

WYROK
z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2021 r. przez wykonawcę **PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin,**

przy udziale wykonawcy **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j., ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j.,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego braku testera szczelności w urządzeniu oferowanym przez wykonawcę AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu braku wyposażenia oferowanego urządzenia w tester szczelności oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw: AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j., ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk w części 1/2 oraz odwołującego: PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa w części 1/2, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw: AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j., ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk, na rzecz odwołującego: PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa, kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku cz. II – 66 zadań”, numer referencyjny: FDZ.242-23/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.06.2021 r., nr 2021/S 118-309580.

Pismem z dnia 04.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 28 oferty wykonawcy AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j.

W dniu 14.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PROMED S.A., ul. Działkowa 56, 02-234 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Aksis w zadaniu nr 28, podczas gdy oferta Aksis powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Skamex w zadaniu nr 28, podczas gdy oferta Skamex powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia,
- 3) art. 253 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Aksis jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 28, podczas gdy oferta Aksis powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, a zatem nie może być ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Aksis i Skamex w zadaniu nr 28,

z ostrożności Odwołujący zarzuca także naruszenie:

- 5) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Aksis do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci ulotek lub katalogów, potwierdzających spełnianie parametrów opisanych w OPZ dla zadania 28,
- 6) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SKAMEX do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci ulotek lub katalogów, potwierdzających

spełnianie parametrów opisanych w OPZ dla zadania 28, ze względu na fakt, iż dołączone do oferty oświadczenie własne Skamex, nie stanowi ani ulotki ani katalogu oferowanego produktu.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„1. Zaniechanie odrzucenia oferty Aksis.

(...) W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach wyjaśnień do treści SWZ (treść pytania nr 148 odpowiedzi na pytania z dnia 9.07.21 FDZ.242-23/21 – część 2- str. 25), zadano Zamawiającemu następujące pytanie: *„Czy Zamawiający wymaga układ oddechowy anestetyczny dla dorosłych i dzieci o podwójnym świetle (dzielony membraną), średnica 22 mm, o dł. 1,8 m, z gałęzią wydechową 0,5 m, dodatkową rurą do worka rozciągalną do dł. 1,5 m, workiem 2L bezlateksowym, kolankiem z portem luer lock, kapturkiem zabezpieczającym łącznik kolankowy, opakowanie zawiera tester szczelności oraz jako dodatkowe akcesorium łącznik prosty 22M-22M, opis na etykiecie w j. polskim, datę produkcji i ważności, produkt mikrobiologicznie czysty, pakowany pojedynczo?”*

Zamawiający odpowiedział w następujący sposób:

„Zamawiający wyraża zgodę na powyższe ale nie wymaga obligatoryjnie.”

Tym samym Zamawiający dopuścił zaoferowanie produktu alternatywnego do pierwotnie opisanego w postępowaniu, lecz o ściśle określonych parametrach wyszczególnionych w treści wyżej przytoczonego pytania. Ergo nie można ich traktować wybiórczo, czy też łączyć z opisem podstawowym. Oczywistym jest bowiem, iż odpowiedź na ww. pytanie nr 148 należy odczytywać wraz z treścią samego pytania.

W ślad za ww. odpowiedzią na pytanie nr 148, wykonawca Aksis zaoferował w Postępowaniu obwód oddechowy do aparatów do znieczulenia, dwuświatłowy o nr kat 99105020-1 producent Rvent Medikal. Pod formularzem cenowym Aksis umieścił informację: „zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ (pyt 148)”. Tym samym Aksis wyraźnie wskazał, że jego zamiarem było zaoferowanie asortymentu alternatywnego (jednego z dwóch dopuszczonych) spełniającego wymogi zawarte w treści ww. pytania nr 148. Potwierdza to także treść wyjaśnień AKSIS z dnia 20 września br.

W rzeczywistości zaoferowany przez Aksis produkt nie spełnia wszystkich parametrów warunkujących uznanie go za urządzenie zamienne do opisanego w OPZ. W szczególności, zestaw dopuszczony alternatywnie musiał być wyposażony w tester szczelności oraz w dodatkową rurę do worka rozciągalną do długości 1,5 m. (...)

W zaoferowanym przez firmę Aksis urządzeniu brak jest testera szczelności, a dodatkowa rura do worka z pamięcią kształtu rozciągalna jest do długości 1,8 m, a nie do długości 1,5 m. Te elementy sprawiają, że produkt zaoferowany przez Aksis nie spełnia parametrów, umożliwiających zaoferowanie alternatywnego zestawu zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 148.

Z ostrożności podnieść trzeba, iż Aksis starał się zaoferować ww. układ w oparciu o odpowiedź na pytanie nr 148 (zadane de facto przez innego wykonawcę niż Aksis) z tego względu, że nie mógł spełnić parametrów dla urządzenia, które zostało opisane pierwotnie w OPZ (...)

Wobec powyższego, oferta Aksis powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

Z ostrożności, Odwołujący podnosi naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Aksis do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci ulotek lub katalogów, potwierdzających spełnianie parametrów opisanych w OPZ. W celu wykazania, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, Zamawiający w rozdziale 5 A. pkt 6 SWZ wymagał dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych w postaci ulotek lub fragmentów katalogów proponowanego asortymentu. Przedstawione przez Aksis materiały z całą pewnością nie potwierdzają spełniania wymogów postawionych w OPZ.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty SKAMEX

(...) W kontekście niniejszego zarzutu istotne są dwa wymagania Zamawiającego wynikające z powyższego opisu tj. zestaw miał być wolny od DEHP oraz jego długość powinna wynosić równo 180 cm.

Wykonawca SKAMEX w zadaniu 28 zaoferował układ oddechowy jednorurowy, dwuświatłowy Limb-O™ do aparatu do znieczulenia o nr kat AFNXOXXX producenta Carefusion/Vyaire.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca SKAMEX dołączył do oferty bliżej nieprecyzowany i niewiadomego pochodzenia dokument, który na pewno nie stanowi ani ulotki, ani katalogu, oferowanego produktu (brak jest źródła pochodzenia, znajduje się na nim wyłącznie wklejone zdjęcie i opis). Co najwyżej taki dokument można potraktować wyłącznie jako oświadczenie własne SKAMEX sporządzone na potrzeby niniejszego Postępowania. Przypomnieć natomiast należy, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych w postaci ulotek lub fragmentów katalogów proponowanego asortymentu (rozdział 5 .A. pkt 6 SWZ)..

Wprawdzie w tak sporządzonym przez SKAMEX dokumencie znajduje się informacja dotycząca długości układu Limb-O™: 1,8 m oraz że nie zawiera on DEHP, lecz te dwie informacje nie znajdują potwierdzenia w oryginalnych materiałach producenta firmy Carefusion /Vyaire. Na marginesie dodać trzeba, że firma Carefusion /Vyaire jest jedynym producentem produktu o nazwie własnej Limb-O™. To urządzenie zachowało swoją unikalną nazwę po przejściu twórcy układu firmy Vital Signs przez Vyaire.

Z oficjalnych materiałów producenta Carefusion/Vyaire, a w szczególności z instrukcji

wynika, że urządzenie Limb-O™ zawiera DEHP, co jest niezgodne z ww. warunkami zamówienia, gdyż wymogiem SWZ był brak DEHP.

Dodatkowo według oryginalnych materiałów Carefusion/Vyaire, układ oddechowy jednorurowy, dwuświatłowy Limb-O™ o nr kat AFNXOXXX ma długość 72" cale czyli 182,88 cm, podczas gdy wymogiem SWZ było 180 cm.

Tym samym zaoferowany w zadaniu 28 przez firmę SKAMEX produkt nie spełnia warunków pierwotnych SWZ, jak również SWZ zmodyfikowanych pytaniem 148, o którym mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 (tu dodatkowo nie spełnia wymogu posiadania testera szczelności). (...)

Z ostrożności, Odwoływający podnosi naruszenie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SKAMEX do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci ulotek lub katalogów, potwierdzających spełnianie parametrów opisanych w OPZ, gdyż jak już wyżej wskazano, dołączone do oferty oświadczenie własne, nie stanowi, ani ulotki, ani katalogu oferowanego produktu."

W związku z powyższym odwoływający wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Aksis jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 28,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 28, a w jej wyniku:
 - a) odrzucenie oferty Aksis,
 - b) odrzucenie oferty Skamex,względnie:
 - c) wezwanie Aksis do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci ulotek lub katalogów oferowanego produktu, potwierdzających spełnianie parametrów opisanych w OPZ,
 - d) wezwanie Skamex do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci ulotek lub katalogów oferowanego produktu.

Pismem z dnia 18.10.2021 r. wykonawca AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. sp.j., ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28.10.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości, a także o tym, że „unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 28 oraz dokona powtórnie badania i oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania 28”. Pismem z dnia 29.10.2021 r. zamawiający wycofał swoje oświadczenie wyłącznie w zakresie, który został powyżej zacytowany.

Pismem z dnia 29.10.2021 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości. W trakcie posiedzenia przystępujący wyjaśnił, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących jego oferty.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku cz. II – 66 zadań.

Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 28, którego przedmiotem jest obwód anestetyczny – układ oddechowy 180 cm, 280 ml, do aparatu do znieczulenia dwuświatłowy (dzielony membraną) o średnicy 22 mm z kolankiem z portem kapno, rura wydechowa niezdejmowalna o długości od 25 cm do 50 cm rozciągliwa, dodatkową rurą rozciągalną do worka od 80 cm do 300 cm, łącznikiem 22M/22M, workiem 2L., jednorazowy, wolny od DEHP i Latex. Wszystkie złącza (wlot, wylot i do worka) posiadają miękkie, elastyczne końcówki różniące się kolorem. O wadze obwodu bez akcesoriów do 250 gram. Akcesoria o wadze 185 gram. Posiadający automatyczny zwrot ciepła przez powietrze wychodzące od pacjenta w zakresie 4,1°C przy przepływie 10 l/min. Posiadający opór wdechu przy przepływie:

10l/min = 0,16 cmH₂O

20l/min = 0,49 cmH₂O

30l/min = 1,20 cmH₂O

40l/min = 2,27 cmH₂O

50l/min = 3,37 cmH₂O

60l/min = 4,60 cmH₂O

Posiadający opór wydechu nie więcej niż 0,08 cm H₂O w porównaniu z wdechem.

Obwód oddechowy spełniający normy ISO 5367, ISO 5356 w zakresie wentylacji dorosłych. Całość zapakowana w opakowanie typu folia folia, na opakowaniu oznaczenia w postaci strzałek w celu idealnego i bezpiecznego otwarcia, oznaczenia w języku polskim, data produkcji i ważności. Co najmniej 4-letni okres przydatności. Możliwość stosowania układu oddechowego w grupach wiekowych dzieci i dorośli.

Na pytanie nr 148, zamawiający pismem z dnia 09.07.2021 r. udzielił odpowiedzi.

Pytanie: „Czy Zamawiający wymaga układ oddechowy anestetyczny dla dorosłych i dzieci o podwójnym świetle dzielony membraną, średnica 22 mm, o dł. 1,8 m, z gałęzią wydechową 0,5 m, dodatkową rurą do worka rozciągalną do dł. 1,5 m, workiem 2L bezlateksowym,

kolankiem z portem luer lock, kapturkiem zabezpieczającym łącznik kolankowy, opakowanie zawiera tester szczelności oraz jako dodatkowe akcesorium łącznik prosty 22M-22M, opis na etykiecie w j. polskim, datę produkcji i ważności, produkt mikrobiologicznie czysty, pakowany pojedynczo?”

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na powyższe, ale nie wymaga obligatoryjnie.

W rozdziale 5 w pkt A) ppkt 6) pn. Przedmiotowe środki dowodowe, zamawiający wskazał:
6.1) w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego – ulotki lub fragmenty katalogów proponowanego asortymentu podanego w poszczególnych zakresach zadań – niezawierające informacji sprzecznych niż cechy wymienione w załącznikach nr 1.1. – 1.66.,
6.2) dla zadania nr 28 – dokumentacja producenta dotycząca zaleceń wiekowych i spełnienia norm ISO – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dodał, że jeśli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W zadaniu nr 28 złożono 4 oferty, przy czym na pierwszych trzech pozycjach pod względem ceny uplasowały się: na pierwszej pozycji - przystępujący, na drugiej pozycji – Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j., na trzeciej pozycji – odwołujący. Przystępujący w swojej ofercie przy zadaniu nr 28 dopisał: „Zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ (pyt. 148)”.

Pismem z dnia 26.08.2021 r. zamawiający poinformował, że w zadaniu nr 28 za najkorzystniejszą uznał ofertę odwołującego oraz że odrzucił oferty przystępującego i spółki Skamex z powodu niezgodności z warunkami zamówienia, gdyż wykonawcy ci zaoferowali produkt o jednej długości 180 cm, podczas gdy wymagany był produkt o dwóch długościach: 180 cm i 280 cm.

Pismem z dnia 31.08.2021 r. poinformował o anulowaniu wyniku postępowania m.in. w zadaniu nr 28.

Pismami z dnia 17 i 21.09.2021 r. zamawiający wezwał przystępującego i spółkę Skamex do złożenia wyjaśnień (w zakresie innym niż poruszony w odwołaniu).

Pismem z dnia 04.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 28 oferty przystępującego, na kolejnych pozycjach w rankingu oferty znalazły się odpowiednio – oferta spółki Skamex i oferta odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty przystępującego oraz oferty spółki Skamex. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, jednakże jedyny występujący w sprawie przystępujący wniósł sprzeciw wyłącznie wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. Oznacza to, że sprzeciw nie został zgłoszony wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty spółki Skamex. Tym samym postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty spółki Skamex podlegało umorzeniu, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku testera szczelności w urządzeniu oferowanym przez przystępującego, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść OPZ i treść udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 148 świadczy o tym, że wykonawcy mogli zaoferować albo urządzenie o parametrach opisanych pierwotnie w OPZ albo urządzenie o parametrach opisanych w pytaniu nr 148. Tym samym nie było dopuszczalne, aby wykonawca zaoferował urządzenie, które częściowo spełnia wymogi z pierwotnego OPZ, a częściowo z odpowiedzi na pytanie nr 148. Kwestia ta nie jest zresztą sporna między stronami.

Przystępujący zaznaczył w swojej ofercie, że oferuje urządzenie zgodne z treścią pytania nr 148. Należy zwrócić uwagę, że w odpowiedzi na to pytanie zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania układu oddechowego anestetycznego dla dorosłych i dzieci, który m.in. posiada kapturek zabezpieczający łącznik kolankowy, a ponadto opakowanie zawiera tester szczelności. Przystępujący dołączył do oferty folder, w którym wymieniono „kapturek zabezpieczający oraz łącznik prosty”, natomiast nie wymieniono testera szczelności.

W trakcie rozprawy przystępujący złożył jako dowód oświadczenie producenta R-vent Medikal Uretim A.S., zgodnie z którym „obwód oddechowy o numerze katalogowym 99105020-1 zawiera koreczek zabezpieczający (czerwoną zatyczkę), która jest testerem

szczelności". Pomijając podniesioną przez odwołującego kwestię wiarygodności tego dokumentu, który rzeczywiście nie wygląda na oryginalny, przede wszystkim należy zauważyć, że zarówno przystępujący, jak i odwołujący okazali na rozprawie oferowane przez siebie urządzenia i w oparciu o te okazane dowody oraz treść pytania nr 148, Izba dokonała oceny podniesionych zarzutów.

Przystępujący okazując oferowane przez siebie urządzenie produkcji Rvent Medikal Uretim pokazał czerwoną zatyczkę (kapturek zabezpieczający) osadzoną na łączniku kolankowym z portem kapno, która zapewnia szczelność układu, co wg przystępującego oznacza, że jest ona wymaganym testerem szczelności.

Z kolei odwołujący okazując oferowane przez siebie urządzenie produkcji Intersurgical, wyjaśnił, że między gałęzią górną i dolną każdego urządzenia jest membrana niezbędna do tego, aby gazy się nie mieszały. Tester szczelności ma za zadanie sprawdzić szczelność tej membrany. Natomiast czerwona zatyczka (kapturek) służy do zabezpieczenia układu przed wnikaniem bakterii i drobnoustrojów. Tym samym kapturek zabezpieczający nie jest testerem szczelności.

W oparciu o ww. dowody Izba stwierdziła, że obydwa okazane urządzenia posiadają kapturek zabezpieczający łącznik kolankowy (czerwoną zatyczkę), natomiast tylko urządzenie odwołującego posiada dodatkową część służącą do sprawdzania szczelności membrany. Jednocześnie Izba ustaliła, na co zwrócił też uwagę odwołujący, że w pytaniu nr 148 tester szczelności został wymieniony odrębnie od kapturek zabezpieczającego łącznik kolankowy, co oznacza, że nie są to tożsame części urządzenia. Nie można zatem traktować ich zamiennie i uznać, że kapturek zabezpieczający jest testerem szczelności. Powyższe prowadzi do wniosku, że urządzenie oferowane przez przystępującego nie posiada testera szczelności.

Przystępujący podniósł w trakcie rozprawy, że zamawiający nie wskazał w pytaniu nr 148, co jest testerem szczelności i jakie ma on spełniać funkcje. Rzeczywiście brak jest takiego doprecyzowania w ww. pytaniu. Niemniej jednak, jak wskazano już wyżej, w pytaniu tym tester szczelności wyraźnie został wskazany jako odrębna część urządzenia od kapturek zabezpieczającego. Tym samym, nawet bez wskazania przez zamawiającego oczekiwanej funkcji testera szczelności, jasne jest, że nie może on być tym samym, co kapturek zabezpieczający. Jednocześnie przystępujący nie okazał w swoim urządzeniu żadnej innej części służącej do badania szczelności. Skoro zatem urządzenie to posiada w tym zakresie wyłącznie kapturek zabezpieczający, to nie może on być testerem szczelności wymaganym odrębnie przez zamawiającego.

Brak testera szczelności w okazanym na rozprawie urządzeniu powoduje, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu zastosowanie art. 107 ust. 2 ustawy

Pzp, tj. wezwanie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, niemniej jednak należy zauważyć, że zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp przepisu ust. 2 nie stosuje się m.in. wtedy, gdy pomimo jego złożenia, oferta podlega odrzuceniu. Izba stwierdziła, że w świetle złożonych na rozprawie dowodów w postaci oględzin oferowanego przez przystępującego urządzenia, nie ulega wątpliwości, że urządzenie to nie posiada testera szczelności odrębnego od kapturka zabezpieczającego. Tym samym oferta przystępującego podlega odrzuceniu i nie zachodzi obowiązek zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie w zakresie dotyczącym ww. zarzutu i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dodatkowej rury do worka z pamięcią kształtu rozciągalnej do długości 1,8 m, zamiast do długości 1,5 m, należy zauważyć, że okazując w trakcie rozprawy oferowane urządzenie przystępujący zaprezentował też ww. rurę. Z okazanego dowodu wynika, że rura ma możliwość rozciągnięcia maksymalnie do 1,8 m, ale sposób jej rozciągania powoduje, że możliwe jest też jej rozciągnięcie na mniejszą długość, w tym na określone w pytaniu nr 148 – 1,5 m, przy czym rura zachowuje długość, na którą została rozciągnięta. Oględziny potwierdziły zatem, że zawarta w złożonym z ofertą folderze treść: „rozciągalna do długości 1,8 m” oznacza w istocie długość maksymalną, która nie wyłącza możliwości osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego długości 1,5 m. Tym samym Izba stwierdziła, że oferowane przez przystępującego urządzenie spełnia wymóg opisany w pytaniu nr 148, zatem oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu długości rozciągania dodatkowej rury do worka. Dlatego zarzut w tym zakresie został uznany za niezasadny.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba oparła się na dowodach z oględzin urządzeń oferowanych przez odwołującego i przystępującego i na tej podstawie stwierdziła, że urządzenie oferowane przez przystępującego nie spełnia wymogu posiadania testera szczelności, natomiast spełnia wymóg rozciągalności dodatkowej rury do worka do długości 1,5 m. Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej dowodowi z oświadczenia Rvent Medikal Uretim A.S. z uwagi na jego nieoryginalną formę oraz treść utożsamiającą kapturek zabezpieczający z testerem szczelności, co stoi w sprzeczności z treścią pytania nr 148.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie rozpoznaniu podlegały dwa zarzuty dotyczące zgodności oferty przystępującego z warunkami swz w zakresie: testera szczelności i długości dodatkowej rury do worka. Izba uwzględniła jeden zarzut i oddaliła jeden zarzut. Dlatego też koszty postępowania odwoławczego ponoszą po połowie przystępujący wnoszący sprzeciw oraz odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 22.200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (15.000 zł - wpis oraz 3.600 - wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 11.100 zł (połowa z 22.200 zł). Przystępujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 11.100 zł (połowa z 22.200 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku ($18.600 - 11.100 = 7.500$). Ponadto zasądzona od przystępującego na rzecz odwołującego kwota 7.500 zł powoduje, że również przystępujący poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego ($3.600 + 7.500 = 11.100$).

Przewodniczący