

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę Olympus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli, ul. Staszica 4, 37-450 Stalowa Wola

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Olympus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Olympus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Olympus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów 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 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 Tarnobrzegu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli, ul. Staszica 4, 37-450 Stalowa Wola wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup aparatury medycznej i wyposażenia dla potrzeb bloku operacyjnego, pracowni endoskopowej oraz centralnej sterylizatorni powiatowego szpitala specjalistycznego w Stalowej Woli, numer ref. 1500 ZP/2018.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 006-008906.

W dniu 26 marca 2019 r. Zamawiający Odwołującego: Olympus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 kwietnia 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności i zaniechania Zamawiającego w ramach postępowania w zakresie części 1:

(i) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Endoelektronik Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Brwinowie (dalej „Endoelektronik”), mimo iż nie spełniała ona wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej „SIWZ”),

(ii) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Varimed Sp. z o.o, z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Varimed”), mimo iż nie spełniała ona wymogów określonych w SIWZ, a w konsekwencji:

(iii) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów P.z.p., tj. poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu oraz

(iv) zaniechanie, niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Olympus, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ponownej oceny złożonych ofert i odrzucenie ofert Endoelektronik oraz

Varimed, jako sprzecznych z SIWZ, a także o zasądzenie przez Izbę zwrotu kosztów na rzecz Odwołującego.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dokumencie - ogłoszenie o wyniku postępowania Zamawiający poinformował m.in. o:

■ złożeniu w części 1. postępowania ofert przez trzech wykonawców: Odwołującego, Endoelektronik oraz Varimed;

- ocenie jako najkorzystniejszej oferty Endoelektronik;
- ocenie jako drugiej najkorzystniejszej oferty Varimed.

W związku z powyższym Odwołujący w swoim odwołaniu **zarzucił niezgodność treści oferty wykonawcy Endoelektronik z treścią SIWZ** w następującym zakresie:

1.1. Brak kondensacji oparów środków chemicznych w myjni endoskopowej.

Zauważył, że jeden z parametrów granicznych, określonych przez Zamawiającego dla myjni- endoskopowych oferowanych w ramach 1. części zamówienia brzmiał następująco:

MYJNIA ENDOSKOPOWA-2 szt.				
22	Kondensacja oparów środków chemicznych wewnątrz myjni i szczelne odprowadzenie oparów	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ dotyczący zadania nr 1.

Zdaniem Odwołującego - Myjnia endoskopowa „CYW-DUO” zaoferowana przez wykonawcę Endoelektronik w oczywisty sposób nie spełnia tego wymagania, o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 22 lutego 2019 r.

Odwołujący podniósł, że w materiałach reklamowych ani w instrukcji obsługi myjni nie ma żadnej informacji na temat kondensacji oparów, ani o wyposażeniu jej w kondensator pary.

Wskazał, że wykonawca konkurencyjny nie dostarczył też żadnych innych dowodów, z których wynikałoby, że zaoferowana przez niego myjnia CYW-DUO zapewnia kondensację oparów w sposób opisany przez Zamawiającego, a tym samym, że gwarantuje ona zabezpieczenie użytkowników przed zagrażającymi zdrowiu oparami powstającymi w procesie dezynfekcji.

Zaznaczył, iż kryterium to zostało opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z wykorzystaniem dokładnych i zrozumiałych określeń, a więc zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto zacytowane kryterium wyraźnie odpowiada rzeczywistej i ważnej potrzebie Zamawiającego.

Wyjaśnił, że w toku postępowania zainteresowani uzyskaniem zamówienia wykonawcy zadali szereg pytań w trybie art. 38 ustawy Pzp, w tym pytanie nr 95 o dopuszczenie myjni endoskopowej bez konieczności kondensacji oparów środków chemicznych (dezynfekcja w temperaturze pokojowej).

Podkreślił, że Zamawiający nie wyraził zgody na dopuszczenie takiej myjni ze względu na ochronę zdrowia i bezpieczeństwo personelu obsługującego myjnię.

Wskazał, że zgodnie z odpowiedzią wykonawcy Endoelektronik, oferowana przez niego myjnia pracuje w oparciu o płyn dezynfekujący w temperaturze pokojowej, w związku z czym nie jest konieczne, aby urządzenie posiadało kondensator pary, gdyż ten według Endoelektronik właściwy jest tylko dla urządzeń podgrzewających sprzęt do temp. 58-60 st. C, natomiast kondensacja oparów odbywa się w komorze wewnętrznej zaoferowanej myjni i następuje ich szczelne odprowadzenie do systemu kanalizacyjnego.

W ocenie Odwołującego - powyższe twierdzenia wykonawcy nie znajdują potwierdzenia w materiałach dotyczących myjni, przeciwnie wynika, z nich, że urządzenie posiada możliwość pracy w wysokiej temperaturze (ulotka myjni CYW-DUO załączona do pisma dostarczonego Zamawiającemu, str. 6 i 7 pisma w punktach opisanych odpowiednio Technical Specification oraz Thermal Control System).

Zwrócił uwagę, że postępowanie nie obejmuje zamówienia na środki dezynfekujące, w tym wspomniane przez Endoelektronik środki do pracy w niskich temperaturach, co oznacza, że Zamawiający może używać różnych środków do dezynfekcji endoskopów.

W przypadku zakupienia przez Zamawiającego innych środków problem powstających oparów i narażenia personelu może się zaktualizować.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Endoelektronik nie udowodnił czy w ogóle i ewentualnie w jaki sposób następuje szczelne odprowadzenie oparów do systemu kanalizacyjnego, w związku z czym Zamawiający powinien był ofertę odrzucić jako niespełniającą parametru granicznego.

1.2. Niewystarczająca liczba zaoferowanych zaworów dla insuflatorów CO₂.

Odwołujący wskazał, że Parametr graniczny określony przez Zamawiającego w brzmieniu:

INSUFLATOR-3 szt.				
10	Zawór woda-gaz dedykowany do endoskopu 10 szt. wielorazowego użytku	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ dotyczący zadania nr 1.

Powyżej opisany wymóg – w ocenie Odwołującego – wskazuje, że Zamawiający wymaga dostarczenia 10 szt. zaworów dla każdego z insuflatorów, czyli łącznie 30 szt. zaworów w ramach zadania nr 1.

Powyżej zacytowany parametr graniczny odnosi się – według Odwołującego - do każdego z insuflatorów, podobnie jak inne parametry wskazane w tej części opisu przedmiotu zamówienia, np. poz. 9. zawierająca parametr graniczny o treści:

	Zasilanie elektryczne 230V/50Hz	Tak	
--	---------------------------------	-----	--

Wyciąg z załącznika nr 3 do SiWZ dotyczący zadania nr 1.

Oczywistym dla Odwołującego jest, że to wymaganie techniczne odnosi się do każdego z insuflatorów osobno, tak samo jak dostarczenie 10 sztuk zaworów dla każdego z 3 insuflatorów, czyli łącznie 30 sztuk.

Z formularza cenowego Endoelektronik wynika, iż zaoferował on jedynie 10 szt. zaworów (poz. 7 formularza cenowego) i wskazuje, iż nie spełnił on parametru granicznego określonego w treści opisu przedmiotu zamówienia.

Wywodził, że ani Olympus, ani Varimed nie wykazywali w formularzu cenowym liczby oferowanych zaworów, gdyż oczywistym jest, że Zamawiający wymaga dostarczenia 3 insuflatorów, z których każdy wyposażony jest w 10 sztuk zaworów woda-gaz.

Dalej, Odwołujący zarzucił niezgodność treści oferty wykonawcy Varimed z treścią SIWZ w następującym zakresie:

5.1. Wymiary videogastroskopu zabiegowego.

Odwołujący zauważył, że jednym z wyrobów, które Zamawiający zamierza nabyć w ramach zadania nr 1 jest videogastroskop zabiegowy, które to urządzenie jest wprowadzane do organizmu pacjenta, a jego rozmiary mają wpływ na komfort i bezpieczeństwo podczas przeprowadzania zabiegu.

Zamawiający dał temu wyraz określając w załączniku nr 3 do SIWZ maksymalną „średnicę zewnętrzną wziernika” na 10,9 mm (zob. załącznik nr 3 do SIWZ, strona 1 - 2, pozycja 9.).

Średnica zewnętrzna wziernika; max. 10,9 mm	Tak	
--	-----	--

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ dotyczący zadania nr 1.

Wyjaśnił, iż czym innym jest średnica zewnętrzna wziernika, a czym innym średnica zewnętrzna końcówki urządzenia. W zależności od typu urządzenia średnice te mogą być takie same lub różne. Zamawiający dał temu wyraz ustalając w wielu miejscach załącznika nr 3 do SIWZ osobne wymagania dla każdej z tych cech, np. w ramach zadania nr 1:

VIDEOKOLONOSKOP HD 1 szt				
9	Średnica zewnętrzna wziernika; max 12,8 mm,	Tak		
11	Średnica zewnętrzna końcówki endoskopu: max 13,2 mm	Tak		

VIDEOKOLONOSKOP HD 2 szt				
9	Średnica zewnętrzna wziernika: max 12,8 mm	Tak		
11	Średnica zewnętrzna końcówki endoskopu: max 12,8 mm	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ dot. zadania nr 1.

Odwołujący stwierdził, że o odrębności tych wymiarów świadczy ponadto fakt, iż jeden z wykonawców w ramach procedury zadawania pytań poprosił zamawiającego o dopuszczenie videogastroskopu zabiegowego o średnicy zewnętrznej końcówki dystalnej mniejszej niż 10,9 mm (zob. pyt. 41. opublikowane przez Zamawiającego).

Zwrócił uwagę, że zaoferowany przez wykonawcę Varimed videogastroskop zabiegowy cechuje się następującymi wymiarami: średnica końcówki dystalnej (ang. Distal end width) 11.0 mm, średnica wziernika (ang. Insertion tube width) 11.6 mm (zob. np. dokument zatytułowany A holistic therapeutic approach, załączony do Pisma Olympus z 22 lutego 2019 r., a także wyjaśnienia wykonawcy Varimed z dnia 28 lutego 2019 r., załączone do niniejszego odwołania).

Oznacza to, według Odwołującego, iż oferowany przez wykonawcę Varimed videogastroskop zabiegowy EG34-M0 nie mieści się w wyraźnie wyznaczonych przez Zamawiającego granicach kryterium odcinającego dotyczącego średnicy wziernika.

5.2. Szczelność i zanurzalność urządzeń.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do endoskopów objętych zadaniem nr 1 (tj. videogastroskopu zabiegowego, videogastroskopu HD, videokolonoskopu HD w dwóch

wymaganych wariantach) Zamawiający sformułował następujące wymaganie: „Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających”.

VIDEOGASTROSKOP ZABIEGOWY -1 szt.				
17	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		
VIDEOGASTROSKOP HD - 3 szt.				
17	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		
VIDEOKOLONOSKOP HD 1 szt				
19	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		
VIDEOKOLONOSKOP HD 2 szt				
19	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ, postanowień dot zadania nr 1.

	wymagający nakładek uszczelniających			
VIDEOKOLONOSKOP HD 1 szt				
19	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		
VIDEOKOLONOSKOP HD 2 szt				
19	Aparat w pełni zanurzalny, nie wymagający nakładek uszczelniających	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ, postanowień dot zadania nr 1.

Jednocześnie, przekonywał, że w normalnym toku użytkowania wyrobów jedyną sytuacją, w której dochodzi do pełnego zanurzenia całego urządzenia jest moment jego dezynfekcji pomiędzy zabiegami.

Zaznaczył przy tym, iż sposób ujęcia wymagania przez Zamawiającego nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż urządzenia mają być wodoszczelne same w sobie, bez konieczności przykręcania, przyklejania lub innego mocowania jakichkolwiek dodatkowych elementów ochronnych.

Zdaniem Odwołującego - potwierdziły to także odpowiedzi Zamawiającego na zadane przez jednego z wykonawców pytania (zob. pyt. 45, pyt. 53, pyt. 65 oraz pyt. 74 opublikowane przez Zamawiającego, w szczególności w odpowiedzi na pytanie 65 Zamawiający wyraźnie podkreślił, iż chodzi o ochronę w trakcie procedury dekontaminacji).

Wyjaśnił, że w powyższych częściach zadania nr 1 wykonawca Varimed zaproponował, wyroby oznaczone odpowiednio: EG34-i10, EG29-i10, EC34-i10F oraz EC34-i10L, które wymagają zastosowania nasadki ochronnej, będącej odrębnym (fizycznie oddzielnym) przedmiotem. Zaniechanie użycia nakładki może skutkować uszkodzeniem wyrobu, co potwierdzają to także materiały samego wykonawcy (instrukcji do endoskopów serii i-10 załączona do pisma Olympus z 22 lutego 2019 r.).

W związku z powyższym stwierdził, iż nie tylko zaoferowane przez wykonawcę Varimed wyroby nie spełniają kryteriów odcinających określonych przez Zamawiającego, ale także nie mogą występować jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści tych kryteriów, skoro Zamawiający wyraźnie potwierdził ją udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców.

Według Odwołującego - opisana niezgodność jest nie tylko ewidentna, ale także ma poważne, negatywne skutki z punktu widzenia potencjalnego użytkownika urządzeń, bowiem konieczność pamiętania o dodatkowych elementach, takich jak nasadki ochronne, skutkuje większym ryzykiem uszkodzenia wyrobu w toku użytkowania.

5.3. Parametry zgięć wideoduodenoskopu.

W ramach tego zarzutu Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do wideoduodenoskopu objętego zadaniem nr 1 Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

WIDEODUODENOSKOP -1 szt.				
11	Końcówka ruchoma odchylana w 4 kierunkach: górze- min. 120°, dół 90°, lewo- 90°, prawo -110°	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SIWZ, postanowień dot zadania nr 1.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca Varimed zaoferował aparat ED34410, który posiada końcówkę odchylaną w zakresach; góra - 120°, dół 90°, lewo - 90°, prawo - 105° (patrz: ulotka zał. do Pisma Olympus, str. 17), co oznacza, iż oferowany przez wykonawcę Varimed wideoduodenoskop nie mieści się w wyraźnie wyznaczonych przez Zamawiającego granicach kryterium odcinającego dotyczącego parametrów zgięć.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że Zamawiający w odpowiedzi nr 57 udzielonej na jedno z pytań dotyczących tego urządzenia wykluczył możliwość modyfikacji zapisu poz. 11 załącznika nr 3 do SIWZ, w wyniku której wykonawcy mogliby oferować urządzenia z końcówką odchylaną w prawo w zakresie minimum 105°.

W wyjaśnieniach wykonawcy Varimed z dnia 28 lutego 2019 r. tłumaczy on, iż parametry zgięć zaoferowanego przez niego wideoduodenoskopu mogą być dostosowane na etapie dostawy do parametrów wymaganych przez Zamawiającego.

W przekonaniu Odwołującego - przedmiotowe urządzenie, jako wyrób medyczny, może być wykorzystane w podmiocie leczniczym jedynie w zakresie objętym procesem certyfikacji pod nadzorem jednostki notyfikowanej, a zatem taki wyrób nie może być dowolnie modyfikowany przez użytkowników.

5.4. Kąt obserwacji.

Odnosnie tego zarzutu wskazał, że Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych endoskopów sformułował w załączniku nr 3 do SIWZ wymagania dotyczące minimalnego kąta obserwacji.

W przypadku videokolonoskopu HD - 1 szt. wymagane było zapewnienie kąta

obserwacji minimum 170°.

VIDEOKOLONOSKOP HD 1 szt				
6	Kąt obserwacji 170°	Tak		

Wyciąg z załącznika nr 3 do SiWZ, postanowień dot zadania nr 1.

W ocenie Odwołującego - wymaganie powyższe nie jest spełnione przez zaoferowane przez wykonawcę Varimed urządzenie oznaczone numerem EC34-i10F, które oferuje kąt widzenia jedynie 140° (zob. dokument zatytułowany A holistic therapeutic approach, załączony do pisma Olympus, a także wyjaśnienia wykonawcy Varimed z dnia 28 lutego 2019 r.)

Wywodził, że różnica w zakresie kąta obserwacji endoskopu ma bardzo istotne znaczenie kliniczne przy wykonywaniu zabiegów, ponieważ wyrób z szerokim kątem obserwacji pozwala lekarzowi na obserwację nie tylko „w przód”, ale także bocznych zagłębień układu pokarmowego, co ułatwia prawidłową diagnozę.

Załączył do odwołania grafikę ilustrującą różnice pomiędzy urządzeniami o kącie widzenia 140 i 170 stopni.

Odwołujący przypomniał, że różnice w zakresie obserwacji Wykonawca Varimed przedstawił w piśmie z dnia 28 lutego 2019 r. odnośnie do kąta widzenia oferowanego przez niego videokolonoskopu, jednak wyjaśnienia te nie tylko nie usuwają wątpliwości, ale mogą wprowadzać w błąd.

Wskazał, że w swoich wyjaśnieniach, Varimed powołał się na następujący fragment odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego:

- Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego zaoferowaliśmy sprzęt o poniższym parametrze: Tak, System obrazowania z kątem widzenia 178°.

Jednocześnie, Odwołujący zasugerował, że konieczne jest jednak przytoczenie pełnej treści pytania jednego z wykonawców, które nadaje kontekst cytowanej powyżej odpowiedzi zamawiającego:

Pytanie nr 61

Zadanie nr 1 - Wyposażenie pracowni endoskopowej - Sprzęt medyczny dotyczy - Videokolonoskop HD 1 szt

Prosimy o dopuszczenie systemu obrazowania z kątem widzenia 178 stopni.

Odp. Zamawiający dopuszcza pod warunkiem zaoferowania kolonoskopu z kątem obserwacji 170 stopni (Wyciąg z odpowiedzi na pytania wykonawców opublikowanych przez Zamawiającego, str. 11).

W ocenie Odwołującego - Zamawiający utrzymał wymóg zaoferowania kolonoskopu z kątem widzenia co najmniej 170 stopni, a ponadto potwierdził, że dopuści system obrazowania z szerszym kątem obserwacji.

Wyjaśnił, że system obrazowania to nie kolonoskop (który żadnego obrazu nie wyświetla), ale monitor medyczny i ewentualnie procesor obrazu, które są odrębnymi urządzeniami objętymi zadaniem nr 1, z odrębnie ustalonymi wymaganiami, co oznacza, że wykonawca Varimed zaoferował videokolonoskop HD, które nie spełnia kryterium kąta obserwacji min. 170 stopni (cehuje go kat obserwacji jedynie 140 stopni).

W wyjaśnieniach wykonawca konkurencyjny starał się – według Odwołującego - w korzystny sposób przedstawić te kwestie, eksponując kąt widoczności systemu obrazowania (monitora), nie zaś kamery na części dystalnej videokolonoskopu (o którą chodziło zamawiającemu), co powinno zostać zauważone przez Zamawiającego.

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący stwierdził, iż zaniechanie odrzucenia oferty Endoelektronik oraz oferty Varimed, mimo iż zaoferowane przez wykonawców wyroby nie spełniają wyraźnych wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący uznał, że niezgodność treści ofert obu wykonawców z treścią SIWZ ma charakter obiektywnej i nieusuwalnej niezgodności merytorycznej z opisem przedmiotu zamówienia, a nie np. podlegającej poprawkom omyłki.

Odrzucenie oferty w razie zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, a przyjęcie przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. po terminie składania ofert, że wystarczającym jest zaoferowanie produktów o cechach jakie posiadają urządzenia zaoferowane przez Endoelektronik oraz Varimed w spornych pozycjach mogłoby zostać uznane za zmianę SIWZ dokonaną po terminie składania ofert.

Niezależnie od naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, iż Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2019 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Endoelektronik sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Brwinowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Endoelektronik sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Brwinowie, stanowiska Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 17 kwietnia 2019r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 kwietnia 2019r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności, Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcę Endoelektronik sp. z o.o. s.k., który nie wykazał spełnienia przesłanki z art.185 ust.2 zd.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu i wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wykonawca Endoelektronik sp. z o.o. s.k. nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie okoliczności przesłania Odwołującemu kopii odwołania.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.82 ust.3, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający

miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Endoelektronik sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Brwinowie z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Na wstępie, Izba rozstrzygnęła o bezprzedmiotowości zarzutów tej części odwołania odnoszącej się do wykonawcy Varimed sp. z o.o., jako, że Odwołujący wycofał zarzuty odwołania w tym zakresie.

W związku z tym – w ocenie Izby – przedmiot sporu dotyczący oferty wykonawcy Varimed sp. z o.o. przestał istnieć, a wobec tego nie wymagał on dodatkowego rozstrzygnięcia.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 3 dot. zadania nr 1 w poz.22 SIWZ w zakresie myjni endoskopowej – 2 szt. ustanowił wymóg posiadania kondensacji oparów środków chemicznych wewnątrz myjni i szczelne odprowadzanie oparów.

Nadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający w załączniku nr 3 dot. zadania nr 1 w poz.10 SIWZ w zakresie insuflatora – 3 szt. postanowił, że zawór woda-gaz dedykowany do endoskopu 10 szt. wielorazowego użytku .

W oparciu o powyższe wymagania SIWZ, a także wyjaśnienia stron - według zapatrywania Izby - Odwołujący nie udowodnił w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowana przez Endoelektronik sp. z o.o. s.k. myjnia endoskopowa CYW-DUO nie posiada funkcjonalności kondensacji oparów środków chemicznych wewnątrz myjni i szczelne odprowadzanie oparów, a także, że zaoferowana ilość zaworów woda-gaz dedykowanych do endoskopu nie odpowiada wymaganiom SIWZ.

Z ustaleń Izby wynika, że zaoferowana myjnia CYW-DUO działa w temperaturze pokojowej, co nie powoduje powstania pary wodnej wraz z oparami wskutek wysokiej temperatury, jak w przypadku zastosowania technologii z generatorem.

Jednak opary powstające w czasie dezynfekcji w szczelnie zamkniętej komorze są odprowadzane poprzez pompę w czasie zlewania do szczelnego zbiornika płynu dezynfekującego.

Według zapatrywania Izby powyższy sporny wymóg odnosił się zarówno do rozwiązania wysokotemperaturowego, jak i niskotemperaturowego.

W przypadku tego pierwszego rozwiązania oferowanego przez Odwołującego kondensacja oparów dokonuje się dodatkowo przez kondensator, zaś w drugim przypadku (rozwiązanie Endoelektronik sp. z o.o. s.k.) kondensacja oparów ma charakter naturalny i odbywa się w zamkniętym zbiorniku.

Powyższe doprowadziło Izbę do wniosku, że oba rozwiązania zarówno Odwołującego, jak i Endoelektronik sp. z o.o. s.k. oznaczają spełnienie wymogu posiadania funkcjonalności kondensacji oparów środków chemicznych wewnątrz myjni i szczelne odprowadzanie oparów.

Natomiast, odnosząc się do treści pytania nr 95 i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 6 lutego 2019r. , co podniósł Odwołujący, wymaga wskazania, że prośba wykonawcy dotyczyła dopuszczenia myjni bez konieczności kondensacji oparów środków chemicznych, podczas gdy jak wyżej uzasadniono zarówno rozwiązanie Odwołującego, jak i Endoelektronik sp. z o.o. s.k. przewidują kondensację oparów (w myjni Endoelektronik sp. z o.o. s.k. kondensacja następuje poprzez skraplanie oraz zastosowanie filtrów oczyszczających, zaś myjnia Odwołującego jest dodatkowo wyposażona w kondensator).

W zakresie zarzutu odnoszącego się do ilości zaworów Izba doszła do przekonania, że wymóg Zamawiającego dotyczył 10 zaworów zgodnie z literalnym brzmieniem tego wymogu wskazującym na 10 sztuk zaworów, co Endoelektronik sp. z o.o. s.k. zaproponował.

Izba ustaliła, że wymagane przez Zamawiającego zawory są wielorazowe i mają trwałość na około 1000 do ok.2000 procedur, tj., do trzech lat, a zatem wymaganie 30 sztuk nie odpowiadałoby długości korzystania z urządzenia.

Jednocześnie, Izba uznała za wadliwe wnioskowanie Odwołującego, że wymóg 10 sztuk zaworów odnosił się do 3 insuflatorów, co łącznie daje 30 sztuk, bowiem jak ustalono insuflator w ogóle nie zawiera zaworów, lecz są one dedykowane do endoskopu.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie znalazła podstawy prawnej do uznania zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stosownie, do którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W rozpoznawanej sprawie taka sprzeczność – w ocenie Izby - pomiędzy treścią złożonej oferty a SIWZ nie zaistniała.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....