

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **19 kwietnia 2022 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **28 marca 2022 r.** przez wykonawców:

- A. STERIMED sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim – sygn. akt KIO 858/22**
[„Odwołujący”]
- B. PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 863/22** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Dostawa i montaż sprzętu medycznego oraz wyposażenia Bloku Operacyjnego i oddziałów szpitalnych w ramach projektu pn.: „Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie leczenia zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu”* (nr postępowania ZP/33/2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- A. SMS sp. z o.o. z siedzibą w Górze Kalwarii – sygn. akt KIO 858/22**
- B. GETINGE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 863/22**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 858/22 w zakresie zarzutu dotyczącego terminu określonego przez Zamawiającego 25 lutego 2022 r. na 1 marca 2022 r. na uczynienie przez Odwołującego zadość wezwaniu Zamawiającego z 24 lutego 2022 r.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 858/22.
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 858/22 obciąża

Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4102 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto dwa złote zero groszy) – stanowiącą uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.
- 4. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 863/22 i nakazuje Zamawiającemu w Pakiecie nr 19 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego.**
- 5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 863/22 obciąża Zamawiającego i:**
- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

{KIO 858/22, KIO 863/22}

Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa i montaż sprzętu medycznego oraz wyposażenia Bloku Operacyjnego i oddziałów szpitalnych w ramach projektu pn.: „Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie leczenia zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu”* (nr postępowania ZP/33/2021)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 grudnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_248 pod poz. 655759.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

16 marca 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: w pakiecie nr 19 – GETINGE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Getinge” lub „Przystępujący”}, w pakiecie nr 20 – SMS sp. z o.o. z siedzibą w Górze Kalwarii {dalej: „SMS” lub „Przystępujący”}, a także odrzuceniu ofert złożonych przez: w pakiecie nr 19 – PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Promed”}, w pakiecie nr 20 – STERIMED sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim {dalej: „Sterimed”}.

{KIO 858/22}

28 marca 2022 r. Sterimed {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia postępowania w pakiecie nr 20.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Sterimedu jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
2. Art. 239 ust. 2 – przez wybranie oferty, która nie była najkorzystniejsza.
3. Art. 106 pkt 1 – przez wymaganie od wykonawcy dokumentów, które nie były wskazane w postępowaniu, ani w ogłoszeniu, ani w dokumentach zamówienia.
4. Art. 106 pkt 3 – przez ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania polegające na nieuznaniu równoważnych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania wymagań zamawiającego.
5. Art. 16 pkt 1 – przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na zaniechaniu wezwania pozostałych wykonawców do złożenia tożsamyh dokumentów, do których

złożenia wezwany został Sterimed.

6. Art.17 ust. 1 pkt 2 – przez nieuwzględnienie wniosku Sterimedu o wydłużenie terminu na dostanie dokumentów i dowodów, które stanowią dokumentację zagranicznego podmiotu niedostępną w tak krótkim czasie, o czas niezbędny do ich otrzymania, co w efekcie było powodem odrzucenia najtańszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Sterimedu.
2. Unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Powtórnego badania ofert.
4. Ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez powołanie się na następujące okoliczności.

Termin dostawy określony został w dokumentach zamówienia na 60 dni od złożenia zamówienia przez Zamawiającego, przy czym nie później niż do 31.12.2022 r. Ponieważ według dostępnych informacji budynek, w którym urządzenia mają zostać zainstalowane, jest dopiero budowany i będzie ukończony w 3. lub 4. kwartale 2022 r., Zamawiający faktycznie złożył takie zamówienie nie wcześniej niż około września 2022 r.

Sterimed wraz z ofertą złożył dowody wymagane przez Zamawiającego.

8 i 16 lutego 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust 4 pzp zwrócił się wyjaśnienia odnośnie tych dowodów.

10 i 18 lutego 2022 r. Sterimed – zakładając, że Zamawiający przy tak dużej liczbie pakietów i tak wielu otrzymanych katalogach nie jest w stanie się zorientować, które parametry są potwierdzone, a które nie – przedstawił dokładnie te same katalogi co dotychczas, jednak dodatkowo z zaznaczeniem w ich treści kolorem i numerem w tabeli technicznej, jakiego konkretnie pkt opisu przedmiotu zamówienia dotyczy dana treść.

24 lutego 2022 r. Zamawiający, wskazując jako podstawę prawną art. 107 ust. 2 pzp, wezwał Sterimed do złożenia dodatkowych, niewymaganych wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, dokumentów do 28 lutego 2022 r. (2 dni robocze).

25 lutego 2022 r. Sterimed zwrócił się o wydłużenie powyższego terminu do 3 marca 2022 (tj. do 5 dni roboczych), na co Zamawiający nie wyraził zgody, a jedynie ze względów proceduralnych przedłużył go do 1 marca 2022 r. (łącznie 3 dni robocze).

W tak zakreślonym terminie Sterimed złożył oświadczenie autoryzowanego wyłącznego dystrybutora na terenie kraju o tym, że oferowane urządzenie, które jest produkowane na indywidualne zamówienie, będzie posiadało: 1) komorę z blachy o grubości 4 mm (co zostało potwierdzone w katalogu), 2) szklany wskaźnik poziomu wody w

wytwornicy pary widoczny przez panel czołowy (co zostało to potwierdzone w katalogu oraz załączonym cenniku) i rysunek komory oferowanego sterylizatora.

Dodatkowo Sterimed wyjaśnił, że realny termin dostawy około 16 tygodni.

16 marca 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Sterimedu, stwierdzając niespełnienie przez sterylizator CISA P-6412H 2PE Medium parametrów: 1) grubości komory sterylizatora, 2) wskaźnika poziomu wody na panelu czołowym sterylizatora.

Załączone do odwołania dowody potwierdzają spełnianie zakwestionowanych przez Zamawiającego parametrów: 1) rysunek konstrukcyjny komory z zaznaczeniem jej grubości wynoszącej 4mm, 2) zdjęcie wodowskazu oraz oświadczenia producenta, że oferowany model może posiadać wodowskaz i będzie on widoczny na panelu czołowym, 3) dokumentacja dozorowa zawierająca informację o wodowskazie.

Dokumentacja dozorowa, której domagał się Zamawiający, nie musi posiadać informacji o wodowskazie jako elemencie zupełnie nieistotnym dla budowy zbiornika ciśnieniowego.

Dla tego rodzaju urządzeń aktualne terminy produkcji dla każdego z oferentów, również SMS, minimum od 12 do 16 tygodni. Oferenci mają jednak świadomość, że po podpisaniu umowy, czyli w okresie marzec -kwiecień, złożą zamówienie, dzięki czemu sprzęt będzie gotowy dużo wcześniej przed planowanym harmonogramem robót budowlanych.

W przypadku Sterimedu termin ten może być skrócony do 8 tygodni, jeśli producent wykorzystałby podzespoły, które już posiada.

Dokumentacja techniczna akceptowana przez niezależne jednostki kontrolujące urządzenia ciśnieniowe stanowi własność producenta i nie jest nigdzie udostępniania.

W sytuacji, gdy Zamawiający otrzymał certyfikat niezależnej jednostki notyfikowanej dla danego producenta urządzeń ciśnieniowych oraz deklarację producenta na zgodność z normami m.in. PED dla konkretnego wyprodukowanego modelu, jest to w zupełności wystarczające do odebrania urządzenia i dopuszczenia do pracy przez inspektora Urzędu Dozoru Technicznego.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a dodatkowo wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że nie sposób wyobrazić sobie, aby światowy producent nie mógł wykonać komory z blachy o różnej grubości, zgodnie z potrzebą Zamawiającego.

Po drugie, że w złożonych wyjaśnieniach w żadnym razie nie miał zamiaru zmienić swojej oferty co do terminu wykonania dostawy.

Po trzecie, że jeżeli Zamawiający chciał uzyskać dokumenty pozostające w wyłącznej dyspozycji producenta urządzenia, powinien to zastrzec w ogłoszeniu lub SWZ, czego nie

uczynił. W konsekwencji nie może ich wymagać na etapie badania oferty (wzywania do wyjaśnień).

Po czwarte, że Zamawiający podał nieprawidłową podstawę prawną, gdyż powinien wskazać na art. 107 ust. 4 pzp.

Po piąte, że naruszeniem art. 106 pkt 3 pzp jest nieuznanie przez Zamawiającego za wystarczające dowodów złożonych mu przez Odwołującego 1 marca 2022 r., gdyż Zamawiający, niebędący specjalistą w zakresie produkcji urządzeń ciśnieniowych, nie może jednostronnie decydować, które dokumenty powinny być w posiadaniu wykonawcy. W zupełności wystarczające powinny zostać przyjęte certyfikaty wydane przez niezależną jednostkę złożone wraz z ofertą.

Po szóste, że niewłaściwe jest wzywania do przedstawienia dokumentów producenta tylko jednego oferenta, nie mając wiedzy, czy pozostali oferenci posiadają takie dokumenty, i niezażądanie ich od wybranego oferenta.

Po siódme, że biorąc pod uwagę 3-miesięczny okres, który upłynął od wszczęcia tego postępowania do wyboru najkorzystniejszej oferty, wydłużenie procedury o jeden tydzień, aby dać szansę na dostanie dodatkowych dokumentów, zawnioskowanych przez Zamawiającego, wydaje się nie mieć żadnego znaczenia i dla [jak to określono w odwołaniu] „czystej sprawiedliwości społecznej” Zamawiający powinien przychylić się do wniosku o wydłużenie terminu.

{KIO 863/22}

28 marca 2022 r. Promed {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia postępowania w pakiecie nr 19.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Promedu, która jest zgodna z warunkami zamówienia.
2. Art. 16 pkt 1 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na nieuprawnionym odrzuceniu oferty Promedu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienie odrzucenia oferty Promedu.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

Wymaganie zawarte w pkt 2. załącznika 1.19.1.do SWZ: *Lampa z zawieszeniem sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z dodatkowymi przygotowanymi miejscami do montażu w przyszłości wysięgników pod monitory medyczne w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych tj. zlokalizowanych po przeciwległych stronach otworu centralnego. Rozwiązanie gwarantujące możliwość montażu i ewentualnego demontażu (w przyszłości) dodatkowych wysięgników bez konieczności zdejmowania jakichkolwiek innych wysięgników. Całość zawieszenia sufitowego zamontowana na jednej, wspólnej płycie stropowej.*

W ramach wyjaśnień treści SWZ z 12.01.2022 r. na pytanie nr 23, które brzmiało: *Czy Zamawiający dopuści rozwiązanie gdzie wysięgniki czasz oraz ramiona pod monitory instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym?* – Zamawiający odpowiedział: *Zgodnie z SWZ i udzielonymi wyjaśnieniami.*

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia powołał się na przywołane powyżej brzmienie parametru opisu lampy oraz udzielonych wyjaśnień, z czego wywiódł, że nie dopuścił rozwiązania, w którym wysięgniki czasz oraz ramiona pod monitory instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że rozwiązanie zaoferowane przez Promed posiada lampę z zawieszeniem sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z obejmą, nakładką na tubę montażową umieszczoną w otworze centralnym, z dodatkowymi otworami zlokalizowanymi poniżej otworu centralnego, a nie w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych po przeciwległych stronach otworu centralnego.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający decydując się na odrzucenie oferty Promed, kierował się sugestiami konkurencyjnego wykonawcy. W treści notatki z 2 lutego 2022 r. stwierdził on że: *Promed zaoferował lampę z zawieszenie sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z obejmą, nakładką na tubę montażową umieszczoną w otworze centralnym z dodatkowymi otworami zlokalizowanymi poniżej otworu centralnego a nie w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych po przeciwległych stronach otworu centralnego.*

Dodatkowo Getinge w tym piśmie stwierdziło, że opisane wymagane przez Zamawiającego zawieszenie do lamp operacyjnych produkowane jest przez takich producentów lamp operacyjnych jak Maquet, Steri czy Luvis.

Rozwiązanie zaoferowane przez Promed posiada: 1) lampę z zawieszeniem

sufitowym, 2) wsięgniki czasz instalowane współosiowo w centralnym otworze montażowym, 3) istnieje dodatkowe miejsca do montażu w przyszłości wsięgników pod monitor medyczny w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych tj. zlokalizowanych po przeciwległych stronach otworu centralnego, 4) rozwiązanie gwarantuje możliwość montażu i ewentualnego demontażu (w przyszłości) dodatkowych wsięgników bez konieczności zdejmowania jakichkolwiek innych wsięgników, 5) całość zawieszenia sufitowego zamontowana jest na jednej, wspólnej płycie stropowej.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie rozbieżności interpretacyjne treści SWZ, w tym także wyjaśnień do SWZ należy rozpatrywać z korzyścią na rzecz wykonawcy. Jak wskazała Izba w uchwale z 3 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO/KD 38/17: *Także Izba wskazuje, co nie zostało podniesione przez Kontrolującego, a co należy tu przytoczyć – wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to celnie wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15 (str. 33) „Należy wskazać, że obowiązuje swoista święta zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Reguła ta wynika z prawniczej paremii <<In dubio contra proferentem>> znaczącej w języku polskim <<Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi>>”.*

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, że dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań co do jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które nie zostały w SWZ zapisane, bądź nie wynikają z jej brzmienia, lecz jedynie hipotetycznie mogłoby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodnie nie tylko z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (aktualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp), ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 Pzp) tj. przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji [tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 30 października 2019 r. sygn. akt KIO 2084/19].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a dodatkowo wywiódł, co następuje

Po pierwsze, że z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie sposób wywieść zakazu zastosowania rozwiązania, w którym wsięgniki czasz oraz ramiona pod monitory instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, gdyż Zamawiający odpowiadając na pytanie, które nie było wnioskiem o zmianę SWZ, jedynie wskazał,

że podtrzymuje postanowienia SWZ, nie wypowiadając się co do kwestii, czy dopuszcza takie rozwiązanie, czy też nie.

Po drugie, że zaoferowane przez Promed urządzenie spełnia zacytowany powyżej wymóg, który nie uległ zmianie w wyniku udzielonych wyjaśnień.

Po trzecie, że argumentacja uzasadnienia odrzucenia, która stanowi powielenie treści notatki Getinge, pozostaje bez związku z treścią tego wymagania.

Po czwarte, że spełnienie tego parametru może odbywać się na różne sposoby, a rozwiązanie Promedu nie musi być identyczne jak te, które jest stosowane w urządzeniach oferowanych przez Getinge. O ile faktem jest, że otwory montażowe w zaoferowanej lampie znajdują się poniżej otworu centralnego, o tyle nigdzie nie było wymogu, aby owe otwory znajdowały się na tym samym poziomie. Opis wskazuje na zawieszenie sufitowe do lampy z 1 otworem centralnym i 2 miejscami montażowymi na wysięgniki zlokalizowanymi po przeciwległych stronach otworu centralnego, co jest spełnione w oferowanym rozwiązaniu.

Po piąte, że skoro lampy ww. producentów [w odwołaniu zwizualizowane] w ocenie Getinge spełniają wymagania SWZ, nie sposób przyjąć, że niezgodna z nimi jest lampa zaoferowana przez Promed.

{KIO 858/22}

W odpowiedzi na odwołanie z 28 marca 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający podał, że Sterimed nie dołączył do oferty wymaganych przedmiotowych środków dowodowych dotyczących zaoferowanego sterylizatora parowego tj.:

- 1) *Materiałów informacyjnych - katalogów, folderów, prospektów producenta lub instrukcji obsługi itp. w języku polskim dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia umożliwiających ich dokładne zidentyfikowanie wraz z parametrami technicznymi potwierdzającymi zgodność z parametrami wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego przedstawionymi przez Wykonawcę.*
- 2) *Wpisów/zgłoszeń do Rejestru wyrobów Medycznych i Preparatów Biobójczych.*

Z kolei złożone po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 pzp ad 1) materiały nie potwierdziły spełnienia przez zaoferowany produkt wymaganych parametrów dotyczących konstrukcji komory – grubości ścian komory nie większej niż 4 mm oraz posiadania wodowskazu umieszczonego na panelu czołowym od strony załadowczej, wskazującego poziom wody w wytwornicy pary kontrolowany niezależnie od przewodności wody zasilającej.

Wobec powyższego Zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 4 pzp wezwał Sterimed ad 1) do złożenia wyjaśnień odnośnie uzupełnionych przedmiotowych środków dowodowych dotyczących zaoferowanego sterylizatora parowego P-6412H E 2P Medium, w tym dostarczenia dokumentów potwierdzających wymagane parametry: 1) rysunku konstrukcyjnego komory potwierdzającego grubość ścian komory nie większą niż 4 mm, 2) dokumentacji dozorowej zawierającej informację, że wodowskaz umieszczony jest na panelu czołowym od strony załadowczej sterylizatora.

W odpowiedzi Sterimed złożył rysunek techniczny, który nie jest przypisany żadnemu określoneemu typowi urządzenia, który w ocenie Zamawiającego nie stanowi potwierdzenia że zawarte w nim informacje dotyczą oferowanego urządzenia.

Jednocześnie Sterimed nie dostarczył dokumentacji dozorowej zawierającej informację, że wodowskaz umieszczony jest na panelu czołowym od strony załadowczej sterylizatora ani innych materiałów potwierdzających że oferowany sterylizator spełnia ten wymagany parametr techniczny.

Ze względu na konieczność uzyskania stosownych certyfikatów oraz dopuszczenia do użytkowania producent sterylizatorów nie może sobie pozwolić na indywidualny dobór materiałów, z których urządzenie jest wykonane. W przeciwnym razie musiałby posiadać nieograniczoną liczbę linii produkcyjnych.

Oferując konkretne urządzenia wykonawca powinien posiadać co najmniej projekt, dokumentację techniczną, dozorową oraz inne niezbędne dokumenty pozwalające na zidentyfikowanie parametrów technicznych.

Ponadto w piśmie z 1 marca 2022 r. Sterimed oświadczył, że czas produkcji sprzętu wynosi około 16 tygodni, a procedura produkcji urządzenia zostaje rozpoczęta w momencie złożenia zamówienia u producenta. Potwierdził tym samym, że termin dostawy sprzętu wymagany przez Zamawiającego, tj. 60 dni od dnia złożenia zamówienia, nie zostanie dotrzymany.

Należało zatem stwierdzić, że oferta złożona przez Sterimed jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 106 pkt 1 pzp, ponieważ Zamawiający podczas weryfikacji dokumentów otrzymanych od Sterimedu stwierdził, że nie potwierdzają one spełniania parametrów opisu przedmiotu zamówienia w powyżej wskazanym zakresie, był uprawniony na mocy art. 106 pkt 1 pzp do zażądania innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, spełniają określone przez niego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Dodatkowo pod tabelą opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 20 Zamawiający umieścił następujące postanowienie: *Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wiarygodności podanych przez Wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach, w tym u producenta. W przypadku wątpliwości Zamawiający wymagać będzie prezentacji sprzętu i jego parametrów technicznych.*

Zdaniem Zamawiającego nie naruszył art. 106 ust. 1 pzp, gdyż zażądane dokumenty miały potwierdzać spełnianie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego nie ograniczył uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nieuznanie równoważnych środków dowodowych, gdyż złożone przez Sterimed dokumenty nie nadawały się do zaakceptowania z powyżej już wskazanych powodów.

Zamawiający poinformował, że ponieważ pozostałe oferty spełniały jego wymagania tzn. nie miał wątpliwości co do oferowanego przedmiotu zamówienia, nie miał uzasadnionego interesu do wzywania do złożenia dodatkowych dokumentów.

Ustawa pzp wprost wskazuje, że tam, gdzie zamawiający określa terminy termin, nie może być on krótszy niż 2 dni robocze, co zostało w tym przypadku dochowane. Zamawiający brał przy tym pod uwagę fakt, że wykonawca przystępując do postępowania przetargowego, w którym oferuje sprzęt, powinien być w posiadaniu dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych w dokumentacji postępowania.

Dokumenty dostarczone jako dowody do odwołania nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego, gdyż przesłana deklaracja zawiera podpis „Lucca”, brak możliwości prawidłowej weryfikacji pisma, dokument nie zawiera żadnego odręcznego podpisu. Rysunki zawierają odręczne dopisaną liczbę mm. Rysunek konstrukcyjny komory z zaznaczeniem jej grubości – 4mm, również posiada odręcznie dopisaną grubość. W opinii Zamawiającego taki dowód nie może zostać przyjęty jako potwierdzający spełnianie wymagań, gdyż nie ma żadnego źródła potwierdzającego taką informację. Zdjęcie wodowskazu nie potwierdza wprost spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, gdyż wodowskaz umieszczony jest w połowie wytwornicy pary wewnątrz sterylizatora, a nie w panelu czołowym, jak było to wymagane w dokumentacji.

Wykonawca przystępując do postępowania przetargowego nie może domniemywać, jaki będzie końcowy termin wykonania zadania. Zamawiający już w dniu podpisania umowy może zlecić wykonawcy dostarczenie przedmiotu zamówienia, a na etapie postępowania Sterimed oświadczył, że termin ten będzie dłuższy niż wymagany przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

{KIO 863/22}

W odpowiedzi na odwołanie z 28 marca 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

Zamawiający podtrzymał, że zaoferowane przez Promed rozwiązanie jest niezgodne z opisem z pkt 2., gdyż w zawieszeniu sufitowym wysięgniki czasz oraz ramiona pod monitory instalowane są współosiowo, a nie wyłącznie wysięgniki czasz miały być instalowane współosiowo w centralnym otworze montażowym.

Na zdjęciu zawieszenia do lampy dokładnie widać, że w otworze centralnym zamontowana jest rura, na której zamontowana jest dodatkowa obręcz czy też nakładka z wysięgnikami. Zawieszenie to posiada, co widać na zdjęciu, tylko jeden otwór, który jest bazą zarówno do montażu wysięgników na lampy, jak i wysięgników na monitory.

Natomiast po przeciwnych stronach otworu centralnego nie ma żadnych otworów, które zgodnie z opisem SWZ gwarantowałyby możliwość montażu i ewentualnego demontażu w przyszłości dodatkowych wysięgników bez konieczności zdejmowania jakichkolwiek innych wysięgników.

Według Zamawiającego przy takiej konstrukcji, w której wszystkie wysięgniki zamontowane są tak naprawdę na jednej rurze montażowej, przy poruszeniu dowolnego ramienia (czy to lampy, czy monitora) pozostałe ramiona nie będą stabilne. W konsekwencji może prowadzić to do zmiany położenia pozostałych czasz lub monitorów w trakcie wykonywania zabiegu.

Poza tym zdaniem Zamawiającego oferowane rozwiązanie nie pozwala na powieszenie dodatkowych wysięgników na monitory bez demontażu innych elementów lampy, z uwagi na konieczność doprowadzenia przez wspólną rurę montażową przewodu do obejm mocujących i dalej do ramion.

Tylko dwa niezależne od otworu centralnego i wzajemnie od siebie otwory na wysięgniki gwarantują możliwość instalacji w przyszłości dodatkowych wysięgników bez demontażu jakichkolwiek innych wysięgników czy też demontażu elementów lampy.

{KIO 858/22, KIO 863/22}

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia w całości odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy strony podtrzymały swoje

dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Z kolei Przystępujący poparli Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołań, w tym Przystępujący SMS złożył pismo procesowe, w którym szczegółowo odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania Sterimedu.

W szczególności w odniesieniu o praktyki Sterimedu, polegającej na odręcznym dopisywaniu parametrów urządzenia, podkreślił, że grubość ścianki (blachy), z której wytworzona jest komora sterylizacyjna jako zbiornik ciśnieniowy, jest określana na podstawie precyzyjnych obliczeń wytrzymałościowych, uwzględniających między innymi takie czynniki jak ciśnienie robocze, temperaturę pracy, objętość zbiornika (komory), zastosowane wzmocnienia, sposób ich wykonania, użyte do jej budowy materiały, technologię wytwarzania i inne. Stąd na podstawie opracowanej dokumentacji i obliczeń wytwórca, po akceptacji przez jednostkę notyfikowaną, otrzymuje prawo do produkowania danego urządzenia w sposób zatwierdzony przez tę jednostkę. Zatwierdzona dokumentacja nabiera rangi dokumentacji koncesyjnej i jakiegokolwiek zmiany w tej dokumentacji bez zgody jednostki notyfikowanej są niedopuszczalne. Odręcznie naniesione na dokumentację opisy (tym bardziej przez nikogo nieautoryzowane) są nieakceptowalne. Jedynym uwierzytelniającym dowodem zastosowanego rozwiązania konstrukcyjnego (np. grubości ścianki komory sterylizacyjnej) jest fragment rysunku lub obliczeń wytrzymałościowych, których źródłem jest dokumentacja koncesyjna. Jeśli więc na dostarczonym dokumencie nie widnieje dowód koncesjonowania, dokument taki powinien zostać poświadczony przez upoważnioną osobę reprezentującą producenta. Reasumując, dopisywanie jakichkolwiek danych technicznych urządzenia przez Odwołującego jest niedopuszczalne i nie do zaakceptowania przez Zamawiającego jako wiarygodne źródło danych dotyczących właściwości oferowanego urządzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie każdy z nich może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami

przepisów ustawy pzp, które dotyczą odrzucenia złożonych przez nich ofert.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

{KIO 858/22}

W § 2 ust. 2 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ) termin wykonania zamówienia został następująco sprecyzowany: *Przedmiot zamówienia będzie dostarczany Zamawiającemu sukcesywnie w terminie do 31.12.2022r., przy czym Wykonawca ma 60 dni dla pakietów od nr-u 6 do nr-u 26 (30 dni dla pakietów od nr-u 1 do nr-u 5) od momentu wysłania przez Zamawiającego zgłoszenia na dostarczenie wskazanego sprzętu. Okres dostawy może ulec zmianie w przypadku zmiany terminów realizacji robót budowlanych, co Wykonawca niniejszym akceptuje i co nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń Wykonawcy.*

Rozdział XIII SWZ pn. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych zawiera w szczególności postanowienia w następującym brzmieniu:

1. *W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą:*

1) *Materiały informacyjne – katalogi, foldery, prospekty producenta lub instrukcje obsługi itp. w języku polskim dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia umożliwiające ich dokładne zidentyfikowanie wraz z parametrami technicznymi potwierdzającymi zgodność z parametrami wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego przedstawionymi przez Wykonawcę.*

2) *Aktualne dokumenty dopuszczające oferowany wyrób do używania i obrotu na terenie RP (Deklaracja Zgodności zgodnie z Ustawą o Wyrobach Medycznych – Dz.U.2020.186 t.j. z dnia 2020.02.06. lub certyfikat CE) oraz wpisy/zgłoszenia do Rejestru wyrobów Medycznych i Preparatów Biobójczych lub oświadczenie, że dokumenty takie nie są wymagane.*

Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formie opisu przynależność ww. dokumentów do określonego numeru pakietu i pozycji.

(...)

2. *Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane wyroby spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.*

3. *Jeżeli wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2*

ustawy Pzp, wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

(...)

5. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Pismem z 8 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał Sterimed w trybie art. 223 ust. 1 pzp do uzupełnienia m.in. przedmiotowego środka dowodowego, zażądanego w rozdziale XIII ust. 1 pkt 1) specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}, dla zaoferowanego w ramach pakietu nr 20 sterylizatora parowego P-6412H E 2P Medium, gdyż złożony wraz z ofertą materiał informacyjny pn. „Sterylizatory CISA P=640H – opis” {dalej również: „opis techniczny”} nie umożliwił dokładne zidentyfikowanie zgodności jego parametrów technicznych z opisem przedmiotu zamówienia.

Zarówno z pkt 1 rozdziału XIII SWZ, jak i ostatniej uwagi zamieszczonej pod tabelą opisu wymaganych parametrów sterylizatora parowego w załączniku nr 1.20.7 do SWZ [Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wiarygodności podanych przez Wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach, w tym u producenta. W przypadku wątpliwości Zamawiający wymagać będzie prezentacji sprzętu i jego parametrów technicznych.] wynika, że przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 20 są znajdujące się w obrocie gotowe urządzenia, które spełniają parametry opisu przedmiotu zamówienia, a nie urządzenia, które będą dopiero w tym celu dostosowywane.

Do pisma z 10 lutego 2022 r. Sterimed załączył taki sam opis techniczny, tym razem z zaznaczonymi fragmentami i naniesionymi pismem odręcznym odesłaniami do poszczególnych pkt opisu przedmiotu zamówienia, oraz odrębne oświadczenie, że zaoferowany sterylizator parowy o oznaczeniu jw. spełnia wszystkie parametry tego opisu.

Pismem z 24 lutego 2022 r. Zamawiający, wskazując że działa na podstawie art. 107 ust. 4 pzp, wezwał Sterimed do złożenia wyjaśnień odnośnie tak uzupełnionego przedmiotowego środka dowodowego, stwierdzając że opis techniczny nie umożliwia zidentyfikowanie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie dwóch parametrów: 1) *Lekka i energooszczędna konstrukcja komory – grubość ścian komory nie większa niż 4 mm* (pkt 3 załącznika nr 1.20.7 do SWZ), 2) *Poziom wody w wytwornicy pary kontrolowany niezależnie od przewodności wody zasilającej poprzez wodowskaz umieszczony na panelu czołowym od strony załadowczej* (pkt 25 załącznika Nr 1.20.7 do SWZ).

Zamawiający sprecyzował, że w ramach wyjaśnień oczekuje dostarczenia następujących dokumentów potwierdzających spełnienie tych parametrów: 1) rysunku konstrukcyjnego komory potwierdzającego grubość ścian komory nie większa niż 4 mm,

2) dokumentacji dozorowej zawierającej informacje, że wodowskaz umieszczony jest na panelu czołowym od strony załadowniczej sterylizatora.

Zamawiający pouczył, że niezłożenie w zakreślonym na 28 lutego 2022 r. wyjaśnień wraz z tymi dokumentami spowoduje zbadanie przez niego oferty wyłącznie na podstawie posiadanych dotychczas danych, dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie.

25 lutego 2022 r. Sterimed zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie zakreślonego terminu o 3 dni robocze, motywując to koniecznością pozyskania zażądanych dokumentów bezpośrednio od zagranicznego producenta oferowanego urządzenia, co znacząco wydłuża czas ich pozyskania.

25 lutego 2022 r. Zamawiający częściowo przychylił się do tego wniosku, wydłużając termin do 1 marca 2022 r.

W piśmie z 1 marca 2022 r. Sterimed ponownie oświadczył, że zaoferowany sterylizator parowy spełnia wszystkie parametry opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego poinformował, że:

- po pierwsze – czas produkcji zaoferowanego urządzenia wyniesie około 16 tygodni, gdyż będzie ono wyprodukowane na indywidualne zamówienie, które zostanie złożone gdy będzie pewne, że to ze Sterimedem zostanie zawarta umowa w zakresie pakietu nr 20;
- po drugie – z uwagi na powyższe aktualnie nie istnieje rysunek techniczny dokumentujący parametry objęte wezwaniem Zamawiającego.

Do pisma załączono kolejne oświadczenie Sterimedu, że zaoferowany sterylizator parowy o oznaczeniu jw. spełnia wszystkie parametry tego opisu oraz: ad 1) rysunek opisany odręcznie jako „Rysunek komory CISA P-6412H 2P E Medium” z ręcznie naniesionym wymiarowaniem ściany komory jako wynoszącym 4 mm, ad 2) tabela z informacjami w języku angielskim pn. „Serie P-640H Price List 2021”, w której zakreślono pozycję opisaną: „Sight glass water gauge stgeam generator SSSO301”.

Oczywiste jest, że powyższe oświadczenia własne Sterimedu nie stanowią równoważnych przedmiotowych środki dowodowych, które miały pochodzić od producenta oferowanego urządzenia. Na etapie składania wyjaśnień niczego takiego nie twierdził również Sterimed.

7 marca 2022 r. upłynął bezskutecznie 10-dniowy zawity termin, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy pzp, na odwołanie się przez Sterimed od czynności Zamawiającego, co do zarówno zakresu merytorycznego wezwania, jak i z kreślonego terminu na złożenie w ramach wyjaśnień zażądanych dokumentów.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w zakreślonym przez Zamawiającego terminie Sterimed nie uczynił zadość wezwaniu odnośnie złożenia określonych w nim

dokumentów, co sam potwierdził w treści złożonych wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego ze złożonych przez Sterimed wyjaśnień jednoznacznie wynika, że pod zadeklarowanym w ofercie oznaczeniem P-6412H E 2P Medium kryje się sterylizator parowy, który producent CISA wyprodukuje na specjalne zamówienie Sterimedu, a jego dostawa nastąpi nie szybciej niż około 16 tygodni od zawarcia umowy z Zamawiającym.

Sterimed na własne ryzyko – nie zwracając się z wnioskiem o wyjaśnienie tej kwestii przed upływem terminu składania ofert – założył, że Zamawiający nie będzie wymagał dostawy sterylizatora do 60 dni od złożenia zamówienia.

Z przedstawionego na rozprawie wydruku (datowanego na 18 kwietnia 2022 r.) ze strony internetowej dotyczącej budowy i przebudowy obiektów szpitala w Ryubniku nie wynika, że obiektywnie rzecz biorąc nie jest możliwe, aby Zamawiający mógł oczekiwać dostawy dwóch sterylizatorów objętych pakietem nr 20 wcześniej niż 8 tygodni od zawarcia z wykonawcą umowy w zakresie tego pakietu.

Zamawiający trafnie zidentyfikował w uzasadnieniu odrzucenia oferty Sterimedu powody faktyczne, dla których jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, zarówno co do niepotwierdzenia wiarygodnymi środkami dowodowymi dwóch parametrów technicznych opisu sterylizatora, jaki i terminu jego dostawy.

W tych okolicznościach bez znaczenia dla sprawy – jako nieprzedstawione Zamawiającemu w toku badania oferty Sterimedu – są załączone do odwołania kolejne oświadczenia czy dokumenty.

Co najwyżej potwierdzają one, że urządzenie zaoferowane Zamawiającemu dopiero miałyby powstać, dzięki modyfikacji dotychczas produkowanego modelu, specjalnie na potrzeby tego zamówienia, o czym świadczą w szczególności: 1) nieznanego pochodzenia kolejny rysunek techniczny, na którym ręcznie dopisano, że ściana komory ma 4 mm, 2) niepodpisane oświadczenie mające pochodzić od producenta CISA Production S.r.l. Unipersonale z siedzibą w Lukce {w skrócie: „CISA”} z 19 lipca 2021 r. [*Niezależnie od standardu produkcyjnego, CISA deklaruje, że dla modelu P-6412 H 2P można przewidzieć modyfikację polegającą na tym, że autoklaw może mieć szklaną rurkę wskaźnika poziomu wody na przednim panelu, poprzez modyfikację przedniego panelu dostępu serwisowego*].

Niezależnie od powyższego Przystępujący dowiódł, że Odwołujący na potrzeby tego przetargu we własnym zakresie zmienił treść opisu technicznego, który złożył uprzednio w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie czwarte tiret na str. 17. brzmi: *Konstrukcja komory energooszczędna o bardzo dużej wytrzymałości mechanicznej. Ściany*

komory o grubości 8 mm [w wersji składanej Zamawiającemu: Ściany komory o grubości 4 mm].

Przedstawione na rozprawie, jako pochodzące od powyżej wskazanego producenta, oświadczenie z 19 lipca 2021 r., wskazujące Sterimed jako autoryzowanego dystrybutora w zakresie sprzedaży i serwisu, nie potwierdza uprawnienia do dokonywania lub nawet deklarowania zmian konstrukcyjnych dla sprzedawanych urządzeń

Skoro niesporne jest, że urządzenie w wersji zaoferowanej Zamawiającemu miałyby dopiero zostać specjalnie dostosowane do parametrów opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać, że złożona Zamawiającemu deklaracja zgodności CE z 5 października 2020 r. producenta CISA dla modelu P-640H sterylizatora parowego czy złożony na rozprawie dla tego producenta certyfikat systemu jakości z 13 czerwca 2021 r., w którym wymieniono m.in. oznaczenia P640, P640 v 2, P640 v3, potwierdzają cokolwiek w odniesieniu do tak istotnie zmodyfikowanego urządzenia, w którym grubość ścian urządzenia ciśnieniowego została dwukrotnie zmniejszona w stosunku do dotychczas produkowanych modeli, do których odnoszą się te dokumenty.

{KIO 863/22}

Niesporne było brzmienie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 19. w odniesieniu do parametru lampy operacyjnej z dwoma czaszami i możliwością montażu kamery z pkt 2. załącznika nr 1.19.1.do SWZ: *Lampa z zawieszeniem sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z dodatkowymi przygotowanymi miejscami do montażu w przyszłości wysięgników pod monitory medyczne w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych tj. zlokalizowanych po przeciwległych stronach otworu centralnego. Rozwiązanie gwarantujące możliwość montażu i ewentualnego demontażu (w przyszłości) dodatkowych wysięgników bez konieczności zdejmowania jakichkolwiek innych wysięgników. Całość zawieszenia sufitowego zamontowana na jednej, wspólnej płycie stropowej.*

Podstawa faktyczna odrzucenia oferty Promedu – który zaoferował HyLED X9/X9 producenta Nanjing Mindray Bio-Medical Electronics Co., Ltd. z siedzibą w Nankinie w Chinach – została następująco sprecyzowana: *Rozwiązanie zaoferowane (strona 12 oferty), posiada lampę z zawieszeniem sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z obejmą, nakładką na tubę montażową umieszczoną w otworze centralnym z dodatkowymi otworami zlokalizowanymi poniżej otworu centralnego a nie w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych po przeciwległych stronach otworu centralnego, a więc takie rozwiązanie, na które zamawiający nie wyraził zgody.*

Taki opis rozwiązania oferowanego przez Promed nie koresponduje z treścią przywołanego powyżej opisu przedmiotu zamówienia, tzn. nie wskazuje na niezgodność pomiędzy tym, co zostało faktycznie zaoferowane, a tym, co zostało zastrzeżone jako wymagane.

Z przywołanego opisu ani wprost, ani pośrednio nie wynika bowiem, że za otwory montażowe (na czele z centralnym) uważa się otwory zlokalizowane w płycie stropowej. Wręcz przeciwnie, mowa jest o ich zlokalizowaniu w zawieszeniu sufitowym, czyli elemencie lampy montowanym do stropu. Przy czym w pozostałym zakresie budowa owego zawiesia sufitowego nie została określona, co oznacza, że nie było to istotne dla Zamawiającego na etapie tworzenia opisu przedmiotu zamówienia.

Tymczasem – jak to adekwatnie wypunktowano w odwołaniu – rozwiązanie oferowane przez Promed obejmuje lampę z zawieszeniem sufitowym, w którym wysięgniki czasz instalowane współosiowo w centralnym otworze montażowym, dodatkowo – dzięki dwóm sąsiednim otworom satelitarnym (tj. zlokalizowanym po przeciwległych stronach otworu centralnego) – zapewnia ono możliwość montażu w przyszłości wysięgników pod monitory medyczne, przy czym nic nie wskazuje również na to, aby montaż i demontaż każdego z tych dodatkowych wysięgników wymagał zdejmowania jakichkolwiek innych wysięgników, a całość tego zawieszenia sufitowego zamontowana jest na jednej, wspólnej płycie stropowej.

Podkreślić jednak należy, że ponieważ w enigmatycznej treści uzasadnienia odrzucenia nie została zakwestionowana w odniesieniu do HyLED X9/X9 możliwość montażu i demontażu poszczególnych ramion niezależnie od siebie, wobec zwerbalizowania tej kwestii przez Zamawiającego dopiero na rozprawie, nie jest ona przedmiotem rozpoznania w tej sprawie. Nie sposób jednak nie zauważyć, że Zamawiający, który bezkrytycznie powielił w ramach uzasadnienia odrzucenia treść pisma otrzymanego od Przystępującego Getinge, nie badał sposobu prowadzenia przewodów w oferowanym przez Promed produkcie, więc może jedynie spekulować, czy występuje tam jakiegokolwiek utrudnienie przy montażu lub demontażu kolejnych ramion.

Odwołujący, który złożył pismo procesowe (datowane na 19 kwietnia 2022 r.) zawierające zdjęcia porównawcze zawiesi sufitowych oferowanych przez Promed i Getinge [zdjęcia opatrzone nr 1, 2, 3, 3A, 4, 5] udowodnił, że w obu tych rozwiązaniach *wysięgniki czasz instalowane są współosiowo w centralnym otworze montażowym, z dodatkowymi przygotowanymi miejscami do montażu w przyszłości wysięgników pod monitory medyczne w dwóch sąsiednich otworach satelitarnych tj. zlokalizowanych po przeciwległych stronach otworu centralnego*. Widoczna różnica sprowadza się do wielkości osłony przylegającej

do płyty stropowej, która w jednym przypadku obejmuje całość zawieszenia, a w drugim nie. Jednocześnie Przystępujący adekwatnie zwizualizował [zdjęcie opatrzone nr 6], jakiego rodzaju rozwiązanie występujące na rynku nie odpowiada powyższemu opisowi.

{KIO 858/22}

Izba stwierdziła, że w powyżej ustalonych okolicznościach zarzuty odwołania podlegają odrzuceniu jako wniesione po terminie lub oddaleniu jako niezasadne.

{KIO 863/22}

W powyżej ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

{KIO 858/22}

Zgodnie z art. 528 pkt 3 pzp Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tym bardziej za dopuszczalne i konieczne należy uznać zawarcie w orzeczeniu kończącym sprawę w tej instancji postanowienia o odrzuceniu odwołania w części, czyli w odniesieniu do zarzutów, które zostały podniesione po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W tej sprawie Odwołujący nie mógł już skutecznie zakwestionować terminu określonego mu przez Zamawiającego w wezwaniu, od którego się nie odwołał do upływu zawitego terminu na zaskarżenie tej czynności.

{KIO 858/22, KIO 863/22}

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”}, który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że na podstawie – zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio – przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom

zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia.

Stąd zamawiający ma obowiązek zweryfikować zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Zakresem dyspozycji normy art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp prawnej objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia na zasadzie art. 106 ust. 1 pzp [odpowiednik art. 25 ust. 2 pkt 2 popz] i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) przedmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Niezależnie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

{KIO 858/22}

Skoro Odwołujący nie był w stanie potwierdzić wiarygodnymi środkami dowodowymi deklarowaną w ofercie zgodność oferowanego produktu z wszystkimi parametrami opisu przedmiotu zamówienia, a dodatkowo w ramach wyjaśnień zadeklarował termin wykonania

zamówienia niezgodny z wymaganiem, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę jako definitywnie niezgodną z warunkami tego zamówienia.

W konsekwencji za bezzasadne należało uznać zarzuty naruszenia wszystkich przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

{KIO 863/22}

Skoro nie ma niezgodności z warunkami tego zamówienia stwierdzonej przez Zamawiającego, konieczne stało się uchylenie jego wadliwej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji uchylenie również wadliwej decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

{KIO 858/22, KIO 863/22}

Mając powyższe na uwadze, w sprawie sygn. akt KIO 858/22 Izba stwierdziła, że:

- jeden z zarzutów podlega odrzuceniu, stąd orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,
- pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się, stąd orzeczono, jak w pkt 2. sentencji,
- ponieważ Odwołujący w całości przegrał sprawę, stosownie do tego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu poniesione przez Zamawiającego, stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 3. sentencji.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 863/22 Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 4. sentencji,
- ponieważ Zamawiający w całości przegrał sprawę, stosownie do takiego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego, stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 5. sentencji.