

Sygn. akt: KIO 2455/17

WYROK
z dnia 8 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2017 r. przez **W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Diaven Medical W. R., ul. Łąkowa 7, 62-080 Tarnowo Podgórskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Wodzisławski ul. Bogumińska 2, 44-300 Wodzisław Śląski**

przy udziale wykonawcy **MTC Medical Żywiec Company Sp. z o.o., ul. Kabaty 1, 34-300 Żywiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Diaven Medical W. R., ul. Łąkowa 7, 62-080 Tarnowo Podgórskie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Diaven Medical W. R., ul. Łąkowa 7, 62-080 Tarnowo Podgórskie** na rzecz **Powiatu Wodzisławskiego ul. Bogumińska 2, 44-300 Wodzisław Śląski** 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 (tj. Dz.U.2017.1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Starostwo Powiatowe w Wodzisławiu Śląskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup sprzętu i aparatury medycznej dla Powiatowego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Rydułtowach i Wodzisławiu Śląskim z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim”, część nr VII. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 608266-N-2017 z dnia 27 października 2017r.

W dniu 21 listopada 2017r. Odwołujący – W. R., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Diaven Medical W. R., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty MTC Medical Trading Company Sp. z o.o. (dalej MTC) jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części VII, pomimo że oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty MTC jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części VII, mimo, że oferta ta winna być odrzucona, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części VII, mimo że oferta Diaven Medical jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, nie podlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty MTC w postępowaniu w części nr VII,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w części nr VII,
3. odrzucenie oferty MTC w części nr VII postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada SIWZ,
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części nr VII oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu. W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez MTC podlega odrzuceniu w części VII na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako oferta, której treść nie odpowiada SIWZ.

Odwołujący wskazał na pierwotną wersję Załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie wymaganych minimalnych parametrów techniczno - użytkowych” w ramach części VII postępowania (Dostawa stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie) wiersz 39 dot. kompletnej przystawki ortopedycznej metalowej:

Kompletna przystawka ortopedyczna metalowa złożona z:
-adapter przystawki montowany do blatu -1 szt.
-wałek zaporowy przystawki przezierny z materacem-1 szt.
Adapter do montowania płyty transferowej dla podnóżków 1 szt.
Płyta transferowa do podnóżków montowana do przystawki ortopedycznej szt. 1
-ramiona przystawki metalowe - 2 szt.
-adapter naciągu przystawki - 2 szt.
-naciąg przystawki -mechanizm wyciągowy - 2 szt. posiadający następujące cechy: u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na dowolną rotację agregatu, oś wzdłużna wyciągu powinna być w kształcie rurowym z umieszczonymi u góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym. Oś długa mechanizmu trakcyjnego dodatkowo po odblokowaniu pierścieniem na dystalnym końcu w łatwy sposób umożliwia rotację i derotację. Każdy element służący do regulacji powinien być oznaczony innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji powinna być możliwa w każdej osi i płaszczyźnie jednocześnie. Możliwość umieszczenia tzw. celownika na elemencie wyciągowym dającego dodatkowe zorientowanie się co do płaszczyzn roboczych-
-buty ortopedyczne przystawki przezierny - 2 szt.
-wózek do dokowania i przewożenia elementów przystawki ortopedycznej -1 szt.
-stolik do chirurgii ręki wykonany z włókna węglowego -1 szt. -płyta piecowa 3-segmentowa do barku wraz z uchwytem głowy typu hełm-1 komplet
-uchwyt do artroskopii kolana z podporą boczną-1 szt.
- poduszka tunelowa do ułożeń bocznych – 1 szt.

Odwołujący wskazał także na treść udzielonych w toku postępowania, na etapie przed składaniem ofert, odpowiedzi na pytania z dnia 2, 7, 8 i 9 listopada 2017r. a szczególnie pyt. nr 34 w piśmie z dnia 7 listopada 2017r. o brzmieniu:

Dotyczy - Część nr 7 - Dostawa Stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie -1 szt. Pytanie 1: Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania inny niż pierwotnie opisany stół operacyjny firmy Trumpf, tzn. wysokiej klasy stół operacyjny o poniższych parametrach:

| Parametry podane w pytaniu przez wykonawcę | Odpowiedź 34 - parametry wymagane przez Zamawiającego |
|--|---|
| (...) | |
| <p>Kompletna przystawka ortopedyczna metalowa złożona z:</p> <ul style="list-style-type: none"> - adapter przystawki montowany do blatu - 1 szt. - wałek zaporowy przystawki przezierny z materacem -1 szt. - adapter do montowania płyty transferowej dla podnózków 1 szt. Płyta transferowa do podnózków montowana do przystawki ortopedycznej - 1 szt. - ramiona przystawki metalowe - 2 szt. - adapter naciągu przystawki - 2 szt. - naciąg przystawki - mechanizm wyciągowy - 2 szt. - buty ortopedyczne przystawki przezierny - 2 szt. - wózek do dokowania i przewożenia elementów przystawki ortopedycznej - 1 szt. - stolik do chirurgii ręki wykonany z włókna węglowego -1 szt. - płyta plecowa 3-segmentowa do barku wraz z uchwytem głowy typu hełm - 1 komplet - uchwyt do artroskopii kolana z podporą boczną -1 szt. - poduszka tunelowa do łożen bocznych - 1 szt. | <p>Tak, Zamawiający dopuszcza, ale z zastrzeżeniem, że naciąg przystawki opis zgodnie z SIWZ - mechanizm wyciągowy - 2 szt. posiadający następujące cechy: u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na dowolną rotację agregatu, oś wzdłużna wyciągu powinna być w kształcie rurkowym z umieszczonymi u góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym. Oś długa mechanizmu trakcyjnego dodatkowo po odblokowaniu pierścieniem na dystalnym końcu w łatwy sposób umożliwia rotację i derotację. Każdy element służący do regulacji powinien być oznaczony innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji powinna być możliwa w każdej osi i płaszczyźnie jednocześnie. Możliwość umieszczenia tzw. celownika na elemencie wyciągowym dającego dodatkowe zorientowanie się co do płaszczyzn roboczych.</p> |

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie naciągu przystawki, całego mechanizmu wyciągowego o określonych cechach, osi wzdłużnej, osi długiej i celownika wymagania Zamawiającego pozostały niezmienione w porównaniu do wymagania określonego pierwotnie. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, aktualne jest brzmienie tej części opisu kompletnej przystawki ortopedycznej metalowej, wchodzącej w skład stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie (część nr VII Postępowania), zamieszczone w pierwotnie opublikowanym Załączniku nr 2 do SIWZ: „Zestawienie wymaganych minimalnych parametrów techniczno- użytkowych”. Z powyższego wynika, że Zamawiający ostatecznie nie dopuścił modyfikacji w zakresie naciągu przystawki, całego mechanizmu wyciągowego o określonych cechach, osi wzdłużnej, osi długiej i celownika. Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 2 do SIWZ po zmianie dla części VII (poz. 39) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zaoferowali

urządzenie (stół operacyjny) z kompletną przystawką ortopedyczną metalową złożoną z adaptera przystawki montowanego do blatu, wałka zaporowego przystawki przeziernego z materacem, adaptera do montowania płyty transferowej dla podnóżków, płyty transferowej do podnóżków montowanej do przystawki ortopedycznej, ramion przystawki metalowej, adaptera naciągu przystawki, naciągu przystawki - mechanizm wyciągowy, butami ortopedycznymi przystawki przeziernego wózka do dokowania i przewożenia elementów przystawki ortopedycznej, stolika do chirurgii ręki wykonanego z włókna węglowego, płyty plecowej 3-segmentowej do barku wraz z uchwytem głowy typu hełm, uchwytu do artroskopii kolana z podpora boczna, poduszki tunelowej do łożeń bocznych.

W ocenie Odwołującego, w oparciu o materiał pochodzący z ogólnie dostępnej strony producenta OPT, można jednoznacznie zweryfikować elementy oferowane i stwierdzić, że stół operacyjny marki OPT, zaferowany przez MTC, charakteryzuje się następującymi parametrami:

| WYMAGANE | POSIADANE PRZEZ STÓŁ OPT z oferty MTC |
|--|---------------------------------------|
| 1. u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na dowolną rotację agregatu | BRAK |
| 2. oś wzdłużna wyciągu powinna być w kształcie rurowym z umieszczonymi u góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym | BRAK |
| 3. oś długa mechanizmu trakcyjnego dodatkowo po odblokowaniu pierścieniem na dystalnym końcu w łatwy sposób umożliwia rotację i derotację | BRAK |
| 4. Każdy element służący do regulacji powinien być oznaczony innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu | BRAK |
| 5. Możliwość regulacji powinna być możliwa w każdej osi i płaszczyźnie jednocześnie | BRAK |
| 6. Możliwość umieszczenia tzw. celownika na elemencie wyciągowym dającego dodatkowe zorientowanie się co do płaszczyzn roboczych | BRAK |

Ponadto w pkt 10, gdzie wymóg obejmował: „Błat stołu modułowy z możliwością montażu płyty plecowej, podgłówka, podnóżka i innych segmentów (np. z włókien węglowych) z obu stron stołu operacyjnego przy jednoczesnej możliwości wyboru orientacji głowy pacjenta - normalny i odwrócony - wybór z panela kolumny. System mocowania z dodatkowym zabezpieczeniem uzyskiwane pokrętle”.

W tym zakresie w materiałach OPT dot. stołu Vita nie można jednoznacznie stwierdzić możliwości wyboru orientacji pacjenta z przyciskiem z panelu kolumny - jednym słowem brak jest potwierdzenia tego parametru, który jest kluczowy np. W przypadku stosowania np. płyty do operacji barku. Zdaniem Odwołującego, wydawać się może oferent wiedząc o braku możliwości spełnienia powyższych parametrów celem „rozmycia” lub być może z braku wystarczającego doświadczenia w zakresie ortopedii zadał pytanie nr 34 w dniu 07.11/2017, gdzie wklejając tabelę z parametrami stołu wg swoich, przysługujących w ramach pytań praw o dopuszczenie stołu o parametrach podanych przez siebie, celowo w punkcie 39 okroił do zdawkowych nazw elementy przystawki pomijając i nie ustosunkowując się do wymogów pierwotnych SIWZ, chęć takiego „nadpisania” proponowanym zestawieniem parametrów wskazuje jednoznacznie, że już na tym etapie oferent ten wiedział, że złoży ofertę niezgodną z SIWZ.

Zamawiający jasno w odpowiedzi wskazał, w tym miejscu i punkcie „zgodnie z SIWZ”, poprzez wyraźne zastrzeżenie szczegółowego wymogu w ramach przedmiotowej przystawki i agregatu wyciągowego. Powyżej podane informacje, w ocenie Odwołującego, wskazują jednoznacznie, że zaoferowane przez MTC urządzenie o opisanych parametrach nie spełnia wymagań Zamawiającego. Przy tak jednoznacznym zastosowaniu w chirurgii ortopedycznej innowacje i rozwiązania idące w kierunku precyzji i jednoczesnej trosce o jak najmniejsze traumatyzowanie pacjenta brak kompetentnej i wnikliwej weryfikacji na etapie badania ofert z pewnością nie przyczyni się dobru pacjenta a wręcz pokazuje brak profesjonalizmu lub zwykłe przeoczenie przy przedmiotowym postępowaniu. Tego typu sprzęt nie powinien być w bezkrytyczny sposób wprowadzany do tabelarycznego przelicznika punktowego celem wyłonienia dostawcy z pominięciem aspektu przeznaczenia tego typu sprzętu, szczególnie w zakresie kluczowego elementu w dziedzinie ortopedii jakim jest przystawka ortopedyczna i jej agregat wyciągowy.

Ponadto w pkt 12 SIWZ był wymóg „Możliwość pełnej obsługi funkcji stołu z panelu sterującego (pełniącego również rolę sterownika awaryjnego) umieszczonego na kolumnie stołu. Wybór orientacji ułożenia pacjenta na panelu bocznym, poprzez wciśnięcie przycisku z podświetleniem wybranego ułożenia”.

W przekonaniu Odwołującego Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny oferty pod kątem tego wymogu. Zaoferowanie wyrobu z panelem np. ciekłokrystalicznym nie spełnia wymogu zaoferowania Zamawiającemu wyrobu z podświetlonym przyciskiem, który w warunkach obłożenia operacyjnego w trakcie zabiegu nie pozostaje bez znaczenia. Zaoferowany Zamawiającemu wyrób MTC nie żadnego przycisku, a w szczególności podświetlonego przycisku. Cel wymogu podświetlonego przycisku jest oczywisty np. łatwość zauważenia,

łatwość użycia, łatwość trafienia w warunkach zmęczenia, itp. Żadnej z tych cech nie zapewnia panel ciekłokrystaliczny.

Pyt. 34 w pkt 3 z dnia 7.11.2017 r firma MTC miała zaproponować „Stół operacyjny mobilny z podwójnymi kołami o średnicy >100 mm z centralną blokadą kół. Centralna blokada kół w postaci elektrohydraulicznie wysuwanych nóżek, na których stół musi stać podczas zabiegu. Nóżki wysuwane pomiędzy podwójnymi kołami”. Zdaniem Odwołującego i w tym punkcie parametr nie został spełniony, ponieważ stopki zamiast wysuwać się pomiędzy kołami wysuwają się i owszem w linii pomiędzy kołami, ale na zewnątrz poza ich obrysem a takiego rozwiązania SIWz nie wymagał. Na dowód Odwołujący zamieścił zdjęcie zaoferowanego stołu, który obrazuje brak spełnienia tego parametru. Z punktu widzenia bezpieczeństwa wymóg ten podyktowany jest tym, że stół posadowiony na podłożu, na którym mogą pojawić się przedmioty, rurki, przewody, cewniki stoi po najeździe kołami. Jeżeli koła poruszają się swobodnie i nie napotkały na przeszkodę, wówczas w trakcie dokowania stołu do podłoża mamy pewność, że stopka wysuwająca się pomiędzy kołami nie zmiążdży żadnego przedmiotu. Zwracamy uwagę na fakt, iż w warunkach operacyjnych na stole znajduje się obłożenie, które eliminuje możliwość ponownego wizualnego sprawdzenia czy nic nie dostało się w pobliże kół. Rozwiązanie zaproponowane przez MTC zwyczajnie nie spełnia tego wymogu, ponieważ stopka nie wysuwa się pomiędzy kołami a poza ich obrysem.

Ponadto, firma MTC zadając pytania z dnia 7.11.2017r. - pytanie nr 34 w pkt 5 miała zaproponować do zaoferowania stół, którego „Podstawa w kształcie litery prostokąta z możliwością swobodnego wsunięcia stóp przez operatora” - Ten wymóg nie został spełniony co obrazuje niżej zamieszczone zdjęcie, na którym ewidentnie widać, że stół OPT Vita nie posiada przestrzeni umożliwiającej swobodne umieszczenie stóp operatora. Tylko osoba, która stała kilka godzin przy stole operacyjnym jest w stanie docenić szczególną zasadność tego parametru, której to funkcjonalności zaproponowany przez MTC stół nie posiada i tym samym nie spełnia wymogów SIWZ. Dla zobrazowania Odwołujący zamieścił zdjęcie stołu Odwołującego Mars firmy Trumpf.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą, ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a na skutek wskazywanych przez niego działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia.

W Załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie wymaganych minimalnych parametrów techniczno - użytkowych” w ramach części VII postępowania - dostawa stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie- wiersz 39 Zamawiający wskazał:

Kompletna przystawka ortopedyczna metalowa złożona z:
-adapter przystawki montowany do blatu -1 szt.
-wałek zaporowy przystawki przezierny z materacem-1 szt.
Adapter do montowania płyty transferowej dla podnóżków 1 szt.
Płyta transferowa do podnóżków montowana do przystawki ortopedycznej szt. 1
-ramiona przystawki metalowe - 2 szt.
-adapter naciągu przystawki - 2 szt.
-naciąg przystawki -mechanizm wyciągowy - 2 szt. posiadający następujące cechy: u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na dowolną rotację agregatu, oś wzdłużna wyciągu powinna być w kształcie rurowym z umieszczonymi u góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym. Oś długa mechanizmu trakcyjnego dodatkowo po odblokowaniu pierścieniem na dystalnym końcu w łatwy sposób umożliwia rotację i derotację. Każdy element służący do regulacji powinien być oznaczony innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji powinna być możliwa w każdej osi i płaszczyźnie jednocześnie. Możliwość umieszczenia tzw. celownika na elemencie wyciągowym dającego dodatkowe zorientowanie się co do płaszczyzn roboczych-
-buty ortopedyczne przystawki przezierny - 2 szt.
-wózek do dokowania i przewożenia elementów przystawki ortopedycznej -1 szt.
-stolik do chirurgii ręki wykonany z włókna węglowego -1 szt. -płyta piecowa 3-segmentowa do barku wraz z uchwytem głowy typu hełm-1 komplet
-uchwyt do artroskopii kolana z podporą boczną-1 szt.
- poduszka tunelowa do ułożeń bocznych – 1 szt.

W piśmie z dnia 7 listopada 2017r. „Wyjaśnienie i zmiana Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – II”, Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 34 dot. części nr 7 - dostawa stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie -1 szt. pyt. nr „Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania inny niż pierwotnie opisany stół operacyjny firmy Trumpf tzn. wysokiej klasy stół operacyjny o poniższych parametrach”.

Kompletna przystawka ortopedyczna metalowa złożona z:

- adapter przystawki montowany do blatu – 1 szt.
- wałek zaporowy przystawki przezierny z materacem – 1 szt.

Adapter do montowania płyty transferowej dla podnóżków 1 szt.

Płyta transferowa do podnóżków montowana do przystawki ortopedycznej - szt. 1

- ramiona naciągu przystawki -2 szt.
- adapter naciągu przystawki - 2 szt.
- naciąg przystawki – mechanizm wyciągowy - 2 szt.
- buty ortopedyczne przystawki przezierny - 2szt.
- wózek do dokowania i przewożenia elementów przystawki ortopedycznej - 1szt.
- stół do chirurgii ręki wykonany z włókna węglowego - 1szt.
- płyta plecowa 3 -segmentowa do barku wraz z uchwytem głowy typu hełm - 1 komplet
- uchwyt do artroskopii kolana z podporą boczną – 1 szt.
- poduszka tunelowa do ułożeń bocznych - 1 szt.

Zamawiający odpowiedział:

„Tak, Zamawiający dopuszcza, ale z zastrzeżeniem, że naciąg przystawki opis zgodnie z SIWZ - mechanizm wyciągowy - 2 szt. posiadający następujące cechy: u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na dowolną rotację agregatu, oś wzdluzna wyciągu powinna być w kształcie rurowym z umieszczonymi o góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym. Oś długa mechanizmu trakcyjnego dodatkowo po odblokowaniu pierścieniem na dystalnym końcu w łatwy sposób umożliwia rotację i derotację. Każdy element służący do regulacji powinien być oznaczony innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji powinna być możliwa w każdej osi i płaszczyźnie jednocześnie. Możliwość umieszczenia tzw. celownika na elemencie wyciągowym dającego dodatkowe zorientowanie się do co płaszczyzn roboczych”.

W odpowiedzi na pytanie 36.15 z dnia 7.11.2017r. Zamawiający dopuścił stół z przystawką ortopedyczną o następujących cechach u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na regulację w płaszczyźnie poziomej agregatu (przystawka samonośna, regulacja wysokości stołu pozwala na dopasowanie wysokości przystawki), oś wzdluzna wyciągu o przekroju kwadratu. Główne elementy służące do regulacji oznaczone

innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji w każdej osi i płaszczyźnie.

W oparciu o „Szczegółowy opis oferowanego sprzętu” dla części VII, zawarty w ofercie MTC Medical Trading Company Sp. z o.o. (dalej MTC) Izba ustaliła, że wykonawca zaoferował stół operacyjny OPT VITA producent OPT Surgi System s.r.l. z 2017r. W poz. 39 Parametrów technicznych w rubryce „Parametry oferowane” MTC podał:

„Kompletna przystawka ortopedyczna metalowa złożona z:

- adapter przystawki montowany do blatu – 1 szt.
- wałek zaporowy przystawki przezierny z materacem – 1 szt.

Adapter do montowania płyty transferowej dla podnóżków 1 szt.

Płyta transferowa do podnóżków montowana do przystawki ortopedycznej - szt. 1

- ramiona naciągu przystawki -2 szt.
- adapter naciągu przystawki - 2 szt.
- naciąg przystawki – mechanizm wyciągowy - 2 szt.

Przystawka ortopedyczna o następujących cechach: u podstawy dwustronna dźwignia odblokowująca mechanizm kulowy pozwalający na regulację w płaszczyźnie poziomej agregatu (przystawka samonośna, regulacja wysokości stołu pozwala na dopasowanie wysokości przystawki), oś wzdłużna wyciągu o przekroju kwadratu. Główne elementy służące do regulacji oznaczone innym kolorem niż pozostałe elementy robocze agregatu. Możliwość regulacji w każdej osi i płaszczyźnie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego o braku zgodności treści oferty MTC z wymaganiami SIWZ w zakresie przystawki ortopedycznej nie zasługują na uznanie. Na wstępie stwierdzić należy, że udzielone w toku postępowania o zamówienie publiczne wyjaśnienia i modyfikacje postanowień SIWZ zarówno dla wykonawców jak i zamawiającego charakter wiążący. W analizowanym stanie faktycznym, poprzez udzielone w dniu 7.11.2017r. odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający dopuścił zaoferowanie produktów spełniających ściśle określone w tych pytaniach parametry. Na konkretne pytanie wykonawcy, czy zamawiający dopuści produkty spełniające ściśle określone wymagania, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej „TAK”, zastrzegając jednocześnie pewne wymagania dotyczące przystawki ortopedycznej. (poz. 39).

Nie można jednocześnie pominąć, jak czyni to Odwołujący, kolejnej odpowiedzi na pytanie dotyczącej przystawki ortopedycznej, udzielonej również pismem z dnia 7.11.2017r. (pyt. 36.15). Dopiero analiza wszystkich odpowiedzi na pytania dotyczące przystawki

ortopedycznej, pozwala na prawidłowe ustalenie wymaganych dla niej parametrów. Tylko taka interpretacja i okoliczności sprawy pozwalają na ustalenie oświadczenia woli Zamawiającego zgodnie z art. 65 kc.

Zdaniem Izby, słusznym jest stanowisko Zamawiającego, że udzielając wyjaśnień z dnia 7.11.2017r. dopuścił on nie tylko przystawki ortopedyczne o parametrach podanych pierwotnie w SIWZ i pytaniu nr 34, ale także przystawki opisane w odpowiedzi na pyt. 36.15. Odwołujący w swoim stanowisku zupełnie pomija treść odpowiedzi na pyt. 36.15 z dnia 7.11.2017r. Przez udzielone w toku postępowania o zamówienie publiczne wyjaśnienia doszło w efekcie do rozszerzenia konkurencji. Dopuszczono bowiem produkty, które spełniały min. parametry podane w pytaniach, nie wykluczając jednocześnie możliwości złożenia oferty którzy spełniającej pierwotne parametry siwz. Przy czym nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że oprócz parametrów podanych w odpowiedziach na pytania, Zamawiający wymagał jednoczesnego spełnienia także innych parametrów, pierwotnie ujętych w siwz. W związku z tym wszelkie dywagacje Odwołującego odnośnie niespełnienia parametrów technicznych, które nie były objęte treścią pytania i odpowiedzi 36.15 są nieuzasadnione. Odnosi się to w szczególności do niewyartykułowanego w treści pytania parametru „jednoczesności regulacji w każdej osi i płaszczyźnie”.

Twierdzenia Odwołującego, że nie zostało spełnione wymaganie „dwustronnej dźwigni” pozostały bez dowodu. Jedynym dowodem Odwołującego potwierdzającym brak spełnienia tego parametru było zdjęcie z karty katalogowej produktu, jednak z samego zdjęcia nie sposób wysnuć jednoznacznie takiego twierdzenia. Przypomnieć należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a każda ze stron winna przedstawić wiarygodne dowody na poparcie swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). W tym postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta MTC nie spełnia wymagań spoczywał na Odwołującym, który nie sprostał ciężarowi dowodu.

Za nieuzasadnione i nie udowodnione należy uznać także twierdzenie Odwołującego, iż przystawka zaoferowana przez MTC nie spełnia parametru, aby oś wzdłużna była o przekroju kwadratu. Okoliczność ta nie wynika ze złożonego przez Odwołującego zdjęcia i nie została przez Odwołującego wykazana w żaden inny sposób. Twierdzenia w tym zakresie pozostały gołosłowne. Podkreślić należy, że w wyniku odpowiedzi na pyt. 36.15 Zamawiający dopuścił, aby oś wzdłużna wyciągu była o przekroju kwadratu, pomijając już w tej odpowiedzi wymaganie, iż oś wzdłużna wyciągu powinna być w kształcie rurowym z umieszczonymi u góry otworami, umożliwiającymi skokową regulację z pinem blokującym. Zatem wszelkie rozważania Odwołującego o braku kształtu rurowego z umieszczonymi otworami, pinem blokującym są bezzasadne.

Nie zasługuje na uznanie także zarzut dotyczący braku oznaczenia innym kolorem głównych elementów. Oznaczenie innym kolorem, jak słusznie zauważył Przystępujący wynika już samego rysunku poglądowego przedstawionego przez Odwołującego. Zatem i to twierdzenie pozostało bez dowodu.

W piśmie z dnia 7 listopada 2017r. „Wyjaśnienie i zmiana Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – II”, Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 34 dot. części nr 7 - dostawa stołu operacyjnego do zabiegów ortopedycznych z nakładką do zabiegów na kręgosłupie -1 szt. pyt. nr „Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania inny niż pierwotnie opisany stół operacyjny firmy Trumpf tzn. wysokiej klasy stół operacyjny o poniższych parametrach”.

- pkt 3 - stół operacyjny mobilny z podwójnymi kołami o średnicy >100 mm z centralną blokadą kół. Centralna blokada kół w postaci elektrohydraulicznie wysuwanych nóżek, na których stół musi stać podczas zabiegu. Nóżki wysuwane pomiędzy podwójnymi kołami.

- pkt 5 - podstawa stołu w kształcie litery prostokąta z możliwością swobodnego wsunięcia stóp przez operatora pod podstawę.

- pkt 10 - blat stołu modułowy z możliwością montażu płyty plecowej, podgłówka, podnóżka i innych segmentów (np. z włókien węglowych) z obu stron stołu operacyjnego przez jednoczesnej możliwości wyboru orientacji głowy pacjenta - normalny i odwrócony - wybór z panela kolumny. System mocowania nie wymagający dodatkowych zabezpieczeń uzyskiwanych pokrętłami.

- pkt 12 – możliwość pełnej obsługi funkcji stołu z panelu sterującego (pełniącego również rolę sterownika awaryjnego) umieszczonego na kolumnie stołu. Wybór orientacji ułożenia pacjenta na panelu bocznym, poprzez wciśnięcie przycisku zmiany orientacji pacjenta, zmiana potwierdzona zapaleniem się diody sygnalizacyjnej.

Na powyższe pytania Zamawiający odpowiedział „tak”.

W zakresie wymagań z pkt 3 Izba uznała, że nie ulega wątpliwości, iż wymaganiem było, aby nóżki były „wysuwane pomiędzy podwójnymi kołami”. Żadnych innych wymagań w tym zakresie Zamawiający nie sformułował, w szczególności brak wymagania odnośnie tego, aby nóżki wysuwały się w obrysie kół. Okoliczność, iż w nóżki w stole operacyjnym zaoferowanym przez MTC wysuwają się pomiędzy kołami, potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania na str. 9, gdzie wskazał „stopki zamiast wysuwać się pomiędzy kołami wysuwają się i owszem w linii pomiędzy kołami ale na zewnątrz poza ich obrysem (..)”. Wymaganie, aby nóżki wysuwały się w obrysie kół jako nie objęte treścią SIWZ i udzielonych wyjaśnień nie może być podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty MTC z SIWZ.

W zakresie wymagań z pkt 5 dotyczącego możliwości swobodnego wsunięcia stóp przez operatora pod podstawę, Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. Analizując spełnienie tego wymagania należy mieć na uwadze odpowiedź na pyt. 36.2 o treści:

„Czy Zamawiający dopuści stół operacyjny z podstawą w kształcie prostokąta z wycięciem w dolnej części w celu umożliwienia wsunięcia stóp operatora, podstawa z centralną blokadą kół oraz ustawienia stołu do jazdy uruchamianą za pomocą pilota przewodowego”? Zamawiający odpowiedział, że dopuszcza takie rozwiązanie.

Udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiający dopuścił rozwiązanie, aby podstawa stołu była w kształcie litery prostokąta z możliwością swobodnego wsunięcia stóp przez operatora pod podstawę lub z wycięciem w dolnej części w celu umożliwienia wsunięcia stóp operatora. Tym samym Zamawiający dopuścił obok pierwotnego wymagania dotyczącego możliwości wsunięcia stóp przez operatora z czterech stron także inne rozwiązanie. Z przedstawionych w toku rozprawy przez strony zdjęć wynika, że w przypadku stołu Odwołującego istnieje możliwość wsunięcia stóp przez operatora przynajmniej w dwóch miejscach pod podstawę, co jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wymagania.

Odnosnie pkt 10 i 12 Zamawiający w odpowiedzi na pyt 34 zmodyfikował pierwotną treść SIWZ, a udzielając odpowiedzi twierdzącej na pytanie wykonawcy, dopuścił wskazane w tym pytaniu parametry. Zamawiający dopuścił w ten sposób sygnalizację zmiany ułożenia pacjenta przez zapalenie się diody sygnalizacyjnej a nie przez przycisk z podświetleniem wybranego ułożenia. Zamawiający umożliwił także zaoferowanie panelu ciekłokrystalicznego, który jednak nie został przez MTC przedstawiony. W ocenie Izby słusznym jest stanowisko Przystępującego i Zamawiającego, że wymaganie, aby wybór orientacji ułożenia pacjenta dokonywany był na panelu bocznym przez przycisk z zapalającą się diodą sygnalizacyjną zostało spełnione. Wykonawca potwierdził spełnienie tego wymagania w swojej ofercie a Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, z którego wynikałoby twierdzenie przeciwne.

Mając powyższe na uwadze, 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 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....