

Sygn. akt KIO 1823/21

WYROK
z dnia 22 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 czerwca 2021 r.** przez wykonawcę **Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Copernicus Podmiot Lecznicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa i:**

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Copernicus Podmiot Leczniczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk** kwotę **454 zł 70 gr** (słownie: czterysta pięćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów **zamawiającego** związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Copernicus Podmiot Leczniczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6; 80-803 Gdańsk wszczął postępowanie na dostawę w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa materiałów szewnych, staplerów i ładunków używanych do zabiegów chirurgicznych, hemostatyków oraz zestawów do leczenia zaburzeń statyki dna miednicy«, numer referencyjny: D10.251.124.G. 2020.

31.12.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 255-639928.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320) [dalej NPzp] na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

10.06.2021 r. zamawiający poinformował w zakresie części 29, 32 i 33 o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medtronic Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Polna 11, 00-633 Warszawa;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa.

20.06.2021 r. wykonawca Meditrade Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 29, 32 i 33.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp przez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 29, 32 i 33, pomimo że treść złożonej przez odwołującego oferty odpowiada treści SIWZ

ewentualnie

- 2) art. 26 ust. 4 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych złożonych przez odwołującego w ramach pakietu nr 29, 32 i 33

ewentualnie

- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych w zakresie pakietu nr 29, 32 i 33.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w ramach pakietu nr 29, 32 i 33:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

ewentualnie

- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionych próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych;

ewentualnie

- 5) wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych;
- 6) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

INTERES I SZKODA

Oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu pod kątem ceny w ramach każdego z trzech pakietów, których dotyczy odwołanie. Z przekazanego przez zamawiającego pisma „Wybór najkorzystniejszych ofert” wynika, że oferta wykonawcy, który plasował się na pierwszym miejscu w każdym z trzech pakietów tj. Sun-Med spółka cywilna D. S., S. N. (dalej: „Sun-Med”), została odrzucona przez zamawiającego we wszystkich tych trzech pakietach. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego złożona przez odwołującego oferta nie zostałaby odrzucona w ramach pakietu nr 29, 32 i 33, a w konsekwencji zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. W związku z tym, w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy SPzp działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu zamówienia publicznego w pakiecie nr 29, 32 i 33, a tym samym odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

UZASADNIENIE

1. Zarzut braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 29

Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wynika, że na podstawie dostarczonej próbki zamawiający uznał, że „manualny ogranicznik tkanki jest umiejscowiony w górnej części staplera i uniemożliwia on obsługę staplera jedną ręką (wymagania pkt 6 – Rękojeść staplera pozwalająca na obsługę staplera jedną ręką), co nie spełnia wymagań przedmiotu zamówienia”. Odrzucenie oferty odwołującego w ramach pakietu nr 29 jest nieuzasadnione.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedstawił próbkę staplera, a wraz z nią instrukcję obsługi staplera. Instrukcja znajdowała się w oryginalnym opakowaniu, w którym stapler został przekazany zamawiającemu. We wspomnianej instrukcji wskazano: „Przed zamknięciem lub uruchomieniem urządzenia należy upewnić się, czy sworzeń stabilizujący został popchnięty do przodu i czy jest on prawidłowo osadzony. Na tym etapie okienko wskaźnika powinno być białe. Sworzeń poruszy się w chwili ręcznego przesunięcia białego pokrętła do przodu. Jeżeli sworzeń stabilizujący nie zostanie umieszczony ręcznie na miejscu przed zamknięciem narzędzia, wówczas zostanie on automatycznie osadzony w chwili zamknięcia szczęk narzędzia”.

Z przytoczonego fragmentu instrukcji wynika, że ogranicznik tkanki (sworzeń stabilizujący) może być automatycznie umiejscowiony przez zamknięcie szczęk staplera. Można go co prawda zamknąć również ręcznie – jest to jednak tylko jedna z opcji jego zamknięcia, ale nie jedyna (jak już wyżej wskazywano jest możliwość automatycznego umiejscowienia sworznia stabilizującego).

Rękojeść staplera pozwala zatem na obsługę staplera jedną ręką (pkt 6 wymagań zamawiającego do pakietu nr 29 poz. 1-4), a zatem stapler zaoferowany przez odwołującego spełnia wymagania zamawiającego i brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

2. Zarzutu braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 32

1. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego w ramach pakietu nr 32 zamawiający wskazał, że „na podstawie dostarczonych próbek stwierdzono, że wyroby nie posiadają wymaganych wysokości zszywek, zamawiający wymagał: 3,0 mm, 3,5 mm, 4,0 mm, zaoferowano 3,5 mm, 4,8 mm, 5,0 mm oraz wymagano ładunków do tkanki naczyniowej, średniej grubości lub grubej, w dostarczonych dokumentach brak jest nazewnictwa tkanek, jest tylko informacja, że seria ładunków CADD może być wykorzystywana w szerokim zakresie grubości tkanek, przy czym kolejna seria ENTS w tkankach normalnych oraz średniej grubości (brak dedykowanego ładunku do tkanki naczyniowej), co nie spełnia wymagań przedmiotu zamówienia”.

Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego jest bezpodstawną, gdyż oferta odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ.

2. W złożonym wraz z ofertą formularzu asortymentowo-cenowym dla zadania nr 32, odwołujący zaoferował ładunki liniowe o następujących numerach katalogowych:

CADD-30ENTS – ładunki liniowe ze zintegrowanym nożem, w których wysokość otwartej zszywki wynosi 3,0 mm, 3,5 mm, 4,0 mm;

CADD-45ENTS – ładunki liniowe ze zintegrowanym nożem, w których wysokość otwartej zszywki wynosi 3,0 mm, 3,5 mm, 4,0 mm;

CADD-60ENTS – ładunki liniowe ze zintegrowanym nożem, w których wysokość otwartej zszywki wynosi 3,0 mm, 3,5 mm, 4,0 mm;

3. Jak wynika, z odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia próbek w trybie art. 26 ust. 1 SPzp datowanej na 23.04.2021 r., ww. ładunki zostały przedstawione zamawiającemu.

4. 24.03.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 SPzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w postaci kart technicznych producenta lub kart katalogowych producenta wyrobu.

5. W odpowiedzi odwołujący w załączeniu do pisma z 31.03.2021 r. przedstawił karty katalogowe produktów zaoferowanych w pakiecie 29 poz. 1-8, pakiecie 32 poz. 1-4 oraz pakiecie 33 poz. 1-6, potwierdzające, że oferowany asortyment spełnia wymagania określone przez zamawiającego oraz przykładowe wzory samoprzylepnych etykiet.

6. Dla pakietu nr 32 odwołujący przedstawił kartę katalogową, w której znajduje się tabela określająca ładunki do staplera endoskopowego liniowego z nożem, z artykulacją (3 wysokości zszywek).

7. Z przedstawionej przez odwołującego karty katalogowej wynika, że zaoferowane przez niego ładunki liniowe mają wysokość otwartej zszywki 3,0 mm, 3,5 mm oraz 4,0 mm, czyli dokładnie taką jakiej wymagał zamawiający.

8. Co ważne, z karty wynika również, że odwołujący nie posiada w swojej ofercie ładunków do staplera endoskopowego liniowego z nożem, z artykulacją o wymiarach podanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia tj. o wymiarach 3,5 mm, 4,8 mm, 5,0 mm.

9. W taki sam sposób jak w karcie katalogowej, wysokość otwartej zszywki została określona w instrukcji.

10. Nie sposób zatem stwierdzić, na jakiej podstawie zamawiający uznał, że zaoferowane ładunki liniowe posiadają inną wysokość otwartych zszywek niż wynika to z karty katalogowej i instrukcji.

11. Ponadto zamawiający wskazał również, że w przedstawionych dokumentach „brak jest nazewnictwa tkanek, jest tylko informacja, że seria ładunków CADD może być

wykorzystywana w szerokim zakresie grubości tkanek”. Zarówno w SIWZ jak i w OPZ zamawiający nie sprecyzował tego wymagania, określił natomiast konkretną wysokość zszywek. Opis tkanek „standardowa”, „gruba”, „średniogruba” jest opisem uznaniowym i w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w formularzu asortymentowo-cenowym brak jest jakichkolwiek wytycznych, co do jasno określonych standardów grubości i przynależności do konkretnej kategorii. Określenia te mają bardziej charakter orientacyjny, a konkrety dotyczące opisu zawierają się w wysokości zszywek.

12. Jeśli chodzi o podniesioną przez zamawiającego kwestię braku ładunku naczyniowego, to należy zauważyć, że sformułowanie „ładunek naczyniowy” pojawia się jedynie w poz. 2 formularza asortymentowo-cenowego dla pakietu nr 32, której opis brzmi następująco: „ładunki liniowe ze zintegrowanym nożem o dł. 30 mm do uniwersalnego stapera endoskopowego, zakładające dwa potrójne rzędy zszywek o różnych wysokościach z możliwością wygięcia szczęk do 45 stopni, ładunek naczyniowy lub do tkanki średniej grubości 3 mm, 3,5 mm, 4 mm”.

13. Odnosząc się do brzmienia opisu poz. 2, w którym pojawia się sformułowanie „ładunek naczyniowy lub do tkanki średniej grubości 3 mm, 3,5 mm, 4 mm” należy zwrócić uwagę na fakt, że spójnik „lub” wskazuje na alternatywę nierozłączną, co oznacza, że wystarcza spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek, ale mogą być także jednocześnie spełnione dwie lub więcej przesłanek zawartych w wyrażeniu. Zastosowanie tego rodzaju konstrukcji na gruncie rozpoznawanej sprawy powoduje, że wykonawca mógł zaoferować ładunek naczyniowy bądź ładunek do tkanki średniej bądź ładunek naczyniowy i ładunek do tkanki średniej.

14. Jeśli zamawiający oczekiwał obu ładunków powinien był opisać przedmiot zamówienia z użyciem spójnika „oraz” albo „i”. Wówczas jednoznacznie wskazałby na konieczność zaoferowania obu ładunków.

15. Dodatkowo, należy zauważyć, że opisując przedmiot zamówienia w pakiecie nr 29 zamawiający jasno określił, że oczekuje obu wariantów zszywki w następujący sposób: „wysokość otwartej zszywki 3,5 mm lub 4,8 mm do wyboru zamawiającego”. Dodanie na końcu tego wymagania informacji „do wyboru zamawiającego” jednoznacznie wskazywało, że obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie obu wariantów zszywek, a wyboru, które z nich mają zostać dostarczone dokona zamawiający. W opisie poz. 2 w pakiecie nr 32, takiego zastrzeżenia zamawiający nie zamieścił, co powoduje, że pozostawił wykonawcom wybór, który z podanych przez niego ładunków zaoferują. Jeżeli intencja zamawiającego była inna i konieczne było zaoferowanie obu rodzajów ładunków, to jak już wyżej wskazywano nie wynika ona z brzmienia SIWZ, którym zarówno zamawiający jak i wykonawcy są związani.

16. Podsumowując, oferując jeden z dopuszczonych przez zamawiającego ładunków, odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w treści SIWZ.

17. Odwołujący zwrócił uwagę na ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SIWZ muszą być rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy, gdyż ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczność stanowiska zamawiającego wyrażonego w SIWZ, nie mogą rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1945/13).

3. Zarzutu braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 33

1. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że „na podstawie dostarczonej próbki (stapler SSAB-80 wraz z ładunkiem SADB-80) stwierdzono w trakcie testowania, że użytkownikowi stwarza problem prawidłowe ułożenie staplera, które wynika z nierównomiernego rozłożenia bransz roboczych. Przy rękojeści dużą przestrzeń do ułożenia tkanki, w dalszej części bransze ściśle przylegające do siebie. Miażdżące tkanki. Nie pozwalające na alokację, w celu prawidłowego ułożenia względem siebie. Po wykonaniu procedury zamknięcia zszywek oraz podjęcia próby przecięcia tkanek okazało się, że ostrze jest na tyle grube i tępe, że tkanki szarpie, rozrywa, a zszywki przyjmują w ok. rękojeści (gdzie, była duża przestrzeń między branszami) kształt powyginanej litery „M”, nie zmykając i nie tworząc szwu – może to w efekcie grozić nieszczelnościami. Ponadto popychacz noża działa niezwykle ciężko, nie może obsłużyć staplera w sposób bezpieczny, nie traumatyzując tkanek lub ich nie rozrywać. Sposób zamykania zszywek jest bardzo zróżnicowany, co widać w zużytym ładunku – wysuwanie się wypełnienia bardzo zróżnicowane. Duże problemy stwarza także wymiana ładunku do ponownego użycia. Całe urządzenie wymaga rozkładania i manipulowania, w związku z powyższym zamawiający postanawia jak na wstępie”.

2. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego nie odnosi się ani nie wskazuje, z którymi konkretnie postanowieniami SIWZ oferta odwołującego jest niezgodna. Podniesiona przez zamawiającego argumentacja to zbiór subiektywnych ocen osoby testującej próbkę, brak w niej odniesienia do wymagań SIWZ. Z podanego przez zamawiającego uzasadnienia nie wynika w jakich warunkach testowana była próbka (m.in. na jakim materiale). Taka informacja nie wynika również z udostępnionego odwołującemu protokołu testowania próbek z 29.04.2021 r. (D10.251.124.G.2020). Uniemożliwia to odwołującemu odniesienie się do sformułowanych przez zamawiającego twierdzeń.

3. Jeśli chodzi o kształt przyjmowany przez zszywkę po zamknięciu, to producent deklaruje, że po odpaleniu staplera zamknięta zszywka przybiera kształt zbliżony do litery B. Informacja ta została potwierdzona w karcie katalogowej (str. 2 karty katalogowej, tiret trzecie „właściwości”).

4. Odwołujący dostarcza zaoferowane staplery do ośrodków, wykonujących ponad 200 procedur rocznie, z użyciem staplerów firmy Panther takich jak np. Szpital Praski P.W. Przemienienia Pańskiego sp. z o.o., Centrum Medyczne HPC sp. z o.o. oraz Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o., które zarekomendowały użycie tych staplerów w procedurach operacyjnych i potwierdziły ich jakość.

4. Zarzut dotyczący zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dotyczących próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych

1. W rozdz. 3 pkt 5 SIWZ zamawiający wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów, w tym

„5) w razie wątpliwości, czy oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego –

zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania:

- kart technicznych producenta wyrobu lub kart katalogowych producenta wyrobu,
- próbki oferowanego wyrobu (bezpłatnych)”.

2. Tym samym zamawiający zakwalifikował próbki jako dokument przedmiotowy (a nie jako treść oferty), do którego znajduje zastosowanie przepis art. 26 SPzp, a co zatem idzie próbki podlegają uzupełnieniu lub w odniesieniu do których zamawiający może skorzystać z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień. Fakt, że zamawiający traktował próbkę jako dokument przedmiotowy, znajduje potwierdzenie w czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania, gdyż kierując w toku postępowania wezwania do odwołującego i wykonawcy Sun-Med jako podstawę prawną wezwania zamawiający wskazywał art. 26 ust. 1 i ust. 3 SPzp.

3. Tym samym, z ostrożności należy zauważyć, że jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do przedstawionych przez odwołującego próbek to przed odrzuceniem oferty, zobowiązany był wezwać odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 SPzp.

4. Ewentualnie zamawiający zobowiązany był przed odrzuceniem oferty do wezwania odwołującego do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp. Procedura ta jest obligatoryjna i zamawiający nie mógł odstąpić od jej zastosowania. W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający skorzystał z dyspozycji art. 26 ust. 3 SPzp i w toku postępowania wezwał wykonawcę Sun-Med do uzupełnienia próbek. Zaniechanie przez zamawiającego

wezwania odwołującego do uzupełniania próbek stanowi zatem naruszenie nie tylko przepisu art. 26 ust. 3 SPzp, ale również podstawowej dla Prawa zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 SPzp. W tej samej sytuacji zamawiający potraktował wykonawców w odmienny sposób.

5. Przejawem nierównego traktowania wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji jest również fakt, że jak wynika z protokołu testowania próbek z 29.04.2021 r. (D10.251.124.G.2020), testowaniu podlegały jedynie próbki odwołującego i wykonawcy Sun-Med. Zamawiający nie wezwał i nie zweryfikował próbek trzeciego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 29, 32 i 33, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, tj. wykonawcy Medtronic Poland sp. z o.o. zamawiający nie wzywał do uzupełnienia i nie weryfikował także próbek wyrobów zaoferowanych w pakiecie 29 i 33 przez wykonawcę Complimed A. B..

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 21.06.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.06.2021 r. (art. 524 NPzp).

24.06.2021 r. wykonawca Medtronic Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Polna 11, 00-633 Warszawa złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 2 NPzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.07.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł pismo odwołującego 20.07.2021 r., polemizujące z odpowiedzią zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr 1 – instrukcja obsługi, gdzie jest zaznaczona wysokość zszywek w jednym ładunku;
- 2) dowód nr 2 – gąbka o wymiarach ok. 2 mm grubości i boku 30 x 30 cm, gdzie jest pokazane, jak w każdym pakiecie (32 i 33) z przecięciami są wykazane możliwości zszywania staplera, tak aby zszywka przyjęła kształt po zagięciu litery B i bez przecinania w pakiecie 29 również zszywka przyjmuje kształt litery B po zagięciu;

B) zamawiającego:

- 3) dowód nr 3 listki z zszywkami zaoferowanymi przez odwołującego oraz przecięciem i listek z zszywkami zaciśniętymi w kształcie litery B o dużej średnicy (Meditrom);

C) przystępującego:

- 4) dowód nr 4 – fotografie staplerów na wykazanie możliwości operowania jedną ręką na staplerze Przystępującego i konieczność operowania dwoma rękami na staplerze odwołującego.

Ogólnie Izba stwierdza, że odwołujący wskazał w zarzucie nr 1 i 3 naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 lub 3 SPzp, jednak odwołujący nie uzasadnił tego na piśmie ani nawet nie nawiązywał do tego w trakcie posiedzenia ani rozprawy. Dlatego Izba oddała zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 lub 3 SPzp, gdyż Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia.

W zakresie konkretów w ocenie Izby wszystkie zarzuty odwołującego w zakresie pakietu nr 29, 32 i 33, a więc zarzut:

pierwszy – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść złożonej przez odwołującego oferty odpowiada treści SIWZ,

drugi – naruszenia art. 26 ust. 4 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych złożonych przez odwołującego

trzeci – naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek oraz kart technicznych lub kart katalogowych

– nie mogą zostać uwzględnione.

Izba stwierdza, że głównym zagadnieniem sporu było stwierdzenie przez zamawiającego, że – mimo wymagania postawionego w SIWZ aby w pakiecie 29 dotyczącym staplera wykonawca [odwołujący] zaoferował to urządzenie pozwalające na obsługę instrumentu jedną ręką – narzędzia nie da się obsługiwać jedną ręką, gdyż rączka jest umieszczona z dołu aparatu, a przełącznik na górze i brak jest fizycznej możliwości aby ludzie posiadali tak długie palce i mogli trzymając zaoferowany przedmiot w czterech palcach dosięgnąć przełącznika wystarczająco precyzyjnie piątym palcem. Dostatecznie wykazał to zamawiający prezentując na rozprawie kwestionowany aparat, a ponadto wskazują na to zdjęcia przedstawione przez przystępującego dowodzie 4.

Izba podkreśla, że odwołujący jest wyspecjalizowanym wykonawcą w zaopatrywaniu służby zdrowia, a przedmiotowe urządzenie ma mieć zastosowanie w operacjach dna miednicy, na co wskazuje sam tytuł postępowania. Dlatego wykonawca nie może się zasłaniać brakami w SIWZ odpowiednio szczegółowego postawienia wymagań przez zamawiającego. Jeżeli odwołujący nie znalazł dostatecznie jasnych sformułowań SIWZ mógł o to dopytać, zgodnie z art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze SPzp, ale nie jest to możliwe na obecnym etapie postępowania zamówieniowego i byłoby to działanie spóźnione. Art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze SPzp brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Także Izba nie może wziąć pod uwagę referencji innych podmiotów zamawiających, które to referencje dotyczą wykonywania przez wystawców referencji niesprecyzowanych

procedur medycznych w momencie gdy zamawiający właściwie konkretnie określił umiejscowienie wykonywania zabiegów (dno miednicy). Odwołujący nie wykazał, że referencje dotyczą właśnie zastosowania oferowanego urządzenia do takich zabiegów, do których zamawiający zamierza stosować zamawiany sprzęt.

Również argumentowanie przez odwołującego, że zamawiający użył w opisie przedmiotu zamówienia łącznika »lub« jako funkтора alternatywy nierozłącznej przez co wykonawca mógł zaoferować przedmiot zamówienia w jednym wymiarze, a nie większej liczby wymiarów, co – zdaniem odwołującego – byłoby wymagane gdyby zamawiający zastosował łącznik »i«, nie jest zdaniem Izby zasadne.

Izba stwierdza, za fundamentalnym dziełem prof. Zygmunta Ziemińskiego „Logika praktyczna”, PWN, Warszawa 1974 r., że w potocznym języku polskim (a w takim jest pisany SIWZ) nie ma dostatecznie ścisłych wyrażen aby z całą mocą stwierdzić, że jakiś wyraz został właśnie użyty np. jako funktor alternatywy nierozłącznej (str. 84 »[...] funktory prawdziwościowe nie mają w polskiej mowie potocznej wyraźnie określonych odpowiedników słownych«). Trzeba wziąć pod uwagę również kontekst. A z kontekstu wynika jednoznacznie, że zamawiający żądał zaoferowania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem większej liczby wymiarów. Dlatego wykonawca specjalizujący się w dostawach w danej branży nie może się powoływać na zastosowanie przez zamawiającego w jednym miejscu SIWZ spójnika »lub«, gdy z kontekstu całej specyfikacji można odczytać, że zamawiającemu chodzi o większą liczbę wielkości, a nie o jedną wielkość do wyboru przez wykonawcę. W przypadku wątpliwości wykonawca mógł zadać pytania do SIWZ, zgodnie z art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze SPzp, ale na wcześniejszym etapie postępowania zamówieniowego.

Odwołujący także ma zastrzeżenia do metod prowadzenia badań zaoferowanych przedmiotów przez zamawiającego, jednak odwołujący nie wyraził zastrzeżeń do SIWZ, zgodnie z art. 38 SPzp, kiedy – na właściwym etapie postępowania zamówieniowego – odwołujący mógł spowodować nawet doprowadzenie np. do zagwarantowania jawnego badania przedmiotów.

Podobnie jak zamawiający Izba musi uznać, że zszywki z zaoferowanego przez odwołującego aparatu – mimo takiego wymagania przedstawionego w SIWZ – nie przyjmowały po użyciu kształtu wielkiej litery B, gdyż brak było zaokrągleń, uwypukleń »brzuszków«, a elementy mające stanowić uwypuklenia układały się w linie całkowicie równoległe i w zasadzie przylegające do podstawy czyli długiej linii pionowej. Wykazane to zostało w dowodzie nr 2, który został przedstawiony przez odwołującego. Kwestionowany materiał – gąbka, na której zostały zaciśnięte zszywki nie miał znaczenia dla oglądu dowodu. Izba stwierdza, że zastrzeżenie zamawiającego do kształtu, który przyjmują zszywki po użyciu – nie odpowiadającego wielkiej literze B.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający jest obowiązany stosować podczas badania ofert przepisy art. 26 ust. 3 i 4 SPzp, ale w przypadku braków w ofercie pewnych dokumentów lub w razie wystąpienia u zamawiającego wątpliwości. Art. 26 ust. 3 SPzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«, a art. 26 ust. 4 SPzp brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«. Jednak w momencie, gdy zamawiający stwierdza *ad oculos*, że niewątpliwie zaoferowany przedmiot nie spełnia wymagań zamawiającego postawionych w SIWZ, zamawiający nie wykonuje dyspozycji wynikających z art. 26 ust. 3 lub ust. 4 SPzp.

W związku z tym Izba nie może stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp, art. 26 ust. 4 SPzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zwrot kosztów zamawiającego tytułem zwrotu kosztów zamawiającego związanych z dojazdem pełnomocnika na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Przewodniczący: