

WYROK
z dnia 21 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Endoelektronik Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Brwinowie przy ul. Borkowej 12** prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie przy ul. M. Sobieskiego 4,**

przy udziale wykonawcy **VARIMED Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Tadeusza Kościuszki 115/4U**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nakazuje Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 19 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy **VARIMED Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Tadeusza Kościuszki 115/4U.**

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie przy ul. M. Sobieskiego 4** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Endoelektronik Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Brwinowie przy ul. Borkowej 12
tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnystawie z siedzibą w Krasnystawie przy ul. M. Sobieskiego 4** na rzecz wykonawcy **Endoelektronik Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Brwinowie przy ul. Borkowej 12** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie z siedzibą w Krasnymstawie przy ul. M. Sobieskiego 4 (dalej: „Zamawiający” lub „Szpital”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa sprzętu medycznego dla Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie - 29 zadań”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2019 r. pod nr 2019/S 179-435609

Pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w Zadaniu nr 19 - za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy VARIMED Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Tadeusza Kościuszki 115/4U (dalej: „Varimed” lub „Przystępujący”), co zostało zaskarżone przez wykonawcę Endoelektronik Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Brwinowie przy ul. Borkowej 12 (dalej: „Odwołujący”) odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 31 grudnia 2019 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Varimed, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagań dotyczących „średnicy zewnętrzna końcówki endoskopu” pozycja gastrokop, a Zamawiający nie ma możliwości poprawienia błędów w ofercie wykonawcy Varimed na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp;
2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z całego postępowania (w tym zadania nr 9, 19 oraz 20) wykonawcy Varimed, który przedstawił w ofercie nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje na temat zgodności parametrów technicznych oferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ dotyczącymi średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu dot. gastrokopu, mające

wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Varimed do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
4. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 19;
- odrzucenie oferty wykonawcy Varimed w Zadaniu nr 19;
- wykluczenie wykonawcy Varimed z postępowania w Zadaniu nr 19;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert w Zadaniu nr 19;
- wykluczenia wykonawcy Varimed z postępowania w zadaniach nr 9 i 20, w przypadku gdyby wniósł odwołanie dotyczące odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, co następuje:

Odwołujący wskazywał, że w złożonej ofercie wykonawca Varimed określił, że przedmiotem jego oferty w Zadaniu nr 19 jest m.in. gastroskop model EG-2990K. Firma Varimed Sp. z o.o. w formularzu „Zestawienie parametrów technicznych” zaoferowała gastroskop EG-2990K podając nieprawdziwe parametry oferowanego endoskopu w pozycji 5. Odwołujący stwierdził, że zapis: „średnica zewnętrzna końcówki endoskopu 9,8 mm” jest nieprawdziwy. Konkretnie w tym modelu gastroskopu parametr ten wynosi 10,2 mm a wykonawca celowo przekłamał fakt. Zdaniem Odwołującego ani firma Varimed ani producent gastroskopu EG-2990K firma Pentax nie są w stanie udowodnić, że średnica zewnętrzna końcówki endoskopu wynosi 9,8 mm. Odwołujący podkreślał, że prawdziwa wartość to 10,2 mm, na dowód czego przedłożył protokołu oryginalny katalog producenta firmy Pentax.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający wymagał (poz. 3.), aby średnica zewnętrzna wziernika wynosiła max 9,3 mm ale też dopuścił wartość 9,8 mm. Kolejno wskazywał, że Zamawiający wymagał (poz. 5.) średnicę zewnętrzną końcówki endoskopu: max. 9,4 mm ale też dopuścił wartość 9,8 mm. Natomiast firma Varimed podała w poz.5 (średnica zewnętrzna końcówki) parametr o wartości 9,8 mm, co jest nie zgodne z rzeczywistością.

Odwołujący podkreślał, że średnica zewnętrzna końcówki endoskopu ma istotne znaczenie dla jakości wykonywanych badań jak i dla dobra pacjenta. Odwołujący w dwóch pismach skierowanych do Zamawiającego ale przed uzyskaniem informacji o wyniku postępowania dotyczącej Zadania nr 19 informował Zamawiającego o niezgodności w ofercie wykonawcy Varimed skutkujących koniecznością odrzucenia wskazanej oferty. Pierwsze pismo zostało przekazane w dniu. 07.11.2019 r. o godz. 16:04 drogą mailową oraz umieszczono na platformie pn. "Protokół z przeglądu oferty". Drugie pismo zostało przekazane w dniu 19.12.2019 r. o godz. 18:19 na platformie jako Korespondencja skierowana do Zamawiającego. W dniu 05.11.2019 r. Następnie Zamawiający wezwał wykonawcę Varimed w ramach Zadania nr 19 do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów zgodnie z Rozdziałem VI część B SIWZ tj.: pkt. 8) w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego - charakterystyka techniczna i użytkowa, prospekty, rysunki, karty katalogowe, karty specyfikacyjne lub inne dokumenty dotyczące parametrów technicznych asortymentu, których autentyczność musi zostać potwierdzona na żądanie Zamawiającego, potwierdzające spełnienie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia/zestawieniu parametrów technicznych (w Załącznikach nr 1-29 do SIWZ). Wykonawca Varimed przedstawił prospekt dotyczący gastrokopu EG-2990K z zaznaczeniem parametru określonego jako „Rurka wprowadzająca (wziernik) [śr.mm] 9,8 mm”. Zdaniem Odwołującego w przedstawionych przez Varimed dokumentach nie ma potwierdzenia czy na całej długości od końcówki aż po rękojęść „rurka wprowadzająca” ma jednakową średnicę. Nie mniej jednak Zamawiający wymagał potwierdzenia spełnienia dwóch średnic: pkt. 3 średnica zewnętrzna wziernika oraz pkt. 5 średnica zewnętrzna końcówki endoskopu. Wykonawca Varimed winien potwierdzić spełnienie obu parametrów tj. z pkt. 3 i z pkt. 5 zestawienia parametrów technicznych.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Varimed nie potwierdził parametru z pkt. 5. Sugerowanie przez Varimed tej samej wartości dla obydwóch średnic jest celowym wprowadzaniem Zamawiającego w błąd, absolutnie zamierzona insynuacja. Odwołujący podkreślał, że w Protokole z przeglądu oferty skierowanym do Zamawiającego Odwołujący Wskazywał na nieprawdziwe informacje w ofercie Varimed. Natomiast Odwołujący przedstawił oryginalny katalog producenta Pentax

(link:[https://www.pentaxmedical.com/pentax/download/fstore/uploadFiles/Pdfs/Product%20D](https://www.pentaxmedical.com/pentax/download/fstore/uploadFiles/Pdfs/Product%20Datasheets/DEProduktuebersicht-Endoskope-und-Frozessoren-2013-09.pdf) atasheets/DEProduktuebersicht-Endoskope-und-Frozessoren-2013-09.pdf), dotyczący gastrokopu model EG-2990K, gdzie średnica zewnętrzna końcówki endoskopu wynosi 10,2 mm, a nie jak wymagał Zamawiający maksymalnie 9,8 mm. Odwołujący podnosił, że pomimo otrzymanej informacji Zamawiający nie podjął żadnych czynności, w tym czynności wyjaśniających względem wykonawcy Varimed. Jego zdaniem wyjaśnienia wykonawcy

Varimed nie potwierdziły wyspecyfikowanego w pkt. 5 parametru „Zestawienia parametrów technicznych”. Odwołujący wskazywał, że w dniu 23.12.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w Zadaniu nr 19 tj. za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Varimed, pomimo wykazywanych przez Odwołującego niezgodności.

W rozpoznawanym stanie faktycznym - zdaniem Odwołującego - wykonawca Varimed umyślnie, z zamiarem bezpośrednim, wprowadził Zamawiającego w błąd co do zgodności parametrów technicznych zaoferowanego gastrokopu z wymaganiami SIWZ. Przedstawione informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem przyczyniły się do wyboru oferty Varimed jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 19. Zamawiający niezależnie od obowiązku dokonania samodzielnej rzetelnej oceny oferty Varimed co do zgodności z wymaganiami SIWZ w zakresie parametrów technicznych otrzymał od Odwołującego informację o konieczności odrzucenia oferty Varimed, która powinna stać się podstawą co najmniej do wszczęcia procedury wyjaśniającej wobec wykonawcy Varimed.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu wykonawca Varimed przedłożył Zamawiającemu dokumenty przerobione, wprowadzające go w błąd co do istotnych cech przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju praktyka powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy Varimed i odrzuceniem jego oferty.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na ww. odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu ww. stanowiska Zamawiający wskazywał, że stawiane przez Odwołującego zarzuty sprowadzają się w zasadzie do jednej okoliczności rzekomej niezgodności urządzeń objętych ofertą Przystępującego z opisem przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją miałyby być zaniechania Zamawiającego, gdyż w ocenie Odwołującego oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu. W ocenie Zamawiającego żaden z zarzutów stawianych w odwołaniu nie znajduje uzasadnienia w sprawie.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwracał uwagę, że dopuścił w opisie przedmiotu zamówienia maksymalną średnicę wziernika i końcówki endoskopu odpowiednio na 9,3 mm i 9,4 mm. W wyniku pytania Przystępującego Zamawiający dopuścił natomiast średnicę wziernika i końcówki endoskopu mieszczącą się w granicach od 9,3 mm do 9,8 mm. Jeżeli więc Przystępujący oferuje (jak twierdzi Odwołujący) sprzęt o średnicy wziernika i końcówki 10,2 mm, należy postawić pytanie dlaczego zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o dopuszczeniu sprzętu o maksymalnej Średnicy 9,8 mm a nie 10 2 mm. Przystępujący, jako

profesjonalista, musiał zdawać sobie sprawę, że takie działanie będzie dla niego finalnie skutkowało odrzuceniem oferty. Już choćby powyższe świadczy, że Odwołujący nie ma racji w swoich rozważaniach, gdyż błąd Odwołującego wynika z faktu, iż średnicę 10,2 mm odnosi on nie do wziernika i końcówki endoskopu ale do mocowania dysz wylotowych kanałów i soczewek tzw. „distal end”. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, że rurka wprowadzająca endoskopu zbudowana jest z: wziernika endoskopu, końcówki endoskopu (część ruchoma), (oba wymogi zostały zawarte w SIWZ), oraz końcówki dystalnej, w której mocowane są dysze wylotowe kanałów i soczewka.

Zamawiający w swoim opisie przedmiotu zamówienia wymagał co do maksymalnej średnicy odnosił pierwotnie do średnicy wziernika, którą określił na 9,3 mm oraz końcówki na max. 9,4 mm. W wyniku pytania Przystępującego dopuszczono wartości dla wziernika i końcówki do 9,8 mm. Zdaniem Zamawiającego powyższe oznacza, że na tym etapie, tj. pytania Przystępującego, Zamawiający rozszerzył swoje wymagania co do maksymalnej średnicy wyłącznie w zakresie wziernika i końcówki (części ruchomej), natomiast w dalszym ciągu poza wymogami Zamawiającego pozostawała końcówka dystalna endoskopu.

Zamawiający podkreślał, że Odwołujący w ogóle nie bierze pod uwagę faktu, że w zakresie końcówki dystalnej Zamawiający nie określił maksymalnej średnicy jako swojego wymagania, stąd też Przystępujący nie mógł złożyć oferty niezgodnej z opisem zamówienia w tym właśnie zakresie. Z przedstawionych względów, w niniejszym postępowaniu nie mogło dojść również do naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przede wszystkim przesłanka z pkt 16 przywołanego artykułu dotyczy strony podmiotowej postępowania i odnosi się bowiem wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji. Sformułowane w odwołaniu zarzuty mają natomiast charakter przedmiotowy, co a priori wyklucza zasadność zarzutu naruszenia tego przepisu. Również art. 24 ust. 1 pkt 17 nie mógł być naruszony, a to z tego względu, że Przystępujący nie miał możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie podnoszonym w odwołaniu, gdyż Zamawiający nie określił swoich wymagań co do wymiarów końcówki dystalnej.

Zdaniem Zamawiającego wszystkie powyższe argumenty przemawiają również za tym, iż w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1. Po pierwsze, wezwanie do złożenia przez wykonawców w toku postępowania jest prawem, nie zaś obowiązkiem Zamawiającego. Po drugie, oferta Przystępującego nie budziła wątpliwości Zamawiającego w sugerowanym przez Odwołującego zakresie. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dokonał rzetelnego badania ofert i był w stanie z całą pewnością stwierdzić, czy oferta Przystępującego spełnia stawiane przez niego wymagania.

Z uwagi na powyższe Zamawiający stwierdził, że odwołanie nie znajduje żadnego uzasadnienia i jako takie winno podlegać oddaleniu. Jedynie marginalnie wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem osób odpowiedzialnych za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, ewentualne różnice pomiędzy wziernikiem i końcówką endoskopu a końcówką dystalną w endoskopach dostępnych na rynku są tak minimalne, że nie miało uzasadnienia rozróżnianie kolejnego parametru przy formułowaniu wymogów. Powyższe różnice nie mają ani uzasadnienia medycznego ani nie powodują zwiększenia dyskomfortu badanego pacjenta, zaś w postępowaniu, różnica dotyczy 0,4 mm, która w ocenie Zamawiającego również nie ma żadnego praktycznego znaczenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Zadaniu nr 19, zgodnie z treścią pkt 5 załącznika nr 19 do SIWZ w odniesieniu do zamawianego urządzenia postawił następujący wymóg: „5. Średnica zewnętrzna końcówki endoskopu max. 9,4 mm”.

Następnie odpowiedzią na pytanie nr 69 Zamawiający w odniesieniu do postanowień zarówno pkt 3 i 5 załącznika nr 19 do SIWZ dopuścił zaoferowanie urządzeń o średnicy zewnętrznej wziernika i końców endoskopu w przedziale od 9,3 do 9,8 mm.

Izba ustaliła również, że Przystępujący w złożonej ofercie w zadaniu nr 19 zaoferował urządzenie typu EG-2990K a w zestawieniu parametrów technicznych w pkt 5 „Średnica zewnętrzna końcówki endoskopu” Przystępujący podał: „Tak. Średnica zewnętrzna końcówki endoskopu: 9,8 mm. (dopuszczono)”.

Nie było sporne między stronami, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego w zakresie końcówka endoskopu w której są zamocowane dysze i światłowód posiada średnicę o wymiarach 10,2 mm. Powyższe wynika również z dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci instrukcji użytkownika.

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów

Natomiast według przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zaś zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut odwołania skutkujący jego uwzględnieniem, dotyczący zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący niegodności treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji w zakresie średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu.

W kontekście powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w Zadaniu nr 19 w zakresie wymogu dotyczącego średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu treść oferty Varimed jest zgodna z treścią specyfikacji (pkt 5 załącznika nr 19 do SIWZ) ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Izba przyznała rację Odwołującemu, który twierdził, że oferta Przystępującego jest niezgodna w tym zakresie z treścią SIWZ, bowiem średnica zewnętrzna końcówki zaoferowanego urządzenia wynosi 10,2 mm a nie jak twierdził Przystępujący 9,8 mm. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, iż Zamawiający w treści SIWZ w pkt 5 wprost wskazał, że formułuje wielkość ww. parametrów w odniesieniu do średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu nie zastrzegając, że wymóg ten dotyczy jedynie części miękkiej urządzenia. Wobec tego Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który podnosił, że powyższy wymóg należy odnosić do końcówki miękkiej endoskopu, z pominięciem końcówki sztywnej, tzw. końcówki dystalnej. Izba wskazuje, że tego rodzaju zastrzeżenia brak jest w treści ustalonych przez Zamawiającego wymagań wskazanych w specyfikacji. Następnie Zamawiający argumentował, iż istotnym z jego perspektywy jest parametr średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu z punktu widzenia zakończenia miękkiej części, a bez znaczenia pozostaje parametr końcówki endoskopu części sztywnej (tzw. części dystalnej). Izba zwraca uwagę, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien swoje oczekiwania odpowiednio przełożyć na treść specyfikacji w odpowiednim kształcie, czego zdaniem Izby nie uczynił.

Izba uznała, że w aspekcie rozpoznawanego zarzutu nie sposób również pominąć argumentacji Odwołującego, który podnosił, że wymóg dotyczący średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu z uwzględnieniem końcówki dystalnej należy uznać za istotny z uwagi na niebezpieczeństwo znacznej różnicy w parametrach pomiędzy częścią miękką a sztywną. Izba uznała za przekonującą argumentację Odwołującego, który stwierdził, że ww. parametr należy uznać za istotny również z punktu widzenia pacjenta, który będzie nim badany, bowiem każde zwiększenie parametru średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu może powodować, że badanie nim wykonywane jest dla niego mniej komfortowe.

W tym miejscu również zwrócenia uwagi wymaga, że argumentacja zawarta w treści pytania nr 69 w lwej części zasadza się na średnicy wziernika endoskopu a nie średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu. Tym samym Izba uznała argumentację Przystępującego i Zamawiającego budowaną na tej podstawie za chybioną.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym, w sytuacji postawienia przez Zamawiającego w SIWZ wymogu maksymalnej średnicy zewnętrznej końcówki endoskopu na poziomie 9,8 mm zaoferowane przez wykonawców urządzenie nie może posiadać w tym obszarze wymiarów większych, a z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie, bowiem zaoferowany przez Przystępującego endoskop w części tzw. dystalnej posiada wymiar 10,2 mm. Wobec tego przekracza maksymalny wymiar wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią specyfikacji, ponieważ wykonawca zaoferowała

urządzenie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego co skutkuje koniecznością odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W kontekście powyższego bez znaczenia pozostaje dowód w postaci oświadczenia producenta z dnia 8.01.2020 r., który został złożony przez Przystępującego.

Jeśli zaś chodzi o pozostałe zarzuty to Izba stwierdziła, że podlegają one oddaleniu. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ani też przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.

Podsumowując zaprezentowane powyżej rozważania Izba wskazuje, że naturalną konsekwencją naruszeń przepisów ustawy, opisanych powyżej było stwierdzenie przez Izbę również naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 Pzp polegającego na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Varimed, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba uznała, że stwierdzone i opisane powyżej naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

.....