych wyrobów, pozwalających na potwierdzenie ich zgodności z SIWZ w zakresie wymagań określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ (odrębnie dla wyrobów oferowanych w ramach każdego zadania, na które składana jest oferta).

Powyższe oznacza, że na etapie składania ofert - Zamawiający nie przewidział obowiązku składania dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania ustanowione w Postępowaniu, tj. dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów ustanowionych w SIWZ, tj. że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Jako podstawę stwierdzenia niezgodności wskazano następujące cechy oferowanych produktów:

Poz. 1 - parametr przestrzeni martwej

Poz. 2 - parametr przestrzeni martwej oraz waga produktu

Poz. 3 - parametr oporu przepływu.

Jak wskazał Odwołujący, niezgodność tych parametrów z wymogami została przez Zamawiającego wywiedziona nie z treści specyfikacji ani nawet nie z treści opisu przedmiotu

zamówienia, ale z treści tzw. wyjaśnień SIWZ udzielonych wykonawcom, w których to Zamawiający de facto nie wyjaśniał żadnej treści SIWZ a jedynie odpowiadał na pytania wykonawców, w których pytano o możliwość zaoferowania konkretnych produktów o określonych parametrach. Treść „wyjaśnień” ograniczała się jedynie do wskazania przez Zamawiającego, że nie dopuszcza produktu opisanego w pytaniu, który był innym produktem niż oferowany przez Odwołującego. Poza wskazaniem „Zamawiający dopuszcza/Zamawiający nie dopuszcza” - nie uzasadniono w żaden sposób podjętej decyzji o dopuszczeniu bądź niedopuszczeniu produktu będącego przedmiotem pytania. Nie odniesiono się do żadnych parametrów urządzeń, których dotyczyły pytania wykonawców. Zamawiający w treści „wyjaśnień” nie zawarł żadnych wyjaśnień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie wymaganych parametrów, na które powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego przedmiotowych wyjaśnień nie sposób nawet traktować jako wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust. 1 Pzp - nie zawierają one bowiem żadnych dookreśleń ani nie usuwają żadnych wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Pytania skonstruowane były w taki sposób, że każdorazowo dotyczyły konkretnego produktu i zawierały charakterystykę produktu - szereg parametrów charakteryzujących ten konkretny produkt. Natomiast odpowiedź każdorazowo również dotyczy produktu będącego przedmiotem pytania jako całości - a nie wybranych jego parametrów.

Jak podkreślił Odwołujący, z takiej odpowiedzi nie sposób wnioskować, że podstawą niedopuszczalności zaoferowania produktu jest którykolwiek z jego parametrów, bowiem żaden parametr nie został wskazany jako ten, który stanowi o niedopuszczalności zaoferowania produktu.

Wymogi w zakresie parametrów produktów stanowiących przedmiot zamówienia zostały szczegółowo określone w OPZ. Odwołujący wskazał, że opis jednoznacznie wskazywał na produkty jednego producenta tj. Medrotronic oraz możliwe było zaoferowanie w niniejszym postępowaniu produktów równoważnych - o „parametrach nie gorszych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący podkreślił, że w treści SIWZ jednoznacznie mowa była o „parametrach nie gorszych” zatem zaoferowanie produktów o parametrach obiektywnie lepszych niż określone w OPZ powinno skutkować uznaniem, że produkty takie spełniają wymogi Zamawiającego. Sformułowanie „parametry nie gorsze” w zupełności zawiera w sobie wszystkie takie parametry, które są obiektywnie lepsze. Obiektywnie lepsze oznacza natomiast parametry przyjęte za lepsze przez ogół producentów, odbiorców, środowisko naukowe itd. Parametry lepsze czy też „nie gorsze” powinny oznaczać również dla Zamawiającego takie parametry, które gwarantują lepszą funkcjonalność produktu. Tymczasem Zamawiający podważa

oczywiste korzystniejsze parametry produktów Odwołującego, na rzecz parametrów gorszych.

Zdaniem Odwołującego treść odpowiedzi na pytania wykonawców w zakresie możliwości zaoferowania przez nich konkretnych produktów w postępowaniu - w formie w jakiej została sformułowana - nie może stanowić podstawy do uznania o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ polegającej na braku spełnienia przez zaoferowane produkty wymogów ustanowionych w Postępowaniu.

Pytania i odpowiedzi dotyczyły skonkretyzowanych produktów. Wykonawcy formułując pytania każdorazowo odnosili się do szeregu (zazwyczaj kilku lub nawet kilkunastu) różnych parametrów charakteryzujących produkty, które mieli zaoferować. Odpowiedź Zamawiającego - ograniczająca się do wskazania „Zamawiający dopuszcza/Zamawiający nie dopuszcza” odnosiła się również bezpośrednio do tego konkretnego produktu, o którym mowa była w pytaniu. Zamawiający nie odnosił się do każdego z parametrów produktu wskazanych w pytaniu - a całościowo do produktu - dopuszczając bądź nie dopuszczając jego zaoferowanie.

Pytania dotyczyły produktów które charakteryzowały się parametrami częściowo lepszymi, a częściowo gorszymi od wymaganych. Przy braku skonkretyzowania przez Zamawiającego podstawy niedopuszczalności zaoferowania danego produktu np. poprzez wskazanie w odpowiedzi parametru, który świadczy o niezgodności produktu z wymogami Zamawiającego - nie sposób obecnie „wybierać” tych parametrów które miałyby świadczyć o takiej a nie innej decyzji Zamawiającego o niedopuszczalności danego produktu.

W tych okolicznościach w opinii Odwołującego nie może być mowy o jakimkolwiek ogólnym doprecyzowaniu wymogów Zamawiającego w zakresie parametrów sprzętu ustanowionych w OPZ. Z treści „wyjaśnień” SIWZ nie sposób wywieść jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie parametrów produktów, na jakie wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Produkty, których dotyczyły pytania, charakteryzowały się parametrami zarówno lepszymi od minimalnych wymaganych w Postępowaniu, jak i gorszymi od parametrów minimalnych.

Odwołujący wskazał, że w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający dokonał zmiany obowiązujących go postanowień SIWZ i OPZ w zakresie parametrów minimalnych i zasad, na jakich mogą być oferowane w postępowaniu rozwiązania równoważne.

Wszelkie okoliczności dotyczące parametrów, które rzekomo mają nie spełniać wymogów w zakresie równoważności wskazane w odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynikają z żadnego z dokumentów postępowania - w tym również z treści udzielonych wyjaśnień.

Gdyby Zamawiającemu faktycznie zależało na ograniczeniu - jakie obecnie stara się wywieść z treści wyjaśnień SIWZ - to ująłby je jednoznacznie. W przeciwnym wypadku - ograniczanie poczynione w uzasadnieniu odrzucenia jest nie tylko nieuzasadnione, ale również niedozwolone na gruncie przepisów Pzp - prowadzi ono bowiem do zmiany treści SIWZ i OPZ.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający nie dookreślił sposobu wykazania równoważności produktów/urządzeń ponad treść przywołanego powyżej postanowienia SIWZ w taki sposób, że wymieniłby kluczowe parametry, które miałyby osiągnąć konkretne wartości. Tym samym wykonawca oferujący rozwiązania równoważne zobowiązany był do „zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wykazał, że oferowane przez niego rozwiązania posiadają parametry takie same jak wymagane lub lepsze - co świadczy o równoważności oferowanego rozwiązania. Oczywiście jest, że parametry lepsze od wymaganych są jednocześnie parametrami nie gorszymi od wymaganych. Oznacza to, że zaoferowane urządzenia odpowiadają wymogom ustanowionym w postępowaniu - a oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zauważył także, że Zamawiający był w stanie, na podstawie treści oferty złożonej przez Odwołującego, dokonać oceny zaoferowanych urządzeń pod kątem wymogów równoważności.

Zamawiający w zakresie potwierdzenia spełnienia wymogów przez oferowane dostawy - nie przewidział szczególnego rodzaju postanowień dotyczących składania dokumentów w przypadku oferowania przez wykonawcę rozwiązań równoważnych.

Wykonawca nie był zobowiązany do składania dokumentów przedmiotowych już na etapie składania ofert - wraz z ofertą, bez względu na okoliczność, że oferuje on rozwiązanie równoważne.

Zamawiający bez trudu mógł ocenić czy zaoferowane przez Odwołującego produkty są produktami równoważnymi w stosunku do tych wymaganych. Wykonawca szczegółowo określił parametry oferowanych produktów - zestawiając je z parametrami minimalnymi, ustanowionymi przez Zamawiającego.

W tej sytuacji nie może być mowy o niewykazaniu równoważności.

Zdaniem odwołującego, poprzez wskazanie i opisanie w treści formularza ofertowego wszelkich parametrów oferowanych urządzeń koniecznych do oceny, czy spełniają one wymagania Zamawiającego – Odwołujący uczynił zadość obowiązkowi o którym mowa w art. 30 ust. 5 Pzp.

Zamawiający - przed odrzuceniem oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ - winien był wezwać go do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie ustalił definitywnie, że produkty zaoferowane przez Odwołującego nie są równoważne do produktów określonych w SIWZ. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień - uzyskałby wyjaśnienia, w których jednoznacznie potwierdzono by, że zaoferowane produkty są równoważne z produktami określonymi w SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego - czego skutkiem byłoby uznanie, że jest ona zgodna z treścią SIWZ i spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego, powinien był wówczas dokonać wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie ma art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Zamawiający nie mając całkowitej pewności, czy oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, nie powinien jej odrzucić.

W niniejszym postępowaniu, w trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził, że:

„Gdyby w formularzu ofertowym Odwołujący rozwinął kwestię parametrów i przedstawił dowody na tę okoliczność, to być może niniejsza rozprawa nie miałaby miejsca. Brak było zatem po stronie Odwołującego staranności wykazania. Na podstawie danych, które Zamawiający otrzymał od Odwołującego, nie mógł ocenić, czy parametry są lepsze, czy nie. Pracownicy Zamawiającego mają ogromną wiedzę medyczną”.

„Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania, a jednocześnie nie mógł pozwolić na przystąpienie firmy oferującej nieznanne filtry. Zamawiający nie twierdzi, że parametry

oferowane przez Odwołującego nie są dobre, ale jest niebezpieczne dla pacjenta dopuszczenie produktu, którego Zamawiający nie zna.”

Powyższe twierdzenia Zamawiającego jednoznacznie wskazują, że Zamawiający nie miał podstawy, aby stwierdzić, że Odwołujący nie zaoferował urządzeń, które nie spełniają wymagań SIWZ. Wynika to z oświadczenia Zamawiającego: „Zamawiający nie twierdzi, że parametry oferowane przez Odwołującego nie są dobre, ale jest niebezpieczne dla pacjenta dopuszczenie produktu, którego Zamawiający nie zna”. Skoro zatem Zamawiający nie twierdzi, że parametry oferowane przez Odwołującego nie są dobre, to znaczy, że nie uznał, aby urządzenia oferowane przez Odwołującego nie spełniały wymagań SIWZ. To z kolei potwierdza, że Zamawiający nie dokonał badania i oceny ofert w sposób prawidłowy. Na to wskazuje dodane przez Zamawiającego stwierdzenie: „(...) ale jest niebezpieczne dla pacjenta dopuszczenie produktu, którego Zamawiający nie zna”. Okoliczność, że Zamawiający nie zna danego produktu, nie oznacza, że produkt ten nie spełnia wymagań SIWZ. Tę okoliczność mógł i powinien Zamawiający wyjaśnić, zanim dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Pomimo wątpliwości, Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień. Wskazuje na to stwierdzenie Zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy, np. w odniesieniu do zaoferowanych przez Odwołującego filtrów: „Zamawiający oczekiwał wagi 20 gram, zaoferowano 8-9 gram. Zamawiający miał podejrzenie, że jest to filtr dziecięcy”. Skoro Zamawiający miał podejrzenie co do zaoferowanego filtra, a nie miał pewności, miał możliwość skorzystania z przewidzianego prawa do wyjaśnienia. Jednoznaczna odpowiedź Wykonawcy (w tym przypadku oświadczenie Wykonawcy, czy jest to filtr dziecięcy czy nie), nie mogła spowodować zmiany treści oferty w sytuacji, gdy wszystkie parametry urządzenia zostały podane w treści oferty. Zatem wyjaśnienie tej kwestii nie stanowiłoby niedozwolonych negocjacji. Rację ma Zamawiający, który w trakcie rozprawy stwierdził także, że: „Zamawiający zauważa, że te wyjaśnienia powinny się odbyć w formie pisemnej na etapie badania i oceny ofert.”

Natomiast bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, że „(...) podnoszenie ich jest spóźnione. Wykazanie równoważności powinno nastąpić na etapie oferty.” Usuwanie wątpliwości Zamawiającego w postaci zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia ma miejsce na etapie badania i oceny już złożonych w postępowaniu ofert. Stąd właśnie po złożeniu ofert, Zamawiający miał możliwość wyjaśnienia treści oferty Odwołującego.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma okoliczność, że Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie określił w sposób jasny i oczywisty, które konkretnie

parametry urządzenia nie będą uznawane przez niego jak równoważne. Zamawiający na etapie postępowania przetargowego odpowiadając na pytania Wykonawców, czy dopuści określone urządzenie, odpowiadał jednym zdaniem: określającym, że Zamawiający dopuści lub nie dopuści określone urządzenie. Zamawiający nie wyjaśniał treści SIWZ, ale jedynie odpowiadał na pytania Wykonawców co do możliwości zaoferowania konkretnych produktów o określonych parametrach. Zamawiający nie wyjaśniał, z jakich powodów uznaje określone urządzenie za niezgodne z jego wymaganiami. Nie wyjaśniał, które parametry danego urządzenia powodują, że nie odpowiada ono jego wymaganiom. Nie przedstawił żadnych wyjaśnień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w aspekcie wymaganych parametrów, na które powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Jest to istotne, gdyż, jak wskazał Odwołujący, urządzenia, których dotyczyły pytania wykonawców, charakteryzowały się również parametrami gorszymi niż wskazał Zamawiający w treści opz. Nie sposób zatem było uznać, że to właśnie z powodu akurat np. parametru przestrzeni martwej, wagi urządzenia, czy oporu przepływu, Zamawiający uznał, że urządzenia, których dotyczyły pytania Wykonawców, nie spełniają wymagań SIWZ. Rację zatem ma Odwołujący, że z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi nie sposób wnioskować, że podstawą niedopuszczalności zaoferowania produktu jest którykolwiek z jego parametrów, bowiem żaden parametr nie został jednoznacznie wskazany jako ten, który stanowi o niedopuszczalności zaoferowania produktu.

Powyższa okoliczność potwierdza, że Odwołujący nie miał pełnej wiedzy, że właśnie z powodu parametrów takich, jak parametr przestrzeni martwej, waga produktu, czy parametr oporu przepływu, urządzenie, które zaoferował, nie będzie uznane przez Zamawiającego za spełniające wymagania. Tym bardziej, że jak wskazał Odwołujący, zaoferował urządzenia o parametrach, które obiektywnie mogą zostać uznane za korzystniejsze. Okoliczność tę potwierdza cytowane już powyżej stwierdzenie Zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy: „Zamawiający nie twierdzi, że parametry oferowane przez Odwołującego nie są dobre (...)”.

Odwołujący w treści oferty przedstawił parametry oferowanych urządzeń. W okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający na podstawie przedstawionych parametrów, czy producenta i modelu oferowanych urządzeń, miał możliwość stwierdzenia, czy urządzenie odpowiada jego wymaganiom. Wynika to z okoliczności, że właśnie w ten sposób Zamawiający określał równoważność produktów wymienianych przez wykonawców w treści zapytań do Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego (przed upływem terminu składania ofert).

Jak już wyżej wskazano, w toku procedury przetargowej, na etapie poprzedzającym złożenie ofert, Zamawiający odpowiadając na pytania Wykonawców, czy dopuści określone

urządzenie, odpowiadał jednym zdaniem: określającym, że Zamawiający dopuści lub nie dopuści określone urządzenie. Pytania zadawane przez Wykonawców przedstawiały konkretne parametry urządzeń i na takiej podstawie Zamawiający potwierdzał, czy uznaje urządzenie za spełniające jego wymagania/równoważne. Zamawiający nie wyjaśniał, z jakich powodów uznaje określone urządzenie za niezgodne z jego wymaganiami. W taki sam sposób Zamawiający miał możliwość dokonania oceny na podstawie przedstawionych w ofercie Odwołującego parametrów, czy określone parametry uznaje za korzystniejsze czy też nie.

Twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący na etapie składania ofert nie wykazał równoważności w niniejszym postępowaniu jest bezzasadne, bowiem Zamawiający na podstawie przedstawionych parametrów miał możliwość dokonania oceny, czy poszczególne parametry są korzystniejsze, czy nie. Wbrew zatem twierdzeniu Zamawiającego, już w treści oferty Odwołujący przedstawił dane, które umożliwiały Zamawiającemu dokonanie oceny równoważności poszczególnych parametrów urządzeń.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił wyjaśnienie, że każdy z parametrów oferowanych urządzeń odpowiada wymaganiom Zamawiającego, jak również niektóre z parametrów urządzeń są obiektywnie korzystniejsze niż opisane w SIWZ. Dotyczy to np. parametru przestrzeni martwej, wagi produktu, oporu przepływu.

W odniesieniu do parametru przestrzeni martwej, Odwołujący wyjaśnił, że zaoferował parametr o mniejszej przestrzeni martwej, co oznacza w jego ocenie parametr korzystniejszy. Jak wyjaśnił Odwołujący, martwa przestrzeń, nazywana przestrzenią „bezużyteczną”, jest to ilość gazu, która pozostaje w układzie oddechowym/filtrze po każdym cyklu wentylacji. Czym mniejsza jest martwa przestrzeń, tym mniej gazu z poprzedniego cyklu wraca z powrotem do pacjenta. Im mniejsza jest martwa przestrzeń, tym mniejszy wysiłek oddechowy pacjenta i mniejsza ilość dwutlenku węgla w układzie oddechowym.

W odniesieniu do parametru oporu przepływu Odwołujący wskazał, że opór przepływu ma wpływ na spadek ciśnienia (różnica pomiędzy stroną bierną filtra i stroną czystą filtra). Jest to miara wszystkich oporów przepływu gazu. Mniejszy opór przepływu, powoduje mniejsze obciążenie respiratora (niższe ciśnienie pracy i niższe ciśnienie w obwodzie oddechowym) i swobodniejszy przepływ gazu przez filtr. Im niższy opór przepływu, tym w fazie wydechu, pod wpływem sił sprężystych płuca swobodniej się zapadają. Opór określa wysiłek, jaki jest potrzebny do wykonania wdechu lub wydechu. Im mniejszy, tym korzystniejszy dla pacjenta.

W odniesieniu do wagi filtra Odwołujący wskazał, że filtr montuje się na masce lub rurce intubacyjnej umieszczonej na twarzy pacjenta. Mniejsza waga filtra mniej obciąża pacjenta i wpływa na komfort pacjenta, przy jednoczesnym zabezpieczeniu parametrów skuteczności filtracji i nawilżania.

Zamawiający nie odniósł się do tych twierdzeń, wskazując w trakcie rozprawy, że nie twierdzi, iż parametry urządzeń oferowanych przez Odwołującego nie są dobre (o czym powyżej). Tym bardziej, w ocenie Izby, zachodzi podstawa do dokonania przez Zamawiającego ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Jeśli zaoferowano urządzenia o parametrach, które mogą być obiektywnie lepsze, Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiający powinien wyjaśnić.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał: „Zgodnie z art. 30 ust. 5 PZP z 2004 r. wykonawca może zaoferować produkty równoważne opisanym przez zamawiającego w SIWZ, natomiast decydując się na takie rozwiązanie wykonawca powinien wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Powyższy przepis nakłada na wykonawców, którzy zdecydowali się na zaoferowaniu w postępowaniu produktu równoważnego do wykazania najpóźniej w dacie złożenia oferty, że rozwiązanie to spełnia wszelkie wymogi Zamawiającego określone w SIWZ i załącznikach do niego”.

Powyższy cytat jednoznacznie dowodzi, że Zamawiający dopuszczał zaoferowanie produktów równoważnych w tej części, na którą ofertę złożył Odwołujący. W przeciwnym razie Zamawiający jednoznacznie wskazałby w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że Odwołujący nie był uprawniony do odstąpienia od jednoznacznych wymagań Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający wskazał w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego na równoważność, co stanowi potwierdzenie, że Zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania przez Wykonawców w pakiecie nr 10 zamówienia produktów równoważnych.

Co więcej, na taką okoliczność wskazuje także fakt, że Zamawiający odpowiadając na pytania Wykonawców wprost odnosił się do możliwości zaoferowania produktów równoważnych. Tytułem przykładu – zestaw nr 26 pytanie dotyczące pakietu nr 10 poz. 2 i 3: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie jako równoważnego filtra oddechowego bakteryjno – wirusowego z celulozowym wymiennikiem ciepła i wilgoci HME o korzystniejszych parametrach: (...)”. Podobnie w zestawie nr 26 pytanie dotyczące pakietu nr 10 poz. 4: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie jako równoważnego filtra oddechowego bakteryjno – wirusowego elektrostatycznego bez wymiennika ciepła i wilgoci o

następujących parametrach: (...). Skoro Zamawiający wypowiadał się co do kwestii równoważności i nie negował jej na etapie pytań do SIWZ, to jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający dopuszczał zaferowanie urządzeń równoważnych w stosunku do tych, które opisał w SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności bezpodstawne i niewiarygodne jest twierdzenie Zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, że: „w zadaniu nr 10 nie było dopuszczenia równoważności”.

Ponadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w zadaniu nr 10 opisał przedmiot zamówienia nie za pomocą funkcjonalności, ale poprzez wskazanie konkretnych parametrów oferowanych urządzeń. Odwołujący wskazał w treści odwołania, jakim konkretnie urządzeniom na rynku odpowiadają opisane przez Zamawiającego produkty. Tym bardziej wskazuje to na okoliczność, że celem Zamawiającego było dopuszczenie rozwiązań równoważnych.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć za zasadne twierdzenie Zamawiającego, że: „w zadaniu nr 10 nie było dopuszczenia równoważności”, to nie jest wykluczone, aby Wykonawca zaferował urządzenia, których parametry są korzystniejsze od opisanych w SIWZ, bowiem będą one spełniać wymagania SIWZ w sposób obiektywny.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że zaferowane przez niego urządzenia charakteryzują się lepszymi parametrami niż te, których wymagał Zamawiający w SIWZ.

Te okoliczności nie zostały przez Zamawiającego zbadane. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu, że parametry (kwestionowane przez Zamawiającego) są korzystniejsze. Nie jest wiarygodne oświadczenie Zamawiającego, że Odwołujący w treści oferty nie przedstawił w sposób wystraszający informacji pozwalających na ocenę, czy urządzenie jest, czy nie jest równoważne do urządzeń opisanych w SIWZ. W szczególności, gdy Zamawiający oświadczył, że dysponuje personelem mającym ogromne doświadczenie i wiedzę (co Zamawiający podkreślał w trakcie rozprawy z udziałem stron) oraz wobec okoliczności, że Zamawiający przed terminem składania ofert - w sposób jednoznaczny potrafił wypowiedzieć się, czy urządzenie jest, czy nie jest równoważne, wyłącznie na podstawie parametrów urządzenia przedstawionych przez Wykonawców.

Powyższe w ocenie Izby świadczy wyłącznie o tym, że Zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy oceny oferty Odwołującego. Jak wskazano powyżej, Zamawiający w trakcie rozprawy wyjawiał jedynie, że ma wątpliwości, natomiast nie wyjaśnił tych wątpliwości, w żaden sposób nie dokonał badania i oceny oferty w tym zakresie. Fakt, że Zamawiający nie potrafił odnieść się do stanowiska Odwołującego wskazującego na korzystniejsze parametry

zaoferowanych urzędzeń potwierdza, że Zamawiający powinien ponownie dokonać ponownego badania i oceny oferty Odwołującego. Wobec takiej sytuacji, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie mając całkowitej pewności, czy oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, nie powinien jej odrzucić.

W świetle powyższego należało uznać, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz niewyjaśnienie jej treści. W konsekwencji Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty Wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o. przed dokonaniem pełnego zbadania oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 i 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:

.....