

sygn. akt: **KIO 1549/19**

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp. j., ul. Przyrodników 1C; 80-298 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **COPERNICUS Podmiot Leczniczy sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 1-6; 80-803 Gdańsk**,

orzeka:

1. **Oddała odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j., ul. Przyrodników 1C; 80-298 Gdańsk** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp. j., ul. Przyrodników 1C; 80-298 Gdańsk**, tytułem wpisu od odwołania.

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 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - COPERNICUS Podmiot Lecznicy sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Dostawa urządzeń i produktów medycznych, sterylizacyjnych i higienicznych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, w dniu 20 maja 2019 r., pod numerem 2019/S 096-231582.

Dnia 30 lipca 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 9 sierpnia 2019 roku wykonawca AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp. j. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu (dotyczących pakietu 4 i 5), polegających na:

1. niezgodnym z ustawą pzp, wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LM Line Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Kaniewska 2K; dalej: „LM Line”, dla pakietu nr 4;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty LM Line dla pakietu nr 4, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie treści złożonej oferty;
3. niezgodnym z ustawą pzp, wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LM Line, dla pakietu nr 5;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Empireum” z siedzibą w Jabłonnej, ul. Chotomska 30; dalej: „Empireum”, dla pakietu nr 5, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie treści złożonej oferty;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty LM Line dla pakietu nr 5, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie treści złożonej oferty;
6. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 4 i 5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1 - dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez LM Line dla pakietu nr 4, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

Zarzut nr 2 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty LM Line, w zakresie pakietu nr 4, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp,

Zarzut nr 3 - dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez LM Line, dla pakietu nr 5, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

Zarzut nr 4 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty LM Line w zakresie pakietu nr 5, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp,

Zarzut nr 5 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty Empireum, w zakresie pakietu nr 5, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp,

Zarzut nr 6 - zaniechanie przez zamawiającego obiektywnego badania treści złożonych ofert złożonych dla pakietu nr 4 i 5 (LM Line i Empireum), w tym również dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, wyjaśnień treści złożonej oferty złożonych w przedmiotowym postępowaniu dla pakietu nr 4 i 5 (LM Line i Empireum),

Zarzut nr 7 - zaniechanie czynności wyboru oferty, jako najkorzystniejszej, złożonej przez odwołującego dla pakietu nr 4 i 5,

Zarzut nr 8 - nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - dla pakietu nr 4 i 5.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 4 i 5,
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla pakietu nr 4 i 5,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty LM Line, złożonej dla pakietu nr 4 i 5,
- 6) nakazanie odrzucenia oferty Empireum dla pakietu nr 5,
- 7) wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 4 i 5,
- 8) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ważną ofertę w postępowaniu dla pakietu nr 4 i 5, która powinna zostać uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, natomiast w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego na zaniechaniu odrzuceniu ofert LM Line (dla pakietu nr 4 i 5) oraz Empireum (dla pakietu nr 5), odwołujący został pozbawiony szans uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie pakietu nr 4, zamawiający wymagał zaoferowania przez wykonawców akcesoriów do monitorów INTELLI VUE firmy PHILIPS MP30, MP50, MP70 i wymagania te zostały wskazane w załączniku nr 1 do s.i.w.z. - Formularz asortymentowo-cenowy. W trakcie postępowania, przed upływem terminu składania ofert, zamawiający wyjaśnieniami z dnia 17 czerwca 2019 r., dokonał zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również załącznika nr 1 - Formularz asortymentowo-cenowy, w zakresie wymaganego przedmiotu zamówienia dla pozycji nr 6 i 7.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji, w tym oferty złożonej przez LM Line, treść oferty złożonej przez LM Line dla pakietu nr 4, nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż nie zawiera zmian wprowadzonych przez zamawiającego w wyniku udzielonych wyjaśnień.

Izba, analizując treść oferty złożonej przez wykonawcę LM Line dla pakietu nr 4 stwierdziła, że wykonawca ten faktycznie nie zmodyfikował treści opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do s.i.w.z., poz. 6 i 7, jednakże biorąc pod uwagę całkowitą treść złożonej przez tego wykonawcę oferty wynika, że przedstawia ona przedmiot zamówienia zgodny z żądaniem zamawiającego, opisanym w treści s.i.w.z. Oczywistym jest, że zaniechanie poprawienia treści formularza asortymentowo-cenowego przez wykonawcę LM Line stanowi uchybienie, jednakże w ocenie Izby jest to jedynie uchybienie formalne, pozostające bez wpływu na merytoryczną treść oferty wykonawcy. Skoro bowiem treść oferty obejmuje swoim zakresem przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego, to nie sposób wywodzić, iż treść oferty w tym zakresie nie jest zgodna z treścią s.i.w.z.

O niezgodności takiej można by bowiem mówić tylko w przypadku, gdy *stricte* przedmiot oferty jest sprzeczny, odmienny, niejednoznaczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedkładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowego zamówienia wskazać należy, iż zamawiający modyfikując treść omawianego załącznika, dokonał wykreślenia pewnych jego treści, tj. zamawiający wykreślił (zarówno w pozycji 6 i 7) sformułowanie „klips soft – rodzaj do wyboru przez zamawiającego” oraz zamienił sformułowanie „Czujniki” na „Sondy”. Treść oferty wykonawcy LM Line, w omawianych pozycjach zawiera natomiast następujący opis „Sondy rektalno-przełykowe wielorazowe dla dorosłych, czujniki do pomiaru temperatury, klips soft- rodzaj do wyboru przez zamawiającego” oraz „Sondy rektalno-przełykowe wielorazowe dla dzieci, czujniki do pomiaru temperatury, klips soft- rodzaj do wyboru przez zamawiającego”, czyli treść oferty wykonawcy LM Line obejmuje przedmiot zamówienia wymagany przez zamawiającego. Okoliczność, iż wykonawca LM Line pozostawił (nie wykreślił) sformułowania „klips soft- rodzaj do wyboru przez zamawiającego” nie może zostać uznana za czynnik statuujący obowiązek odrzucenia tej oferty.

Powyższe w ocenie Izby, nie stanowi o niezgodności treści oferty z s.i.w.z., która to niezgodność wypełniłaby dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiąca podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy LM Line.

Wydruki ze strony internetowej sklepu LM Line, przedstawione przez odwołującego, jako dowód w sprawie (wydruki: czujników temperatury rektalno-przełykowy pediatryczny o oznaczeniu THP-PG (2 sztuki/2 wydruki), czujników temperatury rektalno-przełykowy dla dorosłych o oznaczeniu THP-AG oraz czujnika temperatury – naskórny dla dorosłych o oznaczeniu THP-AS.), Izba przyjęła stwierdzając jednocześnie, że potwierdzają one jedynie okoliczność dostępności określonych czujników w tym sklepie – tym samym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W zakresie pakietu nr 5 – zamawiający wymagał zaoferowania przez wykonawców akcesoriów do PULSOKSYMETRU I KARDIOMONITORA N5600 firmy NELLCOR o parametrach wskazanych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. - Formularz asortymentowocenowy, tj. dla poz. 1 i 2, odpowiednio: poz. 1 „Czujnik jednorazowy, sterylny lub mikrobiologicznie czysty, niezawierający lateksu i ftalanów, samoprzylepny, czujnik poprawnie identyfikowany przez pulsoksymetry pracujące w technologii Nellcor Oximax dla noworodków poniżej 3kg i dorosłych powyżej 40kg”, poz. 2 „Czujnik jednorazowy, sterylny lub mikrobiologicznie czysty, niezawierający lateksu i ftalanów, bezklejowy, wykonany z białej lub niebieskiej hipoalergicznnej pianki zapinanej na rzep, dla noworodków poniżej 3kg i dorosłych powyżej 40kg - sensor kompatybilny”.

Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, pismem z dnia 17 czerwca 2019 r., na pytanie: „Prosimy o dopuszczenie czujników przeznaczonych dla pacjentów o wadze poniżej 3kg i powyżej 30 kg” odpowiedział – „Zgodnie z SIWZ.”.

W zakresie pakietu nr 5 ofertę złożyła Spółka LM Line i dla poz. 1 i zaoferowała czujnik wytwórcy Unimed o numerze katalogowym U543-01XP, co wynika z złożonego wraz z ofertą załącznika nr 1 Formularz asortymentowo-cenowy.

Zamawiający wezwał wykonawcę LM Line, do wyjaśnień treści złożonej oferty wraz z przedstawieniem odpowiednich dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego w tym również w zakresie identyfikacji zaoferowanych elementów przedmiotu zamówienia przez pulsoksymetry Nellcor.

Wykonawca LM Line przekazał dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego oraz dokumenty mające stanowić wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Zdaniem odwołującego, z treści powołanych powyżej dokumentów (wzór oznakowania), wynika, że zaoferowane czujniki z poz. 1 pakietu nr 5, nie spełniają wymagań, gdyż są przewidziane dla pacjentów poniżej 3kg i powyżej 30 kg, gdzie zamawiający wymagał zaoferowania czujnika poniżej 3 kg oraz powyżej 40 kg, powodując tym samym, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., w zakresie wymagań zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W zakresie pakietu nr 5 złożył również wykonawca Empireum, oferując dla pozycji nr 5 czujnik wytwórcy Metko o numerze katalogowym SP090020. Zamawiający wezwał Empireum do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań. Wykonawca Empireum w odpowiedzi złożył wyjaśnienie i dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań.

Zdaniem odwołującego, z dokumentów stanowiących kartę katalogową, instrukcję używania oraz wzór oznakowania złożonych przez Empireum wynika, że zaoferowany czujnik poz. 1 pakietu nr 5, nie spełnia wymagań, gdyż jest przewidziany dla pacjentów poniżej 3k g i powyżej 30 kg, gdzie zamawiający wymagał zaoferowania czujnika poniżej 3 kg oraz powyżej 40 kg, powodując tym samym, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., w zakresie wymagań zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że z treści złożonych dokumentów, na potwierdzenie spełnienia wymagań, nie wynika, że zaoferowane elementy przedmiotu zamówienia (pozycja nr 1), spełnia wymagania w postaci *„... czujnik poprawnie identyfikowany przez pulsoksymetry pracujące w technologii Nellcor Oximax.”*

Powyższe, zdaniem odwołującego, jednoznacznie wypełnia delegację do odrzucenia ofert wykonawców LM Line i Empireum w zakresie pakietu nr 4 i 5, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ww. zarzuty są bezzasadne.

Na wstępie Izba odniesie się do argumentacji odwołującego, iż zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców z dnia 17 czerwca 2019 roku, nie dopuścił możliwości zaoferowania czujników dla pacjentów o wadze powyżej 30 kg. Zdaniem Izby, z treści udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie, cyt. „Zgodnie z SIWZ.” nie wynika zakaz zaoferowania czujników dla pacjentów o wadze powyżej 30 kg. Skoro bowiem w treści s.i.w.z. zamawiający opisał parametr „... powyżej 40 kg”, a następnie podtrzymał go udzielając ww. odpowiedź na pytanie, to nadal pozostaje aktualne twierdzenie, że skoro czujnik dla pacjenta o wadze powyżej 30 kg zabezpiecza pomiar również dla pacjenta o wadze powyżej 40 kg, to treść oferty (jej przedmiot) wykonawcy LM Line oraz Empireum, zabezpiecza interesy zamawiającego, tj. treść oferty zgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie *„Nie można się z tym zgodzić, bo jeżeli czujnik przewidziany jest dla pacjentów o wadze powyżej 30 kg, to oznacza że czujnik ten jest również odpowiedni dla każdego pacjenta o wadze powyżej tej wartości, w tym również powyżej 40 kg. Zaoferowany w poz. 1 i 2 Formularza asortymentowo-cenowego przez Wykonawcę LM Line Sp. z o.o. czujnik ma większy zasięg wykorzystania w zakresie wagi pacjenta, niż wymagał Zamawiający. Jednocześnie wymóg Zamawiającego (tj. powyżej 40 kg) mieści się w zakresie zaoferowanym przez Wykonawcę (tj. powyżej 30 kg).”*. Tożsamą argumentację zamawiający przytoczył w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy Empireum.

Dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie (wydruki instrukcji obsługi/użytkowania wszystkich typów pulsoksymetrów firmy Nellcor) potwierdzają jedynie, jakiego typu parametrami legitymują się pulsoksymetry tej firmy oraz jak to zazwyczaj bywa, że najlepsze i najbardziej dokładne (preferowane) otrzymuje się wyniki badań przy użyciu czujników wyprodukowanych przez producenta urządzenia. Z dokumentów tych nie wynika zakaz stosowania czujników innych producentów, w takim przypadku występuje jedynie konieczność odpowiedniego ich skalibrowania. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że używa czujników oferowanych przez wykonawcę LM Line i nie ma z nimi żadnych problemów, a serwis producenta pulsoksymetru firmy Nellcor, odpowiednio kalibruje to urządzenie do posiadanych i używanych obecnie przez zamawiającego czujników.

Zarzuty w tym zakresie należało więc uznać za bezzasadne.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż z treści złożonych przez wykonawcę Empireum dokumentów potwierdzających zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z s.i.w.z. nie wynika, że zaoferowany czujnik w poz. 1 Formularza asortymentowo-cenowego spełnia wymagania w postaci: *„(...) czujnik poprawnie identyfikowany przez pulsoksymetry pracujące w technologii Nellcor Oximax”*.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego należało uznać za bezzasadny, albowiem wykonawca Empireum pismem z dnia 10 lipca 2019 r. przedstawił dokumenty potwierdzające, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania s.i.w.z. Jednym z tych dokumentów jest Karta Katalogowa producenta Metko, w której wskazano, iż zaoferowany w poz. 1 Formularza asortymentowo-cenowego czujnik do pulsoksymetrów o nr katalogowym SP090020 pracuje w technologii Nellcor Oximax. Odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż oferta wykonawcy Empireum zgodna jest w swojej treści w wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: