

**WYROK**

**z dnia 12 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawcę Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, przy udziale wykonawcy Surg-Tech L. K. sp. j. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę staplerów i siatek do operacji przepuklin (znak sprawy: ZP/10/Sp./2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 071-123984.

W dniu 16 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Surg-Tech L. K.sp. j. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Wykonawca ST”).

W dniu 27 czerwca 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu oferty Wykonawcy ST pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia tej oferty,
2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ST pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do jej odrzucenia, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 91 ust 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo

złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu,

3. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy ST jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy ST jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy ST jako niespełniającej wymogów SIWZ,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. zasądzenie na jego rzecz kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:
  - 2.1. treści dokumentów załączonych do odwołania oraz znajdujących się w aktach Postępowania, w tym wskazanych w odwołaniu oraz ofert Wykonawcy ST i Odwołującego, na okoliczności podniesione w odwołaniu, ze szczególnym uwzględnieniem:
    - niespełniania wymogów SIWZ przez produkty zaoferowane przez Wykonawcę ST,
    - spełniania przez ofertę Odwołującego kryteriów pozwalających uznać ją za najkorzystniejszą spośród prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu,
  - 2.2. okazania/oględzin rzeczy ruchomej – staplera zaoferowanego przez Wykonawcę ST na okoliczność ustalenia cech charakterystycznych produktów oferowanych przez Wykonawcę ST oraz czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, z uwzględnieniem w szczególności badania odnośnie niezgodności podniesionych przez Odwołującego, a zwłaszcza dotyczącego wymogu długości staplerów,
  - 2.3. treści dokumentacji fotograficznej, która zostanie złożona podczas rozprawy, na okoliczność jak w pkt 2.2,

2.4. opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań materiałów, technologii i urządzeń, w tym wyrobów medycznych, na okoliczność jak w pkt 2.2.

Odwołujący stwierdził, że składając w terminie ofertę stał się oferentem oraz potencjalnym wykonawcą uczestniczącym w Postępowaniu, który na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Jest zatem podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 Pzp, a więc dysponującym legitymacją czynną do złożenia odwołania. W przypadku uwzględnienia choćby niektórych zarzutów sformułowanych w odwołaniu jako oferta najkorzystniejsza w części 1 zamówienia powinna zostać wybrana oferta Odwołującego.

Na uzasadnienie zarzutów Odwołujący podał, że w części 1 zamówienia, poz. 2 Zamawiający wymagał dostarczenia staplerów spełniających m.in. wymóg dostępności również w wersji krótkiej (32 cm).

Wykonawca ST zaoferował następujące produkty: 1 szt. stapler okrężny CS28 lub CS32 lub CS28L lub CS32L (laparoskopowy) lub CS28CT lub CS32CT (ComPact) i 1 szt. stapler liniowy LS45B lub LS60B (cienka tkanka) lub LS45G lub LS60G (gruba tkanka).

Analiza treści oferty Wykonawcy ST prowadzi do niepodważalnego wniosku, że zaoferował staplery krótkie o numerach katalogowych CS28CT oraz CS32CT. Z dołączonych do jego oferty stron katalogowych wynika, że staplery o tych numerach katalogowych mają długość 345 mm (34,5 cm). Również na stronie internetowej producenta zaoferowanych przez Wykonawcę ST staplerów – firmy Frankenman można odnaleźć informację o długości staplerów, która jest odmienna od wymaganej w SIWZ po uwzględnieniu odpowiedzi na pytania (o czym niżej).

Na potwierdzenie powyższych okoliczności Odwołujący załączył kopię znajdującej się w aktach strony katalogowej złożonej przez Wykonawcę ST. Na marginesie Odwołujący podniósł, że długość pozostałych zaoferowanych przez Wykonawcę ST staplerów okrężnych, tj. 42 cm oraz 52 cm dla wersji laparoskopowej odpowiada informacjom zawartym na stronach katalogowych oraz na stronie internetowej producenta Frankenman.

Następnie Odwołujący wskazał, że na etapie przewidzianym na wnioski o wyjaśnienie SIWZ, żaden z wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem o dopuszczenie staplerów okrężnych prostych o długości 34,5 cm. Zadano jedynie pytanie o dopuszczenie staplerów okrężnych prostych o długości 32 cm.

W odpowiedzi na tak sformułowane pytanie Zamawiający wprowadził stosowną modyfikację postanowień SIWZ, zmieniając treść formularza cenowego dla części 1 zamówienia (poz. 2).

W ocenie Odwołującego przytoczone okoliczności niezbitcie dowodzą, że oferta Wykonawcy ST, jako niespełniająca kryteriów SIWZ, podlega odrzuceniu, bowiem w poz. 2 części 1 zamówienia zaoferowano staplery proste, krótkie o długości niezgodnej z wymogami Zamawiającego (zamiast staplera krótkiego o długości 32 cm, zaoferowano stapler o długości 34,5 cm).

Odwołujący stwierdził, że w procedurze udzielania zamówień publicznych, w trakcie badania zgodności złożonej oferty z wymogami SIWZ, rolą zamawiającego jest literalne zweryfikowanie, czy parametry zaoferowanych towarów w 100% odpowiadają określonym przez niego wymogom. Zamawiający nie może weryfikować, czy produkt o danym parametrze mógłby zostać wykorzystany i czy mniej więcej odpowiada swoją charakterystyką jego pierwotnym oczekiwaniom. Skoro w postanowieniach SIWZ Zamawiający posługuje się precyzyjną miarą podając wymiary zszywek w milimetrach, z dokładnością do dziesiętnych miejsc po przecinku, czy długość staplerów w centymetrach, jednocześnie nie wprowadzając dopuszczalnej tolerancji lub nie posługując się sformułowaniami „około” albo „mniej więcej”, albo analogicznymi, to oznacza, że badanie oferty winno odbywać się z zastosowaniem kryterium „spełnia – nie spełnia”. Wybór oferty Wykonawcy ST jest nieuzasadnionym preferowaniem tylko jednego wykonawcy i to na dodatek składającego ofertę niezgodną z SIWZ, co bez wątplenia narusza zasady obiektywizmu i deformuje uczciwą konkurencję, gdyż Zamawiający zignorował określone przez siebie parametry, o czym inni wykonawcy nie wiedzieli, przez co nie mogli złożyć konkurencyjnych ofert. Dla przykładu Odwołujący podał, że będąc największą firmą sprzętu medycznego na świecie, dysponuje wieloma liniami produktów, w tym tzw. produktami ekonomicznymi, które pozwalają na osiągnięcie podobnego efektu medycznego w niższej cenie. Gdyby, zakładając „tolerancję” Zamawiającego odnośnie wymogów dotyczących oferowanego sprzętu, Odwołujący zaoferował produkty z linii budżetowej, którymi również można wykonać wszystkie zabiegi, to taka oferta byłaby zdecydowanie korzystniejsza od oferty Wykonawcy ST. Odwołujący zaoferował jednak produkty droższe, ale zgodne z wymogami Zamawiającego

Zdaniem Odwołującego bez znaczenia jest tutaj różnica cenowa pomiędzy wybraną ofertą a kolejnymi ofertami złożonymi na część 1 zamówienia. Zamawiający w pierwszej kolejności musi bowiem zbadać, czy złożone oferty są zgodne z wymogami SIWZ, a dopiero później może weryfikować, czy oferty mieszczą się w kwotach przeznaczonych na realizację zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że po otwarciu ofert, w dniu 30 maja 2016 r., jego przedstawiciel dokonał wglądu w złożone oferty i podczas ich analizy dostrzegł powyższe niezgodności z wymogami Zamawiającego. Zgłosił to Zamawiającemu w formie

notatki z przeglądu oferty, wysłanej drogą elektroniczną w dniu 2 czerwca 2016 r. Zamawiający otrzymał więc informację o potencjalnej niezgodności jednej z ofert z wymogami SIWZ przed ogłoszeniem wyników Postępowania, ale nie zwrócił się do Wykonawcy ST o wyjaśnienie opisanej w odwołaniu rozbieżności. Powyższe zaniechanie Zamawiającego i dalsze forsowanie wyboru oferty Wykonawcy ST, wbrew obowiązującym przepisom, jest tym bardziej nieuprawnione, gdy weźmie się pod uwagę, iż do złożonej oferty załączone zostały strony katalogowe i inne materiały informacyjne, z których jednoznacznie wynika, że zaoferowano produkt o parametrach niezgodnych z określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie uzasadniając wniosek w następujący sposób.

Zamawiający zwrócił uwagę na pierwotną wersję opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ (część 1 poz. 2 zamówienia), w którym nie było mowy o żadnych długościach staplerów. W wyniku zapytania dotyczącego dopuszczenia staplerów o określonych długościach Zamawiający stwierdził, że dopuszcza staplery o długościach wskazanych w pytaniu. Nie dokonał przy tym zmiany pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, dodając jedynie opis ze stwierdzeniem, że „dopuszcza się...”. Takie sformułowanie absolutnie nie wyklucza staplerów o innych długościach, nie są bowiem to parametry istotne z punktu widzenia Zamawiającego. Świadczy o tym zarówno opis pierwotny, jak też fakt, że w wyniku zmiany SIWZ nie uległ on modyfikacji, a dodanie stwierdzenia, że „dopuszcza się...” staplery o określonych długościach nie niweczy możliwości składania ofert na staplery o innych długościach.

Za wyżej wskazaną argumentacją przemawia, zdaniem Zamawiającego, zarówno językowa, jak też funkcjonalna wykładnia treści opisu przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający użył wyrażenia „dopuszcza się...”, pozostawiając przy tym inne – najważniejsze cechy dla przedmiotu zamówienia – oznacza to, że możliwe a nie konieczne (niezbędne, obowiązkowe), jest złożenie oferty z określonymi długościami staplerów. Wyrażenie „dopuszcza się” oznacza inaczej: pozwalać, uznawać za możliwe. Jest to wyrażenie zupełnie odmienne od wyrażen stwierdzających w sposób jednoznaczny konieczność i nakaz. Gdyby dla Zamawiającego istotne były długości staplerów na etapie wyboru oferty, umieściłby te cechy jako cechy niezbędne, a nie cechy „dopuszczające”.

W ocenie Zamawiającego nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania jest również treść oferty złożonej przez Odwołującego. Nie wynika z niej w zasadzie jaka jest długość oferowanych staplerów. Na str. 80 oferty widnieje specyfikacja staplerów, ze wskazaniem długości trzonów (22 i 35 cm), a nie długości całkowitej staplera.

Zamawiający oświadczył, że w ogóle nie weryfikował długości całkowitej tych staplerów, gdyż nie była istotna. Oferta w tej formie została dopuszczona i oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert – nie została odrzucona ani też nie żądano wyjaśnień w tym zakresie. Te okoliczności również przemawiają za przyjętą przez Zamawiającego wykładnią SIWZ, jako wykładnią prawidłową i umożliwiającą zgodną z prawem ocenę złożonych w sprawie dwóch ofert.

Zamawiający, odnosząc się do wniosków dowodowych zawartych w pkt 5-8 odwołania, wniósł o ich pominięcie z uwagi na fakt, że zmierzają do wykazania okoliczności, które w znacznej części nie są sporne. Zamawiający oświadczył, że nie kwestionuje okoliczności zaoferowania w ofercie najkorzystniejszej staplerów m.in. o długości 34,5 cm. Do rozstrzygnięcia zostaje zatem kwestia prawna dotycząca wykazania, czy wskazana przez Zamawiającego okoliczność dopuszczenia staplerów o określonych długościach eliminuje dopuszczenie staplerów o innych długościach. Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek cech staplerów (poza długością), jako niespełniających wymagań SIWZ. Nie ma więc potrzeby wypowiedzania się w tym zakresie przez osoby czy podmioty posiadające wiedzę specjalną (biegli). Rolą Odwołującego jest bowiem wykazanie niezgodności oferty z SIWZ jeśli taka występuje.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca ST wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i Wykonawca ST podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentacji fotograficznej obrazującej jeden ze staplerów zaoferowanych przez Wykonawcę ST wraz z wyciągiem z instrukcji użycia tego wyrobu, na okoliczność długości zaoferowanych przez Wykonawcę ST staplerów.

Wykonawca ST wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku z systemu służącego składaniu przez niego zamówień u producentów wyrobów medycznych, na okoliczność ustalenia znaczenia użytego we wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ oznaczenia „32 cm”.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy ST zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę ST (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, pisma przystępującego z dnia 26 kwietnia 2016 r. – wniosku o zmianę postanowień SIWZ, pisma Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2016 r. zawierającego odpowiedzi na wnioski i modyfikację SIWZ, oferty Odwołującego, a także dokumentacji fotograficznej i ulotki informacyjnej złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Nie znaleziono natomiast podstaw do dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z treści przedstawionego przez Przystępującego wydruku, ponieważ – po pierwsze – sporządzony został w języku angielskim i nie załączono do niego tłumaczenia na język polski (zob. § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), po drugie zaś – zmierzał do wykazania okoliczności sprzecznej z twierdzeniami Zamawiającego (a więc strony, do której Wykonawca ST zgłosił przystąpienie), co objęte jest zakazem wynikającym z przepisu art. 185 ust. 5 Pzp.

Izba, na podstawie przepisu art. 190 ust. 6 Pzp odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z treści oferty Odwołującego na okoliczność spełniania przez nią kryteriów pozwalających uznać ją za najkorzystniejszą. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie kwestionował okoliczności spełniania przez tą ofertę wymogów SIWZ, o czym świadczy fakt, że nie została ona odrzucona. W takiej sytuacji stwierdzenie istnienia podstaw do uznania jej za ofertę najkorzystniejszą nie wymagało przeprowadzenia dowodu z treści oferty, a jedynie skutecznego zakwestionowania wyboru oferty Przystępującego. W konsekwencji skład orzekający uznał, że omawiany dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

W oparciu o dopuszczone dowody ustalono, że pierwotny opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ (formularzu cenowym), część 1 („Specjalistyczny jednorazowy sprzęt chirurgiczny do zabiegów na otwarto”), poz. 2, brzmiał następująco:

„[...]Specjalistyczny zestaw staplerów i ładunków do zabiegów kolorektalnych, w skład którego wchodzi następujące elementy: 1 szt. staplera okrężnego o średnicy 28 mm, 31 mm lub 33 mm zakrzywiony, z łamanym kowadłkiem po oddaniu strzału dla zwiększonego bezpieczeństwa podczas wyciągania staplera przez nowo utworzone zespolenie, zszywki



wykonane z drutu o przekroju kwadratowym gwarantujące prawidłowe formowanie zszywek, ze zszywkami przeznaczonymi do tkanki grubej o wysokości 4,8 mm; 1 szt. ładunku jednorazowego użytku 55 mm do stalowego staplera liniowego wielorazowego użytku, po zamknięciu staplera – szew w postaci podwójnej linii tytanowych zszywek ułożonych naprzemiennie. Wysokość zszywki przed zamknięciem 3,5mm lub 4,8 mm, po zamknięciu 1,5 mm lub 2,0 mm; zszywki każdorazowo formowane przez kowadełko (dopychacze zszywek) stanowiące integralną część ładunku. Zamawiający określi średnicę staplera i wysokość zszywek ładunku przy składaniu zamówienia. [...]”.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2016 r. Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o dopuszczenie w części 1, poz. 2 zestawu staplerów do zabiegów kolorektalnych składającego się z następujących elementów:

„[...]1 szt – Staplera okrężnego jednorazowego o średnicy 28 lub 32 mm, zakrzywionego, z regulowaną wysokością zamknięcia zszywek oraz skalą docisku w zakresie 1,0 – 2,0 mm, o całkowitej długości staplera 42 cm do zabiegów na otwarto i 52 cm do zabiegów laparoskopowych, z prostą główką, staplery z zszywkami o przekroju okrągłym z tytanu (wysokość otwartej zszywki 5,0 mm). Stapler z jedną dźwignią aktywującą. Stapler dostępny również w wersji krótkiej (32 cm), prostej dla rozmiaru 28 i 32 mm; oraz 1 szt. – jednorazowego automatycznego staplera liniowego o długości linii szwu 46 mm i 60 mm, z podwójną linią naprzemiennie ułożonych tytanowych zszywek wykonanych z drutu o przekroju okrągłym, załadowany ładunkiem do tkanki normalnej (3,8 mm przed zamknięciem, 1,5 mm po zamknięciu) lub grubej (4,5 mm przed zamknięciem, 2,9 mm po zamknięciu) ze zintegrowaną pinezką ograniczającą wysuwanie tkanki opuszczaną manualnie lub automatycznie; kowadełko w staplerze, stapler posiada dwie dźwignie, jedną zamykającą, drugą spustową. Stapler z bezpiecznikiem uniemożliwiający odpalenie staplera ze zużytym ładunkiem[...]”.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na ww. wniosek dokonując modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w części 1, poz. 2 przez nadanie jej następującego brzmienia:

„[...]Specjalistyczny zestaw staplerów i ładunków do zabiegów kolorektalnych, w skład którego wchodzi następujące elementy: 1 szt. staplera okrężnego o średnicy 28 mm, 31 mm lub 33 mm zakrzywiony, z łamanym kowadełkiem po oddaniu strzału dla zwiększonego bezpieczeństwa podczas wyciągania staplera przez nowo utworzone zespolenie, zszywki wykonane z drutu o przekroju kwadratowym gwarantujące prawidłowe formowanie zszywek, ze zszywkami przeznaczonymi do tkanki grubej o wysokości 4,8 mm; 1 szt. – Liniowy jednorazowy stapler automatyczny załadowany w rozmiarze 45-46 mm i 60 mm /

dopuszcza się: 1 szt – Stapler okrężny jednorazowy o średnicy 28 lub 32 mm, zakrzywiony, z regulowaną wysokością zamknięcia zszywek oraz skalą docisku w zakresie 1,0 – 2,0 mm, o całkowitej długości staplera 42 cm do zabiegów na otwarto i 52 cm do zabiegów laparoskopowych, z prostą główką, staplery z zszywkami o przekroju okrągłym z tytanu (wysokość otwartej zszywki 5,0 mm). Stapler z jedną dźwignią aktywującą. Stapler dostępny również w wersji krótkiej (32 cm), prostej dla rozmiaru 28 i 32 mm; 1 szt – Liniowy jednorazowy stapler automatyczny załadowany w rozmiarze 45-46 mm i 60 mm.[...]

Wykonawca ST w części 1 poz. 2 zaoferował:

„[...]Zestaw: 1 szt. Stapler okrężny i stapler liniowy/FRANKENMAN INTL.Ltd/1 szt. CS28 lub CS32 lub CS28L lub CS32L (laparoskopowy) lub CS28CT lub CS32CT (ComPact) i 1 szt. Stapler liniowy LS45B lub LS60B (cienka tkanka) lub LS45G lub LS60G (gruba tkanka)[...]”.

Z załączonych do oferty Przystępującego materiałów informacyjnych wynika, że staplery o symbolach CS28CT i CS32CT mają długość 345 mm, co stanowiło podstawę wniesionego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się w ustalonym stanie faktycznym.

Na wstępie wskazać należy, że postanowienia SIWZ, w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia, rzeczywiście charakteryzują – jak na to wskazuje sama nazwa tego dokumentu – ważne (istotne) właściwości jakimi musi charakteryzować się świadczenie wykonawcy. Ich interpretacja powinna, co do zasady, opierać się na wykładni literalnej, podkreślenia wymaga jednakże, że wspomniany sposób wykładni nie ma charakteru absolutnego i należy od niego odstąpić w sytuacjach, w których prowadzi ona do wzajemnie wykluczających się wniosków, bądź nie uwzględnia intencji zamawiającego związanych z dokonywaną wykładnią postanowień SIWZ. Trzeba również pamiętać, że postanowienia SIWZ, które nie prowadzą do jednoznacznych wniosków, odnoszących się *ad casum* do właściwości dostaw stanowiących przedmiot zamówienia, nie można interpretować w sposób prowadzący do negatywnych dla wykonawców konsekwencji.

Skład orzekający uznał, że z omówionych powyżej względów zasadne było odstąpienie od literalnej wykładni postanowień SIWZ.

Wbrew argumentacji Przystępującego, użyty przez niego we wniosku o wyjaśnienie SIWZ zwrot „Stapler dostępny również w wersji krótkiej (32 cm)” należy identyfikować z długością wyrobu. Powoływana przez Wykonawcę ST okoliczność przeciwna (tzn., że określenie „32 cm” należało w realiach sprawy poczytywać za kod transferowy),

abstrahując od jej sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego, nie została przez Przystępującego udowodniona.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w pierwotnym brzmieniu poz. 2 części 1 zamówienia nie uwzględnił parametru długości zamawianych staplerów, w odróżnieniu chociażby do asortymentu scharakteryzowanego w poz. 1 części 1 zamówienia, w którym posłużył się określeniem „stapler okrężny (...) o długości trzonu 22 cm”. Nie sposób przy tym uznać, że dokonana następnie, w dniu 28 kwietnia 2016 r., modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia w poz. 2 części 1 zamówienia wskazywać miała na bezwzględny wymóg zaoferowania staplerów wyłącznie o długości 32 cm, a to z następujących przyczyn.

Po pierwsze – skład orzekający uwzględnił, że sporny wniosek został złożony w związku z innymi niż długość parametrami staplerów, które w pierwotnym brzmieniu uniemożliwiały złożenie Przystępującemu oferty zgodnej z SIWZ. Świadczy o tym modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą Zamawiający opcjonalnie, obok pierwotnie scharakteryzowanych staplerów, dopuścił możliwość zaoferowania wyrobów o innych właściwościach (parametrach), opisanych we wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Powyższe wynika z konstrukcji opisu poz. 2 zmodyfikowanego formularza cenowego, w której najpierw opisano szczegółowo wymagania stawiane zestawowi staplerów, a następnie, po słowach „dopuszcza się”, znalazło się odniesienie do oczekiwania Wykonawcy ST.

Po drugie – brzmienie omawianego postanowienia SIWZ od słów „dopuszcza się” nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, czy obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie staplera o długości 42 cm do zabiegów na otwarcie i 52 cm do zabiegów laparoskopowych, które występują na rynku również w wersji krótkiej (32 cm), czy należałoby jednak przyjąć, że Zamawiający dopuścił wyłącznie zaoferowanie staplerów w wersji krótkiej, o długości 32 cm. Wówczas powstałaby wątpliwość dlaczego Zamawiający w pierwszym zdaniu dodanego fragmentu opisu przedmiotu zamówienia wskazał na całkowite długości urządzeń (42 cm i 52 cm). Ponadto, w ocenie Izby, stwierdzenie, że określony stapler dostępny jest również w wersji krótkiej nie przesądza, że miał on być przedmiotem świadczenia wykonawcy.

Po trzecie – nie sposób racjonalnie zakładać, że wykonawca, który wniósł o modyfikację postanowień SIWZ w taki sposób, aby stworzyć sobie szansę na złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu i otrzymał odpowiedź pozytywną, stwarzającą mu możliwość uzyskania zamówienia, złożyłby następnie ofertę, która byłaby sprzeczna z dokonanymi z jego inicjatywy zmianami.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań Izba nie uwzględniła złożonych przez odwołującego na rozprawie dowodów w postaci dokumentacji fotograficznej i wyciągu

z instrukcji użycia wyrobu uznając, że w okolicznościach sprawy długość staplera nie miała znaczenia dla oceny zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie naruszył zatem powołanych w *petitum* odwołania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia,

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 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 (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....