

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

Protokolant:         Edyta Koral

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę – **G. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa ELEKTRO MED G. P. z siedzibą w Niepołomicach przy ul. Zabierzowskiej 11 (32-005 Niepołomice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Uniwersytecki w Krakowie** z siedzibą w Krakowie przy ul. Kopernika 36 (31-501 Kraków)

przy udziale wykonawcy – **OPTA-TECH Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy Al. KEN 36 lok. U211 (02-797 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **G. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa ELEKTRO MED G. P. z siedzibą w Niepołomicach i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **G. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa ELEKTRO MED G. P. z siedzibą w Niepołomicach;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy – **G. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa ELEKTRO MED G. P. z siedzibą w Niepołomicach na rzecz zamawiającego – **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** kwotę w wysokości 668 zł 00 gr (słownie: sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki w Krakowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Dostawa wyposażenia Zakładu Diagnostyki Patomorfologicznej z Prosekturą dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu* (nr referencyjny: NSSU.DFP.271.37.2019.LS). Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na 44 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2019 r., pod numerem 2019/S 124-302323.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 4 listopada 2019 r. wykonawca G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO MED G. P. z siedzibą w Niepołomicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej dla części 12 przez wykonawcę OPTA-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „OPTA-TECH”), mimo że zaofferowany przez tego wykonawcę mikrotom jest niezgodny z pkt 23 opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”), tj. posiada dwa (a nie jeden) panele sterujące, z których jeden ma konstrukcję zintegrowaną, a drugi zewnętrzną (żaden nie jest panelem wyjmowanym z obudowy), co potwierdziły wyjaśnienia OPTA-TECH złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy OPTA-TECH z postępowania dla części 12, choć w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w odniesieniu do możliwości dostarczenia zmodyfikowanej wersji mikrotomu SLEE CUT 6062;
- wyborze oferty OPTA-TECH jako najkorzystniejszej dla części 12;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTA-TECH dla części 12, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w zakresie, w jakim wykonawca zaoferował mikrotom SLEE CUT 6062 wyposażony, zgodnie z ofertą i wyjaśnieniami treści oferty OPTA-TECH, w dwa panele sterujące: jeden zintegrowany, tj. wewnątrz urządzenia, lecz bez braku możliwości wyjęcia go z obudowy, i drugi zewnętrzny, tj. bez możliwości umieszczenia go wewnątrz urządzenia oraz wyjęcia z obudowy, gdy tymczasem zamawiający w pkt 23 OPZ postawił wymóg, by mikrotom wyposażony był w jeden panel sterujący, wyjmowany z obudowy urządzenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy OPTA-TECH z postępowania, choć w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w odniesieniu do możliwości dostarczenia zmodyfikowanej wersji mikrotomu SLEE CU 6062, choć w rzeczywistości urządzenie takie nie będzie mogło zostać dostarczone, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla części 12;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty OPTA-TECH mimo, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na tym, że w przypadku braku w Deklaracji zgodności wymienienia wszystkich elementów, akcesoriów i urządzeń pomocniczych względem wyrobu medycznego, dostawa tych elementów, akcesoriów i urządzeń pomocniczych nie korzysta z preferencyjnej stawki podatku VAT, a co za tym idzie ta część przedmiotu dostawy winna być opodatkowana 23% stawką podatku VAT, która nie została zastosowana przez wykonawcę w celu obliczenia ceny ofertowej;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 12;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty OPTA-TECH dla części 12 z uwagi na niezgodność tej oferty z pkt 23 OPZ lub/i wykluczenie wykonawcy OPTA-TECH z postępowania na podstawie art. 24 ust. i pkt 17 Pzp.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przywołanych w odwołaniu oraz przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w ich uzasadnieniu oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Jeśli chodzi o interes do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że oferta OPTA-TECH została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu tzw. rankingu ofert dla części 12. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do odrzucenia oferty OPTA-TECH, w związku z czym to oferta odwołującego - jako druga w kolejności - może ostać się w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Brak uwzględnienia tego odwołania może więc skutkować utratą przez odwołującego możliwości realizacji zamówienia, co z kolei spowoduje po jego stronie szkodę w postaci utraty zysków przewidzianych do uzyskania przy realizacji tego zamówienia. W tej sytuacji odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty wykonawcy OPTA-TECH z pkt 23 OPZ odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z pkt 23 OPZ (Załącznik nr 1a do SIWZ) w zakresie Części 12, tj. „Mikrotom typ 1 (5 szt.)” musi posiadać poniższe parametry techniczne:

| PARAMETRY TECHNICZNE |   |                   |                    |
|----------------------|---|-------------------|--------------------|
| OPIS PARAMETRU       |   | PARAMETR WYMAGANY | PARAMETR OFEROWANY |
| 23                   | Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu | tak               |                    |

Zgodnie z „Uwagami i objaśnieniami” z 1 str. OPZ:

- *Parametry określone jako „tak” są parametrami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi „nie” lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku będzie skutkowało odrzuceniem oferty. (...)*

- *Wartość podana przy w/w oznaczeniach oznacza wartość wymaganą. (...)*

Odwołujący w związku z tym wskazał, że po pierwsze sam zamawiający uznał parametry za bezwzględnie wiążące, „graniczne”. Dla każdego wykonawcy składającego ofertę, która nie tylko wprost niezgodna jest ze specyfikacją, ale nawet kiedy „niejednoznacznie” potwierdza spełnianie parametrów, konsekwencją jest odrzucenie tej oferty. Po drugie, w ocenie odwołującego, zamawiający wprost odniósł się do „wartości” podanych w OPZ, które to wartości mają charakter obligatoryjny. Dla przykładu, w OPZ podano konkretne liczby, np. zgodnie z pkt 7, mikrotom musi posiadać cztery tryby cięcia. Także w pkt 23 OPZ zamawiający podał „wartość”, tj. jednoznacznie wskazał, że mikrotom ma posiadać jeden

panel sterujący. Po trzecie, zdaniem odwołującego zamawiający postawił wymóg, aby panel sterujący można było wyjąć z obudowy. Z drugiej strony oznacza to więc także możliwość włożenia panelu sterującego do obudowy urządzenia. *A contrario*, wymogu nie może spełnić panel sterujący, który albo znajduje się wewnątrz urządzenia i nie daje możliwości wyjęcia go, albo też ma charakter zewnętrzny i znajduje się poza urządzeniem, bez możliwości włożenia go do środka.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że w dniu 26 lipca 2019 r. zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ. Istotne znaczenie ma pytanie i odpowiedź nr 43:

*Czy Zamawiający uzna za spełniający wymagania SIWZ, mikrotom wyposażony w dwa panele sterujące, jeden zintegrowany panel sterujący umieszczony we frontowej części mikrotomu oraz drugi zewnętrzny panel sterujący, który można ustawiać zarówno po prawej jak i po lewej stronie mikrotomu? Operator mikrotomu może korzystać niezależnie, na przemian z panelu kontrolnego zintegrowanego oraz z panelu zewnętrznego kontrolnego lub odłączyć panel zewnętrzny. Takie rozwiązanie gwarantuje spełnienie funkcjonalnych wymagań Zamawiającego polegających na swobodzie przekładania panelu sterującego na prawą i lewą stronę jak również możliwości sterowania pracą mikrotomu z poziomu panelu wbudowanego w mikrotom.*

*Odpowiedź: Nie, Zamawiający wymaga zgodnie ze specyfikacją.*

Odwołujący w związku z tym stwierdził, że w odpowiedzi na pytanie nr 43 sam zamawiający jednoznacznie przesadził, że zaoferowanie mikrotomu posiadającego dwa panele (jeden wewnątrz, zintegrowany, oraz drugi, zewnętrzny) jest niezgodne z SIWZ. OPTA-TECH zaoferował mikrotom posiadający dwa panele; jeden zintegrowany, a drugi zewnętrzny. Okoliczność bezsporna - wynika to jednoznacznie z dokumentów złożonych przez OPTA-TECH zamawiającemu w dniu 18 października 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień treści oferty. Niezgodne z pkt 23 OPZ jest zaoferowanie urządzenia z dwoma panelami sterującymi. Żaden z tych paneli nie stanowi „panelu z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu”, jak stanowi pkt 23 OPZ, ponieważ jeden ma charakter zintegrowany, a drugi zewnętrzny. OPTA-TECH przedłożył zamawiającemu dokumenty techniczne (fragment instrukcji i specyfikacji technicznej), na których zaprezentowano przedmiotowe urządzenie, gdzie do obudowy urządzenia przymocowano uchwyt. Dokumenty te, w ocenie odwołującego, zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania przez OPTA-TECH, celem wykazania spełnienia warunku z pkt 23 OPZ. Nie istnieją bowiem jakiegokolwiek inne dokumenty (karty katalogowe, instrukcje, informacje techniczne etc.) pochodzące od producenta urządzenia - SLEE Medical GmbH z Niemiec, prezentujące przedmiotowe urządzenie w wersji przedstawionej przez OPTA-TECH

w piśmie z dnia 18 października 2019 r. Karty katalogowe producenta (także w dostępnej *online* niemieckiej i angielskiej wersji językowej) przedstawiają przedmiotowy mikrotom wyłącznie w wersji obejmującej dwa panele sterujące (zintegrowany i zewnętrzny „na kablu”), bez gniazda, uchwyty na panel zewnętrzny.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 28 sierpnia 2019 r. wezwał OPTA-TECH do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W dniu 5 września OPTA-TECH złożył m.in.:

- Oświadczenie producenta (SLEE Medical GmbH) w języku polskim o zgodności przedmiotu zamówienia z SWIZ, tj. *w ramach prowadzonego postępowania dostarczy mikrotom rotacyjny SLEE CITE 6062 z torem wodnym z następującymi parametrami: Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu (...)*;

- kartę katalogową producenta, gdzie na rysunku mikrotomu CUT 6062 widać dwa panele sterujące: zintegrowany (wewnętrzny) oraz zewnętrzny (podłączony do urządzenia za pomocą kabla).

Już wówczas zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z SIWZ i w dniu 16 września 2019 r. wezwał OPTA-TECH do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie zgodności oferowanego mikrotomu z pkt 23 OPZ dla części 12. Zamawiający wprost wskazał: *Czy oferowany mikrotom posiada „Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu”? Z danych dotyczących tego urządzenia, tj. m in. fotografia mikrotomu zaprezentowana w złożonych (na wezwanie Zamawiającego) materiałach firmowych, informacje (opisy, zdjęcia) prezentowane przez Wykonawcę na jego stronie internetowej (w zakresie oferowanego mikrotomu), wynika, że oferowane urządzenie „Mikrotom CUT6062” nie posiada cechy wymaganej przez Zamawiającego - „Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu ”, wbrew temu, co przedstawił Wykonawca w materiałach firmowych. (...) Zamawiający prosi również aby przedstawione wyjaśnienia zostały poparte odpowiednią dokumentacją (opierały się na dowodach) - materiały firmowe - np. oryginalne foldery producenta, katalogi, karty charakterystyki, instrukcje lub wyciągi z instrukcji, dokumentacja techniczna potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (...).*

W dniu 18 września 2019 r. OPTA-TECH złożyło wyjaśnienia, w których zamieszczono krótkie oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ oraz przedłożono:

- wyciąg z instrukcji obsługi mikrotomu CUT 6062, zgodnie z którym: *Panel sterowania może być umieszczony w obudowie mikrotomu w gnieździe widocznym na rys. 10A i 10B. Aby wyjąć panel z obudowy, należy wysunąć go do góry z gniazda*
- specyfikację wymiarową urządzenia.

Co przy tym istotne, załączone przez OPTA-TECH na wezwanie zamawiającego informacje i rysunki stanowią jedynie, jak wskazuje sam OPTA-TECH, wyciąg z dokumentacji technicznej producenta. Nie jest znana ich kompletna wersja, OPTA-TECH nie przedłożył również oryginalnej dokumentacji producenta (niemieckiej czy angielskiej wersji językowej), taka dokumentacja - odnosząca się do wersji urządzenia z uchwytem na obudowie - nie jest nigdzie dostępna. Odwołujący wyjaśnił że podjął próbę uzyskania bezpośrednio od producenta dokumentacji technicznej czy informacji dotyczących urządzenia w wersji zaprezentowanej przez OPTA-TECH (tj. z gniazdem/uchwytem na panel zewnętrzny zamontowanym na obudowie). Jak stwierdził odwołujący – bezskutecznie.

Zdaniem odwołującego OPTA-TECH oferuje dwa panele sterujące. W tym zakresie odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt 23 OPZ, zamawiający wymagał, aby mikrotom posiadał: *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu*. Użycie tu liczby pojedynczej ma charakter jednoznaczny i oczywisty. Dla porównania w pkt 30 OPZ zamawiający użył liczby mnogiej, określając liczbę nożyków mikrotomowych (50 szt.). OPTA-TECH zarówno w ofercie, jak i w opisanych wyżej składanych później oświadczeniach jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem jego oferty jest mikrotom SLEE CUT 6062 wyposażony w dwa panele:

- pierwszy, standardowy, zintegrowany z obudową, tj. bez możliwości wyjęcia go z obudowy;
- drugi, opcjonalny, podłączony do urządzenia za pomocą kabla, zewnętrzny.

Już w tym momencie następuje niezgodność oferty z pkt 23 OPZ, ponieważ OPTA-TECH zaoferował dwa panele sterujące zamiast jednego. Antycypując stanowisko OPTA-TECH, wobec tak skonstruowanej treści SIWZ w ocenie odwołującego, nie można dopiero teraz próbować wywieść, że zaproponowanie dwóch paneli jest rozwiązaniem korzystniejszym. Nie jest rolą wykonawcy ocena tego stanu rzeczy. Można wskazać, że większa liczba paneli oznacza większą awaryjność i wyższe koszty eksploatacji. Uwaga ta czyniona jest jedynie na marginesie, ponieważ odwołanie się do wykładni celowościowej jest nieuprawnione, gdy wymóg zaoferowania pojedynczego panelu sterującego wynika wprost z językowego brzmienia SIWZ.

Zdaniem odwołującego rozszerzająca wykładnia SIWZ jest niedopuszczalna w niniejszym postępowaniu, gdzie w objaśnieniach do OPZ zamawiający określił, że wskazane tam wartości mają charakter graniczny, więc należało zaoferować jeden panel sterujący. Podkreślenia wymaga fakt, że treść i sposób interpretacji pkt 23 SIWZ była znana wykonawcom po publikacji odpowiedzi na pytanie nr 43 do SIWZ. OPTA-TECH miał pełną świadomość, że zamawiający uznaje zaoferowanie dwóch paneli za niezgodne z SIWZ i nie dopuszcza takiego rozwiązania. Z ostrożności odwołujący dodał, że ewentualne zastrzeżenia OPTA-TECH do treści SIWZ należało sformułować w odpowiednim terminie we własnym



odwołaniu, a na tym etapie zamawiający i Izba są związani obowiązującą treścią specyfikacji. OPTA-TECH stanowczo potwierdził zaoferowanie dwóch paneli sterujących, zamiast jednego.

Odwołujący wskazał także, że OPTA-TECH nie zaoferował panelu wyjmowanego z obudowy. Na poparcie tego stwierdzenia odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nic dopuścił w pkt 23 OPZ panelu sterującego zewnętrznego ani zintegrowanego, co wyraźnie podkreślono w odpowiedzi na pytanie nr 43 do SIWZ. Wymagane rozwiązanie polega na „możliwości wyjęcia panelu z obudowy mikrotomu”. Zgodnie z wyrażonym wprost językowym brzmieniem SIWZ, zamawiający oczekiwał mikrotomu, który posiada panel chowany do wnętrza obudowy, który można wyjąć na zewnątrz, zgodnie z potrzebami obsługującego urządzenie pracownika. Zgodnie z Wielkim słownikiem języka polskiego ([www.wsjp.pl](http://www.wsjp.pl)) „obudowa” to „zewnętrzna część urządzenia, osłaniająca je”. Skoro zatem do obudowy, będącej zewnętrzną częścią mikrotomu, dokręca się na potrzeby niniejszego postępowania uchwyt na panel, ma on charakter „zewnętrzny” względem samego urządzenia. Umieszczony w takim uchwycie panel nic może zatem zostać wyjęty z obudowy mikrotomu, czego wymaga zamawiający w pkt 23 OPZ, ponieważ tak zamontowany panel sterujący zawsze znajduje się na zewnątrz mikrotomu. O powyższym świadczy fakt, że zarówno w karcie charakterystyki mikrotomu z 2018 r. złożonej pierwotnie zamawiającemu, jak i w karcie charakterystyki dostępnej na stronie internetowej producenta opcjonalny panel sterujący na zewnątrz urządzenia nie posiada uchwytu w obudowie. W oryginalnej, niemieckojęzycznej specyfikacji producent określa ten panel jako: „*Externes Bedienteil (optional)*”, czyli zewnętrzny panel sterujący (opcjonalny) (<http://www.slee.de/index.php?id=78&L=0>). W anglojęzycznej, specyfikacji producent wprost określa ten panel jako „*External control panel (optional)*” tj. zewnętrzny panel sterujący (opcjonalny) (<http://www.slee.de/index.php?id=78&L=1>).

Dalej odwołujący wyjaśnił, że jego pełnomocnicy skierowali do producenta zapytanie drogą mailową w dniach 24, 28 i 29 października 2019 r. w celu potwierdzenia dostarczenia mikrotomu CUT 6062 z panelem sterującym z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu oraz o przesłanie informacji dotyczących takiego urządzenia (rysunki techniczne, zdjęcia, schematy, instrukcje etc.), lecz producent odesłał do kontaktu z OPTA-TECH i oświadczył, że nie prześle żadnych materiałów, które potwierdziłyby możliwość zaoferowania mikrotomu z panelem wyjmowanym z wnętrza obudowy lub mikrotomu z dodatkowym uchwytem na obudowie na panel sterujący zewnętrzny. Z powyższego wynika, że zarówno dla producenta, jak i samego OPTA-TECH jest jasne, że zaoferowany panel zewnętrzny nie jest wyciągany z obudowy. Stworzenie koncepcji „innej wersji” urządzenia z uchwytem przyczepionym do obudowy stanowi oczywistą, choć nieskuteczną, próbę obejścia wymogu zamawiającego z pkt 23 OPZ. Co do drugiego panelu, który oferuje OPTA-TECH, tzw. standardowego, to jest

oczywiste, że ma on charakter zintegrowany i nie oferuje możliwości wyjęcia z obudowy mikrotomu.

W konkluzji uzasadnienia dla przedmiotowego zarzutu odwołujący wyjaśnił, iż powyższe należy ocenić zgodnie z objaśnieniami zamawiającego do OPZ, zgodnie z którymi każda niejednoznaczność prowadzi do uznania oferty za niezgodną z SIWZ. W tym wypadku nie ma więc wątpliwości, że oferta nieodpowiadająca pkt 23 OPZ powinna zostać odrzucona w postępowaniu.

Jeśli chodzi o uzasadnienie dla zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd odwołujący wskazał, że OPTA-TECH, składając ofertę, wyjaśnienia oraz dokumenty zamawiającemu, przedstawił informacje, które doprowadziły do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a które mają potwierdzać, że wykonawca ten jest w stanie dostarczyć zamawiającemu mikrotom z panelem sterującym wyjmowanym z obudowy, zgodnie z pkt 23 OPZ. Twierdzenie to nie polega na prawdzie z dwóch powodów.

Po pierwsze, nie istnieje wersja mikrotomu SLEE CUT 6062 z uchwytem na zewnętrzny panel sterujący. Niemiecka firma SLEE Medical GmbH oferuje mikrotom z panelem zewnętrznym „na kablu” bez uchwyty, co odwołujący starał się wykazać powyżej. Wszelkie informacje o możliwości zaoferowania takiego produktu pochodzą wyłącznie od OPTA-TECH, a zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Powyższe potwierdza fakt, że producent, zapytany przez pełnomocnika odwołującego o możliwość dostarczenia mikrotomu SLEE CUT 6062 z uchwytem na panel zewnętrzny oraz o jakiegokolwiek dokumenty techniczne potwierdzające istnienie takiego rozwiązania, zamiast udzielić prostej informacji i wysłać np. oryginalną instrukcję, której fragment przedłożył OPTA-TECH, odesłał do kontaktu z OPTA-TECH, nie udostępniając żadnego dokumentu. Zgodnie z pkt 6.5.1.1. SIWZ, zamawiający żąda w postępowaniu dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego: *Materiały firmowe - np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcje lub wyciągi z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta - potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.*

Po drugie, w pkt 3.5 SIWZ zamawiający wskazał: *Oferowany sprzęt musi być wyrobem medycznym dopuszczonym do obrotu i używania na terenie Polski zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 20.05.2010 r. o wyrobach medycznych.* Jak zauważył odwołujący OPTA-TECH przedstawił Deklarację zgodności (wraz z tłumaczeniem na język polski) podpisaną przez pana S. S., przedstawiciela producenta. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy- z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, (dalej: uwm) „deklaracja zgodności” to *oświadczenie wytwórcy lub jego autoryzowanego przedstawiciela,*

stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami zasadniczymi. W Deklaracji zgodności przedłożonej zamawiającemu przez OPTA-TECH producent deklaruje, że m.in. mikrotom CUT 6062 jest produkowany zgodnie z regulacjami unijnymi i zamieszczono znak CE. Odwołujący zaznaczył, że w Deklaracji zgodności, o której mowa (deklaracja z 2018 r.), nie zostały wpisane żadne akcesoria dla urządzenia, gdy tymczasem z karty katalogowej urządzenia dostępnej na stronach internetowej producenta wynika, że producent wyróżnia akcesoria do urządzenia i każdemu z nich nadaje osobny numer referencyjny. Wśród tych akcesoriów producent wymienia w karcie katalogowej m. in. zewnętrzny panel sterujący (Zubehör - Externes Bedienteil für CUT 6062 numer referencyjny: 10090051). Znamienne pozostaje, że wśród akcesoriów do urządzenia, o którym mowa, producent nie wymienia w karcie katalogowej uchwytu do tego panelu. Odwołujący stwierdził, że w przypadku wyrobów medycznych do diagnostyki in-vitro należy wskazać, że na gruncie prawa niemieckiego (§ 19 ust. 1 Medizinproduktegesetz; dalej jako „MPG”) podlegają one ocenie działania (niem. Leistungsbewertungsprüfung), dokonywanej przez właściwy organ. Zgodnie z § 22c ust. 1 MPG każdą zmianę dokumentacji wyrobu medycznego do diagnostyki in-vitro po zakończonej ocenie działania należy zgłosić właściwemu organowi federalnemu. Organ ten bada, czy jest to zmiana istotna. W szczególności za istotną uważa się zmianę, która wpływa na zmianę interpretacji dokumentacji, na podstawie której dokonano uprzednio oceny działania.

Wobec powyższego, zwłaszcza zaś wobec braku w Deklaracji zgodności odnośnika do uchwytu na zewnętrzny panel sterujący i samego panelu, odwołujący przyjął, że urządzenie w konfiguracji obecnej wskazanej przez OPTA-TECH wymagałoby zmiany deklaracji zgodności dokonanej zgodnie z przepisami prawa niemieckiego lub uzyskania „certyfikacji” samego uchwytu i panelu zewnętrznego na podstawie osobnej deklaracji zgodności. Nadto z uwagi na brak wskazania w deklaracji zgodności takich elementów (akcesoriów, urządzeń pomocniczych), jak uchwytu na zewnętrzny panel sterujący i samego panelu oraz systemu transportu skrawków parafinowych po torze wodnym, wątpliwym pozostaje także możliwość zastosowania dla tych urządzeń preferencyjnej stawki podatku VAT(8%). OPTA-TECH nie wykazał więc, że istnieje dopuszczony do obrotu wyrób medyczny obejmujący akcesorium, jakim miałby być zewnętrzny panel sterujący mocowany uchwytem do mikrotomu CUT 6062. Nawet jednak w przypadku zgłoszenia właściwemu organowi zmiany dokumentacji, należy wskazać, że jest to proces, który trwałby, przekraczając ustalony przez zamawiającego moment dostarczenia zamówienia. Powyższe ma znaczenie tym większe, że przedmiot zamówienia musi być dostarczony w zasadzie natychmiast (zgodnie z aktualnym brzmieniem SIWZ: 30 października 2019 r.), wykonawca więc musi posiadać gotowe urządzenie (dopuszczone do obrotu), a nie dopiero przygotowywać się do zmiany wyrobu medycznego.

Odwołujący wskazał przy tym, że zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 2 MPG zabronione jest wprowadzane do obrotu wyrobów medycznych, jeśli ich oznaczenie, dane, wygląd, wprowadzają w błąd, w szczególności, gdy są im przypisywane cechy, których nie posiadają. W ocenie odwołującego oświadczenie OPTA-TECH o możliwości dostarczenia mikrotomu CUT 6062 z uchwytem na zewnętrzny panel sterujący jest oczywiście nieprawdziwe, wprowadzające w błąd zamawiającego co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. ponieważ na jego podstawie zamawiający uznał, że oferta spełnia wymogi SIWZ i jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

W ocenie odwołującego OPTA-TECH można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności. Zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy Kodeks cywilny należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył fragmenty orzeczeń Izby tj. wyroku z 20 marca 2017 r. o sygn. akt 382/17, wyroku z 18 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 576/17 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 lipca 2018 r. XXIII Ga 849/18.

Reasumując w ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że OPTA-TECH przedłożyło nieprawdziwe informacje, które nie tylko potencjalnie mogłyby wypaczyć wynik całego postępowania, ale już do tego stanu doprowadziły. W tej sytuacji, konsekwencją jest obligatoryjne wykluczenie OPTA-TECH z postępowania dla części 12 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – OPTA-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej nadal: „OPTA-TECH”.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że punktem wyjścia oceny prawidłowości jego postępowania powinna być treść SIWZ. Wskazał przy tym, że w pkt 23 OPZ opisując parametr użył następującego sformułowania *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu*. Dokonując wykładni powyższego zapisu OPZ odwołujący – zdaniem zamawiającego – doszedł do niewłaściwego wniosku, że zamawiający wymagał

aby zaoferowane urządzenie posiadało tylko jeden panel sterujący. Z powyższego odwołujący wywiódł, że oferta OPTA-TECH nie spełnia określonego w specyfikacji warunku, bowiem sprzęt OPTA-TECH posiada dwa panele sterujące.

Z powyżej opisanym rozumieniem parametru opisanego w pkt 23 OPZ zamawiający nie zgodził się. Zamawiający stanął na stanowisku, iż sformułowanie *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu* stwierdza, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę powinno posiadać panel sterujący, który będzie posiadał możliwość z obudowy mikrotomu. Z przytoczonego zapisu w żadnym razie nie wynikało, że warunkiem udziału w postępowaniu jest zaoferowanie przez wykonawcę urządzenia, w skład którego wchodzi wyłącznie jeden panel sterujący. Zamawiający wyjaśnił, że gdyby miał w istocie zamiar wprowadzić takie obostrzenie to wyraźnie wskazałaby w SIWZ, iż urządzenie winno posiadać wyłącznie jeden panel sterujący, tak aby dla każdego potencjalnego wykonawcy było ono czytelne, wymóg taki, prowadzący w pewnym stopniu do zawężenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, nie był objęty zamiarem zamawiającego. Dlatego też zamawiający podkreślił, iż przedmiotowe postanowienie OPZ pozwala na złożenie przez wykonawcę oferty dostawy mikrotomu składającego się z kilku paneli sterujących, przy czym co najmniej jeden z nich musi posiadać możliwość wyjęcia go z obudowy mikrotomu. To ile paneli sterujących zaoferuje wykonawca w ramach danego urządzenia jest zagadnieniem wtórnym — choć oczywiście ilość paneli sterujących ma wpływ na cenę, która ostatecznie przesądza o rankingu ofert.

Podsumowując, opis parametru zawarty w pkt 23 OPZ nie pozwala na przyjęcie, że warunkiem złożenia przez wykonawcę oferty było zaoferowanie urządzenia wyłącznie z jednym panelem sterującym. Nawet gdyby taka była intencja zamawiającego to nie została ona wyraźnie wyartykułowana w stosownych postanowieniach OPZ. Wykonawca przygotowując ofertę bazuje na informacjach jakie zawarte są w SIWZ i w okolicznościach sprawy — zdaniem zamawiającego — uprawnione było przyjęcie przez niego stanowiska, że jego oferta może zawierać urządzenie z dwoma panelami sterującymi.

Zamawiający dodał przy tym, iż zaprezentowana w odwołaniu argumentacja, że zamawiający w trakcie postępowania odpowiadając na zadane pytanie (pytanie nr 43) przesądził, że zaoferowane urządzenie mikrotomu musi zawierać wyłącznie jeden panel sterujący nie znajduje uzasadnienia. W jego ocenie mamy tu do czynienia ze znaczącą nadinterpretacją ze strony odwołującego. Treść zadanego przez wykonawcę, w trakcie procedury wyjaśniania treści SIWZ, pytania oraz odpowiedź zamawiającego dotyczyła kwestii zgola odmiennej - w zapytaniu wykonawcy mowa bowiem o zewnętrznym panelu sterującym.

W zakresie podnoszonej przez odwołującego tezy, iż OPTA-TECH zaoferował, niezgodnie z wymogami SIWZ, mikrotom wyposażony w zewnętrzny panel sterujący zamawiający wskazał, że w świetle złożonych przez ww. wykonawcę w dniu 18 września 2019 r. wyjaśnień zarzut ten jest w całości bezpodstawny. Z przedłożonych przez OPTA-TECH dokumentów wynika, iż zaoferowany przez niego sprzęt jest zgodny z opisanym w pkt 23 OPZ parametrem.

Zamawiający stanął na stanowisku, że za bezpodstawne należy uznać zarzuty wprowadzenia go w błąd oraz błędu w obliczeniu ceny ofertowej, jako oparte na podobnej, niepopartej żadnymi rzeczowymi argumentami tezie, iż OPTA-TECH zaoferował sprzęt, który de facto nie istnieje. Zdaniem zamawiającego, odwołujący poparł powyżej wskazane zarzuty argumentami o znikomej wiarygodności, sprowadzając je w zasadzie do twierdzenia, że skoro on jako odwołujący nie jest w stanie na własną rękę uzyskać dokumentów, które potwierdzają, iż zaoferowany przez OPTA-TECH sprzęt spełnia wymogi SIWZ to te dokumenty nie istnieją.

Mając powyższe na uwadze zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego także wykonawca OPTA-TECH złożył swoje pismo procesowe wraz załączonego do niego dowodami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

OPTA-TECH w pierwszej kolejności wyjaśnił, że odwołujący zarzucając nieprawidłowość oferowanego mikrotomu z SIWZ wskazał, że celem zamawiającego formułującego treść wymogu nr 23 OPZ, było uzyskanie oferty mikrotomu, który posiadać winien wyłącznie jeden panel, zaoferowanie zaś mikrotomu z więcej niż jednym panelem, z których jeden odpowiadałby wymogom określonym w nr 23 OPZ, winno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący swój tok interpretacji zapisów OPZ oparł m.in. na: wykładni językowej pkt 23 OPZ, treści wyjaśnień SIWZ z dnia 26 lipca 2019 r., treści dokumentu złożonego przez OPTA-TECH w dniu 5 września 2019 r., wątpliwościach zamawiającego i treści wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP z dnia 16 września 2019 r.,

Jednocześnie na potwierdzenie, że zaoferowany przez OPTA-TECH panel nie spełnia określonych przez zamawiającego wymogów, odwołujący odniósł się do: treści dokumentu złożonego przez OPTA-TECH w dniu 5 września 2019 r. oraz wyjaśnień OPTA-TECH z dnia 18 września 2019 r. (na wezwanie z dnia 16 września 2019 r.).

OPTA-TECH nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego.

Po pierwsze zamawiający w treści OPZ wskazał na wymóg o treści *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu*, nie wskazując przy tym, czy zaoferowanie dodatkowego panelu sterującego przesądzi o niezgodności treści oferty z SIWZ. Oczywiście

jest przy tym, że oferta opiewająca na mikrotom z dwoma panelami sterującymi, z czego jeden spełniający wymóg SIWZ w zakresie jego charakteru i umiejscowienia, czyni sprzęt znacznie bardziej funkcjonalnym, nie powodując przy tym niezgodności z OPZ. W ocenie OPTA-TECH mikrotom posiadający dwa panele, z czego jeden odpowiadający w pełni literalnemu brzmieniu pkt 23 OPZ, nie czyni jego oferty niezgodną z SIWZ. Odmienne interpretacja treści tego zapisu, przy założeniu osiągnięcia funkcjonalnej użyteczności mikrotomu, na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie, prowadziłaby do absurdu polegającego na konieczności odrzucenia oferty, która będąc nie tylko zgodna z wymogami SIWZ, lecz nawet oferująca sprzęt wyższej jakości i bardziej funkcjonalny, winna zostać odrzucona. Zamawiający oczekiwał dostarczenia mikrotomu z panelem sterującym z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu. Dokładnie taki mikrotom został zamawiającemu zaoferowany — tzn. mikrotom posiadający jeden panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy. Odnosząc się do argumentacji odwołującego, wskazującego na wykładnię językową OPZ i użycie liczby pojedynczej przy wymaganym panelu sterującym z możliwością wyjęcia z obudowy, OPTA-TECH wskazał, że wymóg dotyczący jednego panelu sterującego wyjmowanego z obudowy został spełniony w jego ofercie. Zamawiający nie sformułował przecież OPZ, poprzez wskazanie, że mikrotom powinien posiadać wyłącznie jeden panel sterujący. Zamawiający wymagał zaoferowania mikrotomu posiadającego jeden panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy. Taki właśnie panel sterujący został zaoferowany przez OPTA-TECH. Wtórą kwestią pozostaje w tym wypadku fakt, iż mikrotom posiada drugi, niezależny panel sterujący, który jest zintegrowany z obudową. Przyjęcie założenia, że zaoferowanie urządzenia bardziej funkcjonalnego, niż wymagane OPZ, skutkować winno odrzuceniem oferty jest niedopuszczalne.

Zamawiający mając dwa w pełni funkcjonalne panele sterujące, może korzystać z nich przemiennie. Może także korzystać wyłącznie z jednego z nich — w tym wypadku panelu wyjmowanego z obudowy, bez konieczności używania panelu zintegrowanego. Powyższe rozumienie i interpretacja zapisów SIWZ, została także potwierdzona przez zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie.

Po drugie — w odniesieniu do treści wyjaśnień SIWZ z dnia 26 lipca 2019 r.

W ocenie OPTA-TECH z pytania nr 43 do treści SIWZ oraz odpowiedzi na nie udzielonej w dniu 26 lipca 2019 r. nie wynika, że zaoferowanie dwóch paneli, z czego jeden spełniający w pełni wymogi pkt 23 OPZ, należy uznać za niedopuszczalne. Odpowiedź zamawiającego odnosi się w szczególności do cech obu paneli, określonych przez wykonawcę w treści pytania jako:

- zintegrowany panel sterujący umieszczony we frontowej części mikrotomu;

- zewnętrzny panel sterujący, który można ustawiać zarówno po prawej jak i po lewej stronie mikrotomu.

Na uwagę zasługuje także fakt, że zamawiający odniósł się do zadanego pytania w sposób lakoniczny, próbując jednoznacznie uniknąć odpowiedzi na pytanie, które mogłoby doprowadzić do dopuszczenia innego panelu, niż panel wyjmowany z obudowy, który w dalszym ciągu mógłby zachowywać pełną funkcjonalność.

Po trzecie — dokumenty złożone przez OPTA-TECH na wezwanie z dnia 28 sierpnia 2019 r., złożone w dniu 5 września 2019 r. zgodnie z wymaganiami pkt 6.5.1. SIWZ, na które powołuje się odwołujący, tj.:

1. oświadczenie producenta zaoferowanego mikrotomu, o zgodności oferowanego mikrotomu z treścią SIWZ i OPZ, w tym również z parametrami nr 23 i 28 OPZ - spółki SLEE MEDICAL GMBH (dalej zwanego: „producentem”);
2. kartę katalogową producenta mikrotomu wraz ze specyfikacją techniczną;
3. deklaracja zgodności CE/Deklaracja zgodności oferowanych urządzeń medycznych do diagnostyki in vitro mikrotomu.

Według OPTA-TECH powyższe oświadczenia i dokumenty złożone przez niego, w pełni potwierdziły spełnianie przez oferowany mikrotom, wymogów określonych w SIWZ i OPZ, dla części 12 zamówienia. Twierdzenia odwołującego jakoby dokumenty i oświadczenia te zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i zostały sporządzone przez OPTA-TECH są niczym niepoparte oraz gołosłowne. Odwołujący powołuje się przy tym na dostępne w wersji online karty katalogowe, instrukcje, informacje techniczne etc., nie przedstawiając przy tym żadnego materiału dowodowego na poparcie swojej tezy. Na uwagę zasługuje przy tym fakt, iż niezależnie od twierdzeń odwołującego, co do braku istnienia dostępnych w wersji online materiałów producenta mikrotomu, potwierdzających możliwość dostarczenia przedmiotu zamówienia, w oczekiwanej przez zamawiającego specyfikacji, fakt złożenia oświadczeń sporządzonych przez producenta mikrotomu, uznać należy w świetle zapisów SIWZ za wystarczający dowód, dla potwierdzenia możliwości dostarczenia wymaganego rodzaju mikrotomu.

Po czwarte i po piąte wreszcie, wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 16 września 2019 r. oraz złożone w dniu 18 września 2019 r. wyjaśnienia, ostatecznie przesądzają o zgodności oferowanego rozwiązania z treścią SIWZ. Pismem z dnia 16. Września 2019 r., zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty: a) w obszarze parametru nr 23 (z OPZ dla części 12) oferowanego urządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie, OPTA-TECH złożył stosowne wyjaśnienia, załączając do pisma:

1. rysunki techniczne z dokumentacji producenta przedmiotu zamówienia;
2. specyfikację wymiarową przedmiotu zamówienia;



3. ponownie oświadczenie producenta przedmiotu zamówienia;

Udzielone przez OPTA-TECH wyjaśnienia zamawiający uznał za niewystarczające dla potwierdzenia spełniania wymogów OPZ. Co przy tym istotne, powód odrzucenia jego oferty, nie był związany z ilością zaoferowanych paneli, a z ich cechami, co jednoznacznie potwierdza, że ilość paneli w oferowanym urządzeniu ma znaczenie wtórne, względem jego cech, takich jak umiejscowienie.

W dniu 8 października 2019 r., zamawiający poinformował o wynikach postępowania dla części 3 i 12 zamówienia. Z treści przedmiotowego pisma wynika, że zamawiający w części 12 zamówienia, jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę odwołującego, jednocześnie odrzucając ofertę OPTA-TECH.

Z treści ww. informacji wynika, że zaoferowanie dwóch paneli sterujących, z czego jednego odpowiadającego poz. nr 23 OPZ, zamawiający traktowałby jako spełniające wymogi SIWZ, oferta taka nie powinna zaś podlegać odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 24 października 2019 r., zdecydował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i po ponownym badaniu i ocenie ofert, finalnie dokonał wyboru oferty OPTA-TECH jako najkorzystniejszej. Zgodnie z protokołem oceny ofert z dnia 24 października 2019 r., zamawiający uznał, że przedstawiona przez OPTA-TECH dokumentacja potwierdza, że oferta OPTA-TECH spełnia wymagane przez zamawiającego parametry techniczne.

W toku analizy dokumentacji złożonej przez OPTA-TECH w treści odwołania wniesionego w dniu 18 października 2019 r., zamawiający musiał dojść do wniosku, że jego poprzednie rozstrzygnięcie jest nieuzasadnione.

OPTA-TECH wyjaśnił dalej, że zamawiający w pierwotnym uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, w ramach pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazał, że oferowany przez OPTA-TECH przedmiot zamówienia, nie spełnia wymogów z parametru nr 23 OPZ, ponieważ żaden z dwóch paneli mikrotomu, nie jest panelem sterującym z możliwością wyjęcia z obudowy. Ponadto wskazał, że jeden z paneli wyposażony jest w kabel. Istotnie — panel sterujący wyposażony w kabel, jest panelem sterującym, który spełnia wymogi z parametru nr 23 OPZ — nie jest przymocowany na stałe do obudowy mikrotomu oraz jest umiejscowiony w gnieździe obudowy, dzięki czemu istnieje możliwość jego wyjęcia z obudowy. Spełnianie tego warunku potwierdzają dokumenty i oświadczenia złożone w toku postępowania (dokumenty i oświadczenia składane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wraz z wyjaśnieniami).

Z tych dokumentów, już na etapie pierwszego badania i oceny ofert, jednoznacznie wynikało, że przedmiot zamówienia spełnia wymogi OPZ w tym wymogi dot. parametru nr 23. Wynika

to wprost z treści oświadczenia producenta, karty katalogowej, rysunków technicznych — wyciąg z instrukcji.

Z powyższych dokumentów producenta wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia, opcjonalnie wyposażony jest w wyjmowany z obudowy panel sterujący. Jednocześnie pozostaje drugi panel, który na stałe znajduje się w obudowie. Takie rozwiązanie jedynie poprawia funkcjonalność sprzętu. Taki sprzęt został zaoferowany zamawiającemu, co potwierdzają złożone dokumenty i oświadczenia.

OPTA-TECH wyjaśnił także, że odwołujący podnosi, iż żaden z dwóch zaoferowanych paneli sterujących, nie może zostać uznany za spełniający wymogów pkt nr 23 OPZ, wskazując następujące okoliczności: żaden z paneli nie posiada cech określonych w ww. wymogi OPZ - jeden z nich stanowi panel zintegrowany, drugi zaś zewnętrzny — wskazując przy tym, że wymaganym było zaoferowanie panelu chowanego do wnętrza obudowy oraz że oferowany przez OPTA-TECH panel zewnętrzny funkcjonuje przy użyciu kabla; - dokumenty przedstawione przez OPTA-TECH świadczą o tym, że do obudowy mikrotomu został przymocowany uchwyt — powołując się przy tym na definicję słowa „obudowa” oraz „zewnętrzny”:

- kwestionuje autentyczność składanych przez OPTA-TECH dokumentów — wskazując, że dokumenty powstały na potrzeby niniejszego postępowania, sporządzone przez OPTA-TECH, ewentualnie stanowią oświadczenia producenta,
- odwołuje się do złożonych wyłącznie wyciągów z instrukcji producenta, wskazując że nie jest znana ich kompletna wersja,
- wskazuje na próbę kontaktu z producentem, który odesłał do kontaktu z OPTA-TECH i oświadczył przy tym, że nie prześle żadnych materiałów.

Po pierwsze odwołujący podważa zaoferowane przez OPTA-TECH rozwiązanie, poprzez wskazanie, że:

- a) panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy, to taki, który można schować do wnętrza obudowy, a panel mieszczący się w uchwycie (insynuując przy tym, że na potrzeby postępowania do obudowy mikrotomu OPTA-TECH zamierza przykręcić uchwyt na panel), nie może zostać uznany panel, który spełnia wymogi SIWZ;
- b) panel posiada kabel, którym połączony jest z mikrotomem, co dodatkowo świadczy o jego niezgodności z SIWZ.

Powyższe twierdzenie odwołującego zdaniem OPTA-TECH jest dalece chybione, w szczególności z uwagi na fakt, iż kwestionowanie poprzez użycie powyższej argumentacji, stanowiłoby o konieczności odrzucenia także oferty samego odwołującego, który zaoferował niemal tożsame rozwiązanie co OPTA-TECH.

Panel sterujący w mikrotomie zaoferowanym przez odwołującego, nie da się schować do wnętrza obudowy. Panel ten, mocowany jest na bocznej części obudowy, mocowany na specjalnym uchwycie. Panel ten daje się zdemontować. Panel pakowany jest w osobnym pudełku. Panel zamocowany jest również na kablu, co potwierdza instrukcja obsługi urządzenia, na której jest zdjęcie panelu z kablem, a nawet pokazane jest miejsce w obudowie, do którego podłącza się kabel od panelu.

Odnosnie do twierdzeń odwołującego, jakoby oferowany przez OPTA-TECH panel sterujący wykorzystywał kabel i z tego powodu był niezgodny z wymogami SIWZ wyjaśnia, że pkt 23 OPZ nie wspomina nic o kablu, nie odwołuje się do konieczności jego posiadania lub braku. Twierdzenie odwołującego w tym zakresie jest tym bardziej chybione, gdyż panel sterujący znajdujący się w mikrotomie zaoferowanym przez odwołującego, również wyposażony jest w taki kabel.

W odniesieniu do pozostałych funkcjonalności panelu sterującego w mikrotomie oferowanym przez OPTA-TECH, świadczących o tym, iż oferowane urządzenie jest analogicznie funkcjonalne OPTA-TECH stwierdził:

- wyjmowany panel z obudowy mikrotomu, pozwala kontrolować wszystkie funkcje mikrotomu, czyli jest to pełnoprawny panel o pełnej funkcjonalności, a nie dodatkowy wspomagający — analogiczny poziom funkcjonalności jak w przypadku panelu zintegrowanego znajdującego się w obudowie;
- panel jest tak zaprojektowany, że po wyjęciu go z gniazda obudowy można swobodnie przekładać go na lewą lub prawą stronę stołu przy mikrotomie — dokładnie tak, jak w przypadku funkcjonalności wynikającej z karty katalogowej złożonej przez odwołującego;
- długość kabla 1,8m gwarantuje swobodę i takie ustawienia panelu sterującego, aby zapewnić maksymalną ergonomię pracy użytkownika mikrotomu.

Po drugie, powoływanie się przez odwołującego na definicję słowa „obudowa” w Wielkim słowniku języka polskiego — odwołujący wskazuje, że ze specyfikacji sprzętu dostępnej na stronach producenta wynika stwierdzenie „Externes Bedienteil (optional)” czyli „zewnątrzny panel sterujący (opcjonalny)”. Twierdzenie odwołującego odnoszące się do definicji słowa obudowa i w konsekwencji kwestionowanie zaoferowanego panelu sterowania w mikrotomie OPTA-TECH, jako panelu „zewnątrznego”, który określony jako panel zewnętrzny, nie spełnia wymogu określonego przez zamawiającego, sformułowanego w OPZ jako „panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu”, już z samego założenia - w ocenie OPTA-TECH – zawiera błąd logiczny.

Po trzecie i po czwarte odwołujący kwestionuje autentyczność dokumentów składanych przez OPTA-TECH, wskazując jakoby powstały one na potrzeby niniejszego postępowania i

zostały stworzone przez OPTA-TECH. Ewentualnie stanowią one oświadczenia producenta. Ponadto w ocenie odwołującego, OPTA-TECH powołuje w składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jedynie wyciągi z instrukcji producenta, wskazując że nie jest znana ich kompletna wersja.

Na tę okoliczność OPTA-TECH przywołał treść pkt 6.5.1.1 SIWZ. W jego ocenie wymieniony w tym punkcie katalog dokumentów żądanych przez zamawiającego, w celu wykazania spełnienia wymogów określonych przez zamawiającego, należy uznać za w pełni dopuszczalny. OPTA-TECH powołał się także na wyroki Izby z 20 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 666/17 oraz z 16 stycznia 2019 r., o sygn. KIO 7/19.

Z powyższych orzeczeń oraz z wymogów SIWZ określonych w pkt 6.5.1.1. w ocenie OPTA-TECH wynika jednoznacznie, że oświadczenia sporządzone przez producenta oraz wyciągi z instrukcji, mają walor dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów postawionych przedmiotowi zamówienia.

Niezależnie od powyższego oraz złożonych dotychczas w toku postępowania dokumentów, OPTA-TECH załączył do treści swojego pisma procesowego kolejne dokumenty, świadczące o źródle pochodzenia dokumentacji złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Po piąte OPTA-TECH zwrócił uwagę, iż odwołujący wskazuje na próbę kontaktu z producentem. Rzekome pytanie, jak wskazuje odwołujący, miało na *„celu potwierdzenie dostarczenia mikrotomu CUT 6062 z panelem sterującym z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu oraz przesłanie informacji dotyczących takiego urządzenia”*. Odwołujący wskazuje także, że *„Producent odesłał do kontaktu z OPTA-TECH i oświadczył, że nie prześle żadnych materiałów, które potwierdziłyby możliwość zaoferowania mikrotomu z panelem wyjmowanym z wnętrza obudowy lub mikrotomu z dodatkowym uchwytem na obudowie na panel sterujący zewnętrzny”*.

OPTA-TECH wyjaśnił, że w rzeczywistości zapytanie w znacznym stopniu odbiega od wersji przedstawionej w odwołaniu, treść samego zapytania natomiast, wyraźnie miała na celu uzyskanie od producenta odpowiedzi wpisującej się w linię prezentowaną przez odwołującego. OPTA-TECH wyjaśnił, że odpowiedź producenta podyktowana była faktem, iż OPTA-TECH jako wyłączny dystrybutor produktów producenta na terytorium Polski, uprawniony jest do udzielania odpowiedzi na zapytania handlowe, dotyczące produktów oferowanych w Polsce.

Niezależnie od powyższych rozważań i argumentacji OPTA-TECH, na uwagę zasługuje fakt dopuszczenia przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, rozwiązań równoważnych.

Zgodnie z treścią SIWZ pkt 3.18:

„3.18. Gdziekolwiek w specyfikacji i jej załącznikach przywołane są normy lub nazwy własne, lub znaki towarowe, lub patenty, lub pochodzenie, źródło, lub szczególny proces, który

charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.”

OPTA-TECH wyjaśnił w tym zakresie, że zamawiający nie dokonał przy tym szczegółowego objaśnienia, na czym równoważność oferowanych rozwiązań miałyby polegać. Zgodnie zaś z utrwaloną linią orzecniczą KIO, brak precyzyjnego wskazania przez zamawiającego, na czym polegać ma równoważny charakter oferowanych rozwiązań, nie może powodować negatywnych skutków po stronie wykonawcy, który wykazał oferowanymi przez siebie produktami, spełnianie funkcjonalnych wymogów określonych w SIWZ. Tak generalne określenie dopuszczalności rozwiązań równoważnych, należy czytać rozszerzająco.

W niniejszym postępowaniu w ocenie OPTA-TECH brak jest wątpliwości co do tego, że wymogi przedmiotowe ustanowione w SIWZ i OPZ przez zamawiającego, miały na celu uzyskanie oferty na mikrotom, który odpowiadać będzie cechom funkcjonalnym, pożądanym w tego rodzaju urządzeniu. Na marginesie warto wskazać, że wg. najlepszej wiedzy OPTA-TECH, na rynku mikrotomów, dostępne są obecnie tylko 4 mikrotomy, które posiadają panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy. Jest to mikrotom oferowany przez odwołującego, mikrotom oferowany przez producenta Sakura, producenta Laica oraz przez OPTA-TECH. Jeśli natomiast chodzi o mikrotomy, które posiadają panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy oraz tor wodny, wymagane przez zamawiającego, na rynku dostępne są wyłącznie dwa mikrotomy — w tym wypadku jest to mikrotom oferowany przez odwołującego i OPTA-TECH. Mikrotomy producentów Sakura i Laica nie posiadają toru wodnego. Co za ty idzie, gdyby intencją zamawiającego było określenie jako wymogu SIWZ, posiadania jednego tylko panelu w ujęciu generalnym, ofertę w toku niniejszego postępowania, mógłby złożyć wyłącznie odwołujący. To zaś prowadziłoby do znacznego zawężenia rynku i naruszenia zasady konkurencji w toku postępowania.

W świetle powyższego, oparcie się wyłącznie na wykładni językowej postanowień OPZ, z pominięciem wykładni funkcjonalnej i celowościowej, przy dopuszczeniu przez Zamawiającego również rozwiązań równoważnych, twierdzenia odwołującego uznać należy za niedopuszczalne. Gdyby przyjąć, argumentację odwołującego w powyższym zakresie, należałoby stwierdzić, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego, należałoby uznać za dalece naruszające przepisy Pzp.

Zdaniem OPTA-TECH na uwagę zasługuje przy tym fakt, iż art. 30b ust. 4 Pzp, znajduje zastosowanie do treści art. 89 ust. 4 i 5 Pzp, z uwagi na bezpośrednie odwołanie w treści art. 30b ust. 4, do treści art. 30b ust. 1 i 3. Art. 30b ust. 1 jest natomiast wskazany wprost jako znajdujący zastosowanie do treści art. 89 ust. 4 i 5.

W świetle powyższego, sformułowań użytych przez zamawiającego w SIWZ i OPZ, a także w świetle dopuszczenia rozwiązań równoważnych oraz dopuszczalności składania

oświadczeń producenta, na potwierdzenie wymogów przedmiotowych stawianych wykonawcom w postępowaniu, nawet przyjmując wykładnię językową treści OPZ, w zakresie pkt 23 (uznając, że oferowane przez OPTA-TECH rozwiązania są odmienne od tych, których wymagał wprost zamawiający), nie można uznać za dopuszczalne odrzucenie oferty OPTA-TECH, m.in. z uwagi na treść cytowanych powyżej przepisów Pzp. Dodatkowo OPTA-TECH powołał się w tym zakresie na orzeczenia Izby: z 11 grudnia 2014 r. o sygn. akt KIO 2519/14 oraz z 28 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1280/16.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu OPTA-TECH wskazał iż odwołujący w treści odwołania wskazuje, że OPTA-TECH składając ofertę, wyjaśnienia oraz dokumenty, przedstawił informacje, które doprowadziły do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a które mają potwierdzać, że OPTA-TECH jest w stanie dostarczyć zamawiającemu mikrotom z panelem sterującym wyjmowanym z obudowy, zgodnie z pkt 23 OPZ. Odwołujący wskazał również, że OPTA-TECH złożył deklarację zgodności, w której producent zadeklarował, że mikrotom oferowany w postępowaniu jest produkowany zgodnie z regulacjami unijnymi i zamieszczono znak CE. Zdaniem odwołującego, o wprowadzeniu zamawiającego w błąd świadczy fakt, iż w deklaracji nie zostały opisane żadne akcesoria do mikrotomu, w sytuacji gdy producent na stronie wyróżnia akcesoria do urządzenia i każdemu z nich nadaje osobny numer referencyjny — w przypadku panelu sterującego z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu, nadany został numer 10090051. Brak jest również wskazania przez producenta uchwytu do panelu. Następnie odwołujący odnosi się do przepisów niemieckich, które stanowią, że każda zmiana dokumentacji wyrobu medycznego do diagnostyki in-vitro po zakończonej ocenie działania, należy zgłosić właściwemu organowi, który z kolei bada istotność zmiany. Z powyższego odwołujący wywodzi, że oferowany przez OPTA-TECH sprzęt w wymaganej przez zamawiającego konfiguracji nie istnieje, oraz że nie jest możliwym zastosowanie stawki podatku VAT 8%, właściwej dla wyrobów medycznych, co potwierdzać ma zarzuty odwołującego.

OPTA-TECH nie zgodził się z powyżej wskazanymi twierdzeniami odwołującego.

Po pierwsze OPTA-TECH, poza powoływanym przez odwołującego zapisem pkt 3.5 SIWZ, zwrócił uwagę na treść postanowień załącznika 1a do SIWZ dla cz. 12, tj. OPZ. Zgodnie z jednym z postanowień wskazanych w uwagach i objaśnieniach na stronie 1:

*Wykonawca gwarantuje niniejszym, że sprzęt jest fabrycznie nowy (rok produkcji: 2019), nieużywany, kompletny i do jego uruchomienia oraz stosowania zgodnie z przeznaczeniem nie jest konieczny zakup dodatkowych elementów i akcesoriów. Żaden aparat ani jego część składowa, wyposażenie, nie jest sprzętem rekondycjonowanym, powystawowym i nie był wykorzystywany wcześniej przez innego użytkownika.*

W ocenie OPTA-TECH, w świetle powyższego zapisu, dotychczasowego orzecznictwa Izby i sądów oraz w związku ze stosowaną praktyką na rynku zamówień publicznych, nie sposób zgodzić się z tak wyrażonym twierdzeniem odwołującego.

Zgodnie z OPZ dla części 12 zamówienia, przedmiotem oferty wykonawców miał być mikrotom, o określonej specyfikacji technicznej, wskazanej w dalszej części ww. załącznika do SIWZ. Twierdzenia odwołującego, jakoby fakt posiadania przez akcesorium mikrotomu osobnego numeru katalogowego, przesądza o konieczności umieszczenia tego akcesorium w treści deklaracji CE producenta jest chybione. Zamawiający oczekiwał dostarczenia przedmiotu zamówienia jako urządzenia kompletnego, do którego nie ma potrzeby dokupowania dodatkowych elementów i akcesoriów. W istocie taki mikrotom został zaoferowany przez OPTA-TECH.

Dalej OPTA-TECH wyjaśnił, iż faktem jest, że panel sterujący posiadający możliwość wyjęcia z obudowy mikrotomu, stanowi wyposażenie wyrobu medycznego, jakim jest mikrotom oferowany przez OPTA-TECH. Faktem jest również to, iż posiada on numer katalogowy, co można ustalić na podstawie informacji od producenta. Podkreślenia wymaga jednak, że panel sterujący oferowany wraz z mikrotomem, nie może stanowić przedmiotu odrębnego użytku bez mikrotomu, stanowiącego wyrób medyczny względem panelu który jest jego wyposażeniem — panel staje się dysfunkcyjny. Okoliczność, że panel sterujący posiadający możliwość wyjęcia z obudowy mikrotomu posiada własny numer katalogowy, nie zmienia jego charakteru towarzyszącego względem mikrotomu, sprawia jednak w istocie, iż panel ten może być przedmiotem osobnego od mikrotomu obrotu — w sytuacjach takich jak np. wymiana panelu z uwagi na jego uszkodzenie, rozbudowanie funkcjonalności mikrotomu przez jego użytkownika, poprzez dokupienie panelu, w którego posiadaniu użytkownik ten pierwotnie nie był (zakupił mikrotom w wersji bez panelu). Zamawiający oczekiwał dostarczenia mu kompletnego, wyspecyfikowanego urządzenia, obejmującego swoim zakresem wszelkie akcesoria oraz wszelkie elementy, które pozwolą mu uruchomić mikrotom i stosować go, bez konieczności zakupu dodatkowych elementów. OPTA-TECH wyjaśnił, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zamawiającego, zaoferował kompletny i w pełni funkcjonalny mikrotom, zgodnie z wymogami OPZ. Twierdzenia odwołującego, jakoby brak wskazania w deklaracji panelu sterującego, względnie innych akcesoriów, determinuje brak możliwości zastosowania stawki VAT 8% są chybione, również z uwagi na powszechną praktykę obrotu w ramach zamówień publicznych, na dowód czego OPTA-TECH złożył przykładowe oferty wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia, w których był uczestnikiem.

Dodatkowo OPTA-TECH powołał się na treść przepisów ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 175 z późn zm.) tj. jej: art. 132, art. 2 ust. 1 pkt 33), 34), 38) i 39).

OPTA-TECH wskazał, że przywołane w ww. przepisach definicje jednoznacznie przesądzają o charakterze oferowanego mikrotomu wraz z wyposażeniem. Z ich treści wynika, jasno, że oferowany wraz z mikrotomem panel sterujący oraz inne akcesoria, stanowią artykuły specjalnie przeznaczone przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym do diagnostyki in vitro (mikrotomem), w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem. Mikrotom zaś, jako wyrób medyczny do diagnostyki in vitro na gruncie cytowanej ustawy, może być stosowanym samodzielnie lub w połączeniu (z wyposażeniem), przeznaczony przez wytwórcę do stosowania in vitro do badania próbek pobranych z organizmu ludzkiego, w tym krwi i tkanek. Powyższe zatem jednoznacznie determinuje charakter oferowanego przez OPTA-TECH sprzętu, oraz fakt, że deklaracja zgodności wydana przez producenta dla sprzętu medycznego, obejmuje swoim zakresem wszelkie akcesoria oferowane wraz z nim, jako wyposażenie sprzętu medycznego (mikrotomu).

Kluczowe znacznie w powyższym kontekście – zdaniem OPTA-TECH – miał wyrok Izby z 27 grudnia 2017 r. KIO 2653/17, a szczególnie przywołany w treści tego orzeczenia wyrok z dnia 25 lipca 2016 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt III SA/Wa 1686/15. Dodatkowo na uwagę w ocenie OPTA-TECH zasługuje treść wyroku Izby z 17 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 734/19.

W świetle powyższych ustaleń wykonawca OPTA-TECH wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.



Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę OPTA-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego nadal: „OPTA-TECH” lub „przystępującym”.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 13 listopada 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikiem 1a;
- pytania nr 43 do treści SIWZ wraz z udzieloną na nie odpowiedzią z dnia 26 lipca 2019 r.;
- formularza ofertowego złożonego przez przystępującego oraz złożonego wraz z nim wypełnionego załącznika nr 1a do SIWZ;
- dokumentów złożonych w dniu 5 września 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp tj. tłumaczenia deklaracji zgodności, karty katalogowej zaproponowanego przez przystępującego mikrotomu oraz oświadczenia producenta zaoferowanego przez przystępującego mikrotomu;
- pisma przystępującego z dnia 18 września 2019 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wraz z załącznikami do niego;
- zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 12 zamówienia z dnia 24 października 2019 r.;

2) załączonych do pisma procesowego przystępującego:

- oceny oferty przystępującego z dnia 24 października 2019 r.;
- oświadczenia producenta zaoferowanego mikrotomu, spółki SLEE MEDICAL GMBH, o zgodności z treścią SIWZ i OPZ, w tym również z parametrami nr 23 i 28 OPZ - znajduje się w dokumentacji postępowania zamawiającego;
- odpisu z niemieckiego sądu rejestrowego spółki SLEE MEDICAL GMBH, na potwierdzenie uprawnień do reprezentacji pana S. S.;
- tłumaczenia odpisu z niemieckiego sądu rejestrowego spółki SLEE MEDICAL GMBH;
- karty katalogowej zaoferowanego mikrotomu wraz ze specyfikacją techniczną - znajduje się w dokumentacji postępowania zamawiającego;
- wyjaśnienia z dnia 18 września 2019 r. - znajduje się w dokumentacji postępowania zamawiającego;
- specyfikacji wymiarowej zaoferowanego mikrotomu - znajduje się w dokumentacji postępowania zamawiającego;
- wyciągu z instrukcji obsługi mikrotomu - znajduje się w dokumentacji postępowania zamawiającego;
- wyciągu z instrukcji obsługi mikrotomu HM 355S, odnoszącego się do panelu sterującego;

- tłumaczenia wyciągu z instrukcji obsługi mikrotomu HM 355S, w zakresie odnoszącym się do panelu;
  - broszury handlowej mikrotomu HM 355S;
  - tłumaczenia fragmentów broszury handlowej mikrotomu HM 355S, w zakresie odnoszącym się do panelu;
  - fotografii przedstawiającej panel sterujący zamontowany w mikrotomie HM 355S, ukazującej kabel znajdujący się w mikrotomie;
  - wyciągu z instrukcji obsługi mikrotomu oferowanego przez przystępującego, wraz z oświadczeniem producenta oraz z podpisami i pieczęcią producenta, potwierdzającymi oryginalność złożonych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń;
  - tłumaczenia ww. oświadczenia;
  - rzutów mikrotomu oferowanego przez przystępującego, wraz z podpisami i pieczęcią producenta, potwierdzające oryginalność złożonych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń;
  - oświadczenia producenta mikrotomu w wersji dwujęzycznej, potwierdzające autentyczność rozwiązania oferowanego przez przystępującego;
  - korespondencji mailowej pomiędzy producentem a pełnomocnikiem odwołującego wraz z tłumaczeniem;
  - deklaracji zgodności producenta ESPECIALIDADES MÉDICAS MYR s.L. dla urządzenia Centrum do zatapiania tkanki, model EC500 wraz z tłumaczeniem, złożonej przez odwołującego w jednym z postępowań przetargowych;
  - deklaracji zgodności producenta ESPECIALIDADES MÉDICAS MYR s.L. dla urządzenia Barwiarka do szkiełek, model MYREVA SS-30 wraz z tłumaczeniem, złożonej przez odwołującego w jednym z postępowań przetargowych;
  - deklaracji zgodności producenta BIO OPTICA Milano S.p.A. dla urządzenia Linia zatapiająca CD1000, CD1000L wraz z tłumaczeniem, złożonej przez jednego z konkurentów przystępującego, w jednym z postępowań przetargowych;
  - deklaracji zgodności producenta Leica Biosystems Nussloch GmbH, dla urządzenia Leica RM2235 wraz z tłumaczeniem, złożonej przez jednego z konkurentów przystępującego, w jednym z postępowań przetargowych;
- 3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:
- dowodu nr 1 w postaci: wydruku dwóch pierwszych stron SIWZ, w którym zamawiającym było Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie, załącznika nr 1 do tej SIWZ, pytań do treści SIWZ wraz z odpowiedziami z dnia 6 czerwca 2019 r., formularza ofertowego złożonego w tamtym postępowaniu przez przystępującego oraz karty katalogowej urządzenia wraz ze zdjęciami;

- dowód nr 2 w postaci: korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy pełnomocnikiem odwołującego, a producentem urządzenia oferowanego przez przystępującego z tłumaczeniem na język polski; wydruku ze strony internetowej producenta urządzenia zaoferowanego przez przystępującego z tłumaczeniem na język polski; dodatkowych wydruków ze strony internetowej producenta urządzenia zaoferowanego przez przystępującego w wersji angielskiej, niemieckiej z tłumaczeniem na język polski oraz wyciągu z przepisów prawa niemieckiego dotyczących dopuszczania wyrobów medycznych do obrotu z tłumaczeniem na język polski.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 23 OPZ dla części 12 zamówienia określonym w załączniku 1a do SIWZ zamawiający wskazał: *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu.*

W pkt 6.5.1.1. SIWZ, zamawiający wskazał jakich dokumentów wymagał na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Zgodnie z treścią ww. punktu były to: *Materiały firmowe - np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcje lub wyciągi z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta - potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.*

W dniu 26 lipca 2019 r. zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ. Należy przy tym zwrócić uwagę na pytanie oznaczone nr 43 oraz odpowiedź na nie o treści:

*Pytanie 43*

*Część 12 – Mikrotom*

*Czy Zamawiający uzna za spełniający wymagania SIWZ, mikrotom wyposażony w dwa panele sterujące, jeden zintegrowany panel sterujący umieszczony we frontowej części mikrotomu oraz drugi zewnętrzny panel sterujący, który można ustawiać zarówno po prawej jak i po lewej stronie mikrotomu? Operator mikrotomu może korzystać niezależnie, na przemian z panelu kontrolnego zintegrowanego oraz z panelu zewnętrznego kontrolnego lub odłączyć panel zewnętrzny. Takie rozwiązanie gwarantuje spełnienie funkcjonalnych wymagań Zamawiającego polegających na swobodzie przekładania panelu sterującego na prawą i lewą stronę jak również możliwości sterowania pracą mikrotomu z poziomu panelu wbudowanego w mikrotom.*

*Odpowiedź: Nie, Zamawiający wymaga zgodnie ze specyfikacją.*

Przystępujący złożył ofertę na 12 część zamówienia, a w wypełnionym i złożonym wraz z formularzem ofertowym załączniku nr 1a dla tej części wskazał urządzenie o nazwie i typie:

Mikrotom CUT 6062, rotacyjny automatyczny z torem wodnym, produkcji SLEE Medical GmbH.

W dniu 28 sierpnia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W dniu 5 września 2019 r. przystępujący złożył m.in.:

- deklarację zgodności CE dla m. in. urządzenia: Mikrotom rotacyjny CUT 6062 z tłumaczeniem na język polski;

- oświadczenie producenta (tj. SLEE Medical GmbH) z dnia 5 września 2019 r. w języku polskim, w którym producent oświadczył, że (...) *w ramach prowadzonego postępowania dostarczy mikrotom rotacyjny SLEE CUTE 6062 z torem wodnym z następującymi parametrami:*

*Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu (...);*

- kartę katalogową producenta, w której na 1 str. w części pn. *Najważniejsze funkcje* wskazano, że *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy (opcja)* oraz na str. 3 w części pn. *Informacje i funkcje dodatkowe* wskazano: *Panel sterujący: Możliwość wyjęcia panelu sterującego z obudowy.*

Następnie zamawiający w dniu 16 września 2019 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie zgodności oferowanego mikrotomu z pkt 23 i 28 OPZ dla części 12 zamówienia. W dniu 18 września 2019 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, w którym oświadczył o zgodności oferty z SIWZ oraz przedłożył:

- wyciąg z instrukcji obsługi mikrotomu CUT 6062, zgodnie z którym: *Panel sterowania może być umieszczony w obudowie mikrotomu w gnieździe widocznym na rys. 10A i 10B. Aby wyjąć panel z obudowy, należy wysunąć go do góry z gniazda;*

- specyfikację wymiarową urządzenia.

W dniu 8 października 2019 r., zamawiający poinformował o wynikach postępowania dla części 3 i 12 zamówienia. Z treści przedmiotowej informacji wynika, że zamawiający w części 12 zamówienia, jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę odwołującego, jednocześnie odrzucając ofertę przystępującego.

Zamawiający w dniu 24 października 2019 r., zdecydował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 12 zamówienia i po ponownym badaniu i ocenie ofert, finalnie dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp należy wskazać, że odwołujący skupił się w zakresie tego zarzutu na dwóch kwestiach:

- po pierwsze odwołujący podnosił, że przystępujący oferuje dwa panele sterujące co jest niezgodnie z pkt 23 OPZ;
- po drugie odwołujący stanął na stanowisku, że przystępujący nie zaoferował panelu wyjmowanego z obudowy.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby powyżej wskazane twierdzenia odwołującego nie potwierdziły konieczności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do argumentacji odwołującego odnoszącej się do liczby paneli sterujących Izba za własne przyjęła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego i uznała, iż sformułowanie zawarte w pkt 23 załącznika 1a do SIWZ (*Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu*) określało, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę powinno posiadać panel sterujący, który będzie posiadał możliwość wyjęcia z obudowy mikrotomu. Z przytoczonego postanowienia w ocenie Izby nie wynikało, aby wymogiem było zaoferowanie przez wykonawcę urządzenia, w skład którego wchodził wyłącznie jeden panel sterujący. Powyżej wskazane postanowienie OPZ pozwalało na złożenie przez wykonawcę oferty dostawy mikrotomu składającego się z kilku paneli sterujących, przy czym co najmniej jeden z nich musi posiadać możliwość wyjęcia go z obudowy mikrotomu.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, nie miało znaczenia użycie przez zamawiającego w treści pkt 23 OPZ liczby pojedynczej przy wskazaniu panelu sterującego, ponieważ taka konstrukcja nie oznaczała ograniczenia wymogu do urządzenia posiadającego wyłącznie jeden panel sterujący. Wykładnia językowa wymogu określonego w pkt 23 OPZ sprowadzała się zatem do tego, że zgodnym z tym wymogiem było urządzenie, które posiadało panel sterujący z możliwością wyjęcia go z obudowy, niezależnie od liczby dodatkowych paneli. Izba nie dostrzegła przy tym, że stanowisko zamawiającego – zgodnie z sugestią odwołującego – jeśli chodzi o interpretację treści pkt 23 OPZ zmieniło się z biegiem trwania procedury przetargowej. Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający początkowo za zgodne z SIWZ uznawał urządzenie posiadające wyłącznie jeden panel sterujący, a w trakcie trwania procedury przetargowej zmienił zdanie i dopuścił jako zgodne z SIWZ, także urządzenie posiadające dwa panele sterujące. Izba nie znalazła potwierdzenia dla tego stanowiska. Warto wskazać, że oferta przystępującego została pierwotnie odrzucona (w dniu 8 października 2019 r.) jako niezgodna z SIWZ, ale powodem tego odrzucenia nie była liczba paneli sterujących, ale okoliczność uznania na tamten moment przez zamawiającego, że

żaden z paneli sterujących zaoferowanego przez przystępującego urządzenia nie miał możliwości wyjęcia go z obudowy.

Ponadto zgodnie z stanowiskiem Izby twierdzenia odwołującego nie potwierdziła treść pytania nr 43 oraz udzielona na nie odpowiedź z dnia 26 lipca 2019 r. Izba stanęła na stanowisku, że treść tego pytania dotyczyła możliwości zaoferowania mikrotomu wyposażonego w dwa panele sterujące, jednego zintegrowanego panelu sterującego umieszczonego we frontowej części mikrotomu oraz drugiego zewnętrznego, który można było ustawiać zarówno po prawej jak i po lewej stronie mikrotomu. Żaden z paneli wymienionych w treści pytania nie spełniał wymagania zawartego w pkt 23 OPZ tj. nie było możliwości wyjęcia go z obudowy mikrotomu. Zamawiający w wyniku udzielonej odpowiedzi podtrzymał wymagania zawarte w SIWZ co oznacza, że nie dokonał modyfikacji wymogu z pkt 23 OPZ. Tym samym zamawiający w dalszym ciągu wymagał urządzenia, które miało posiadać panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy. W ocenie Izby istota ww. pytania do treści SIWZ sprowadzała się do próby modyfikacji ze strony zadającego pytanie wymogu zawartego w pkt 23 OPZ tak, aby możliwe było zaoferowanie mikrotomu, który posiadał dwa panele sterujące, z których żaden z nich nie mógł zostać wyjęty z obudowy, a odpowiedź zamawiającego, jak wskazano powyżej nie doprowadziła do modyfikacji pkt 23 OPZ. W związku z powyższym wniosek odwołującego sprowadzający się do tego, że odpowiedź na pytanie 43 stanowiła potwierdzenie wymogu sprowadzającego się do konieczności zaoferowania urządzenia posiadającego wyłącznie jeden panel sterujący stanowiła, w uznaniu Izby niedopuszczalną nadinterpretację ww. postanowienia SIWZ i z powodów wskazanych powyżej nie mogła być podstawą do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie.

Podobnie Izba nie wzięła pod uwagę dowodu złożonego w tym zakresie przez odwołującego w postaci: wydruku dwóch pierwszych stron SIWZ z innego postępowania, w którym zamawiającym było Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie, załącznika nr 1 do tej SIWZ, pytań do treści SIWZ wraz z odpowiedziami z dnia 6 czerwca 2019 r., formularza ofertowego złożonego w tamtym postępowaniu przez przystępującego oraz karty katalogowej urządzenia wraz ze zdjęciami. Ww. dokumenty dotyczyły innego postępowania, prowadzonego przez innego zamawiającego i stan faktyczny w tamtym postępowaniu nie odpowiadał przedmiotowemu, ponieważ w tamtym postępowaniu zamawiający w taki sposób ustalił ostatecznie treść SIWZ, że wyraźnie dopuszczała ona urządzenie z dwoma panelami, z których żaden nie był wyjmowany z obudowy urządzenia.

Przechodząc do drugiego wskazanego przez odwołującego powodu odrzucenia oferty przystępującego tj. twierdzenia, iż mikrotom zaoferowany przez OPTA-TECH nie posiada możliwości wyjęcia z obudowy, należy wskazać, że także on w ocenie Izby został uznany za niezasadny.

W ocenie Izby przy ocenie powyżej wskazanej kwestii w pierwszej kolejności należy wskazać na część dokumentów złożonych przez przystępującego w dniu 5 września 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Otóż w ww. terminie przystępujący złożył m. in.:

- oświadczenie producenta (tj. SLEE Medical GmbH) z dnia 5 września 2019 r. w języku polskim;
- kartę katalogową producenta.

We wskazanym powyżej oświadczeniu producenta znajduje się wyraźne stwierdzenie, iż (...) *w ramach prowadzonego postępowania dostarczy mikrotom rotacyjny SLEE CUTE 6062 z torem wodnym z następującymi parametrami:*

*Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy mikrotomu (...)*

Natomiast w karcie katalogowej w dwóch miejscach zostało wskazane, że oferowane urządzenie posiada panel z możliwością wyjęcia z obudowy tj.:

- na str. 1 w części pn. *Najważniejsze funkcje* wskazano, że *Panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy (opcja)*;
- na str. 3 w części pn. *Informacje i funkcje dodatkowe* wskazano: *Panel sterujący: Możliwość wyjęcia panelu sterującego z obudowy.*

Ponadto w dniu 18 września 2019 r., w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, przystępujący do pisma z wyjaśnieniami załączył m. in. wyciąg z instrukcji obsługi mikrotomu CUT 6062, zgodnie z którym: *Panel sterowania może być umieszczony w obudowie mikrotomu w gnieździe widocznym na rys. 10A i 10B. Aby wyjąć panel z obudowy, należy wysunąć go do góry z gniazda.*

Ww. dokumenty w ocenie Izby korespondują i są zgodne z postanowieniami pkt 6.5.1.1 SIWZ, który określał jakie dokumenty miał złożyć wykonawca na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. W katalogu dokumentów wymienionych w ww. postanowieniu SIWZ zamawiający wymienił m. in. katalogi, karty charakterystyki, instrukcje lub wyciągi z instrukcji czy też oświadczenia producenta. Zaprezentowane powyżej dokumenty złożone przez przystępującego, zgodnie z dyspozycją SIWZ, pozwoliły zamawiającemu ocenę oferty przystępującego pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ. Izba uznała także, że z treści tych dokumentów wynikało, iż zaofertowane urządzenie posiadało jeden panel sterujący z możliwością wyjęcia z obudowy (co wynika jednoznacznie z karty katalogowej, wyciągu z instrukcji oraz oświadczenia producenta). Natomiast odwołujący w ocenie Izby nie podważył powyższej okoliczności. Nie doprowadziły do tego w ocenie Izby także dowody złożone przez odwołującego na rozprawie tj.: korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy pełnomocnikiem odwołującego, a producentem urządzenia oferowanego przez przystępującego z tłumaczeniem na język

polski, wydruk ze strony internetowej producenta urządzenia zaoferowanego przez przystępującego z tłumaczeniem na język polski, dodatkowe wydruki ze strony internetowej producenta urządzenia zaoferowanego przez przystępującego w wersji angielskiej, niemieckiej z tłumaczeniem na język polski oraz wyciąg z przepisów prawa niemieckiego dotyczących dopuszczania wyrobów medycznych do obrotu z tłumaczeniem na język polski. Jeśli chodzi o korespondencję za pomocą poczty elektronicznej pomiędzy pełnomocnikiem odwołującego, a producentem sprzętu zaoferowanego przez przystępującego to należy wskazać, że trudno się w niej doszukać konkretnych informacji. Producent odsyła w niej odwołującego do swojego dystrybutora, czyli do przystępującego i na tym właściwie ona się kończy, gdyż odwołujący nie zwrócił się do OPTA-TECH z żadnym pytaniem, a przynajmniej nie ma potwierdzenia takiej okoliczności w zebranej przez Izbę dokumentacji.

Przechodząc do wydruków ze strony internetowej producenta urządzenia zaoferowanego przez przystępującego należy wskazać, że strony internetowe producentów nie muszą być na bieżąco aktualizowane i przez to przedstawiać najbardziej aktualną ofertę oferowanych urządzeń, a także nie zawierają pełnej informacji o możliwościach konfiguracji oferowanego sprzętu. Potwierdzeniem tego w przedmiotowej sprawie jest zdaniem Izby to, że w wydruku przekazanym przez odwołującego w części dotyczącej akcesoriów pojawiło się określenie „więcej na zapytanie”, co oznacza, iż mogą istnieć inne zestawienia konfiguracyjne tego urządzenia, które nie są zawarte w materiałach dostępnych na stronie internetowej producenta.

Jeśli natomiast chodzi o zaprezentowany w tym dowodzie przez odwołującego wyciąg z przepisów prawa niemieckiego dotyczących dopuszczania wyrobów medycznych do obrotu z tłumaczeniem na język polski w ocenie Izby nie potwierdził on, że zaoferowany przez przystępującego sprzęt tj. mikrotom z panelem sterującym wyciąganym z obudowy w wyniku zastosowania uchwytu nie został dopuszczony do obrotu na terytorium Unii Europejskiej. Złożony przez odwołującego wyciąg stanowił zestawienie przepisów, natomiast odwołujący zdaniem Izby, nie udowodnił w jaki sposób, rzeczywiście przełożyły się one na stan faktyczny przedmiotowej sprawy. Tymczasem przystępujący w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w dniu 5 września 2019 r. złożył deklarację zgodności dla oferowanego urządzenia wraz z tłumaczeniem na język polski, co w zestawieniu z dowodami złożonymi przez odwołującego nie pozwoliło w uznaniu Izby na przyjęcie argumentacji tego ostatniego.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp racji bytu nie miał także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy OPTA-TECH z postępowania, choć w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w odniesieniu do możliwości dostarczenia zmodyfikowanej wersji



mikrotomu SLEE CUT 6062, choć w rzeczywistości urządzenie takie nie będzie mogło zostać dostarczone, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla części 12. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie opisanym w odwołaniu, należy uznać w swojej istocie za bezpośrednio związany z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp. Oddalenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i uznanie przez Izbę, iż oferta przystępującego była zgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego panelu sterującego do mikrotomu, musiała prowadzić także do oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ nie sposób uznać, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie zaoferowanego urządzenia.

Ustawodawca wskazał w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki:

- po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd;
- po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy;
- po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niespełnienie chociażby jednej z wymienionych powyżej przesłanek, prowadzi do niemożliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu. Izba uznała, - jak wskazano powyżej – iż przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie zaoferowanego urządzenia, zatem już pierwsza z powyżej wymienionych przesłanek nie została spełniona, co oznacza, że badanie spełnienia kolejnych przesłanek należy uznać, za bezcelowe, a sam zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp należy oddalić.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, Izba za własną przyjęła argumentację przystępującego zawartą w jego piśmie procesowym. Szczególnie należy zwrócić uwagę na przywołane przez przystępującego orzeczenie Izby z 27 grudnia 2017 r. o sygn. akt KIO 2653/17, w którym Izba powołała się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 lipca 2016 roku o sygn. III SA/Wa 1686/15. W ww. orzeczeniu Izby wskazano, że Wojewódzki Sąd Administracyjny w podanym powyżej wyroku *orzekł: „Jeżeli wyrób medyczny jest sprzedawany ze stawką 8%, to i z istoty swej sprzedaż wyposażenia wchodzącego w skład takiego wyrobu będzie objęta taką obniżoną stawką. Jest to jedna sprzedaż i jedno świadczenie. Preferencyjna stawka podatkowa dotyczy nie tylko wyrobów medycznych, ale i dodatkowego wyposażenia, które*

tworzy z nimi jedną całość”. W treści uzasadnienia wyjaśniał „w aspekcie stosowania stawki podatku VAT należy mieć na uwadze szerszą definicję wyrobu medycznego jaka wynika nie z brzmienia cytowanego art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, lecz z treści art. 132 tej ustawy, według którego ilekroć w przepisach odrębnych jest mowa o wyrobach medycznych, należy przez to rozumieć wyroby medyczne, aktywne wyroby medyczne do implantacji, wyroby medyczne do diagnostyki in vitro, wyposażenie wyrobów medycznych, wyposażenie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz systemy i zestawy zabiegowe złożone z wyrobów medycznych. Tym samym zakres rozumienia pojęcia „wyrób medyczny na gruncie innych ustaw obejmuje wszystkie grupy wyrobów wymienione w przepisie art. 132 ustawy o wyrobach medycznych, a nie wyłącznie wyroby sklasyfikowane w art. 2 ust 1 pkt 38 tejże ustawy. Skoro zatem brzmienie pozycji 105 załącznika nr 3 do ustawy o podatku VAT stanowiącym wykaz towarów i usług opodatkowanych preferencyjną stawką tego podatku obejmuje (bez względu na symbol PKWiU): „wyroby medyczne, rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium RP, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika” oznacza to, że klasyfikując produkty w tej pozycji załącznika, należy odnosić je do szerokiego pojęcia wyrobu medycznego z art. 132 ustawy o wyrobach medycznych, a konsekwencji jeśli dany produkt stanowi „wyposażenie wyrobu medycznego” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt. 33 ustawy o wyrobach medycznych, to dla celów podatku VAT winien być uznany jako „wyrób medyczny” zgodnie z regułami wykładni systemowej zewnętrznej”.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, polegające na tym iż wyposażenie wyrobu medycznego oraz usługa kompleksowa podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla świadczenia głównego, jaką jest dostawa urządzenia. Zatem powyższy wywód odwołującego, wskazujący na błąd w obliczeniu ceny nie jest zasadny. W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pk 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta zawiera błąd w obliczaniu ceny.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, iż zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie, zgodne z treścią SIWZ, wykorzystujące uchwyt, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, a sam uchwyt stanowi niezbędne wyposażenie dostarczanego urządzenia. W tym przypadku w świetle przedstawionego powyżej orzeczenia takie wyposażenie należy traktować jako wyposażenie wyrobu medycznego podlegające opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT.

Ponadto jak ustaliła Izba przystępujący w dniu 5 września 2019 r. tj. już w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, złożył deklarację zgodności dla oferowanego urządzenia – mikrotomu rotacyjnego CUT 6062.

Warto dodać, że zgodnie z pkt 6.5.1.3. SIWZ w zakresie części 12 zamówienia wykonawcy mieli złożyć deklaracje zgodności dla oferowanych urządzeń medycznych do diagnostyki in vitro. Jak wskazano powyżej przystępujący taką deklarację złożył, co w powiązaniu z innymi złożonymi przez przystępującego dokumentami (przede wszystkim: kartą katalogową urządzenia, wyciągiem z instrukcji oraz oświadczeniem producenta) oraz mając na uwadze zasadę rozkładu ciężaru dowodu, która w tym wypadku nakładała na odwołującego konieczność udowodnienia podnoszonych przez siebie twierdzeń, czego odwołujący w ocenie Izby nie uczynił, także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp został oddalony.

W wyniku oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów, Izba oddaliła jako bezzasadny także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ mając na uwadze rozstrzygnięcia dotyczące pozostałych zarzutów w stanie przedmiotowej sprawy nie można było uznać, aby zamawiający prowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę (600 zł, słownie: sześćset złotych) oraz uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw (68 zł, słownie: sześćdziesiąt osiem złotych), zgodnie ze spisem złożonym na rozprawie.

Izba nie zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie. Uszło uwadze przystępującego, że zgodnie z § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), Izba w razie oddalenia odwołania, zasądza koszty od odwołującego na rzecz zamawiającego, a nie na rzecz przystępującego. Koszty na rzecz przystępującego mogą być zasądzone jedynie w sytuacji, o której mowa w § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia tj., gdy zamawiający uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu, przystępujący wniesie sprzeciw

wobec takiego uwzględnienia, a odwołanie zostanie oddalone. Do takiej sytuacji nie doszło w rozpoznawanej sprawie, gdyż zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przewodniczący: .....