

WYROK

z dnia 8 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 5 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 maja 2021 roku przez **Telemedi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie** przy udziale **Comarch Healthcare Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego **Telemedi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Telemedi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania; kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego **Telemedi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2019 r. poz. 2019), 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

Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Najem pomiarowych samoobsługowych kiosków profilaktycznych przez Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia”, numer referencyjny: BAG-SZP.261.1.32.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 165-400284.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464), dalej jako „nowa ustawa Pzp”, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

W postępowaniu tym wykonawca Telemedi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 17 maja 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego oraz jej uzupełnienia pismem z 14 stycznia 2021 roku w zakresie certyfikacji zaoferowanego urządzenia, przez przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ z uwagi na brak certyfikacji zaoferowanego urządzenia jako całości, co skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaakceptowaniem i wyborem przez Zamawiającego oferty spółki Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie („Comarch”), która to przedstawiła w Postępowaniu certyfikaty odnoszące się wyłącznie do poszczególnych komponentów zaoferowanego urządzenia, bez certyfikacji tego urządzenia jako całości, co wprost stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości w toku prowadzonego postępowania,
- 2) zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp przed stwierdzeniem

rzekomego występowania przesłanek do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty Comarch jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) ponowną ocenę ofert złożonych w Postępowaniu i w ramach tej ponownej oceny oferty:
 - a) dokonanie ponownej oceny w zakresie zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ obowiązującej w Postępowaniu,
 - b) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w oparciu o obowiązujące w Postępowaniu kryteria oceny ofert,
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania, oraz dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania na okoliczności w nim wskazane,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp, jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Postępowanie zostało przeprowadzone wadliwie od strony formalnej, co uniemożliwia uzyskanie przez Odwołującego zamówienia w Postępowaniu i naraża Odwołującego na poniesienie szkody majątkowej z tego tytułu. Z tego względu dążeniem Odwołującego jest doprowadzenie ostatecznej oceny oferty Odwołującego, do pełnej zgodności z ustawą Pzp Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu tego odwołania.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i najem przez okres 24 miesięcy szesnastu nowych samoobsługowych kiosków pomiarowych (dalej: „Urządzenie”) wraz ze wszystkimi czynnościami niezbędnymi do uruchomienia urządzeń w miejscu wskazanym przez Zamawiającego oraz odpowiednim serwisem technicznym. Urządzenia te zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinny m.in. mieć formę samodzielnych, mobilnych kiosków, umożliwiać dostęp do nich osobom z niepełnosprawnością ruchową (korzystającym z wózków inwalidzkich) oraz przeprowadzać pomiary w zakresie wzrostu, masy ciała, BMI, składu ciała, czy ciśnienia tętniczego. Urządzenie powinno także pozwalać na samodzielne, bezproblemowe wykonanie pomiarów oraz uzyskanie ich wyników.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem XII ust. 2 SIWZ, jeżeli oferowane urządzenie nie jest wyrobem medycznym do oferty należy dołączyć certyfikaty lub inne pozwolenia właściwej urzędowej instytucji kontroli jakości dopuszczające stosowanie urządzeń na terytorium Polski, które odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Jeżeli natomiast oferowane urządzenie jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem zgodności CE do oferty należy dołączyć aktualne zgłoszenie rejestracji tj. Declaration of Conformity. W przypadku wyrobów medycznych zwiększonego ryzyka: klasa II B lub klasa III - należy dołączyć zgłoszenie do Rejestru Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (wymagane jest na etapie wprowadzania produktu do użytkowania, zatem Zamawiający wymaga tylko oświadczenia o ich rejestracji).

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, kryteria oceny ofert były następujące: cena (o wadze 70%) oraz czas usunięcia awarii (o wadze 30%). Do dnia składania ofert w Postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego 2 oferty - od Odwołującego oraz od Comarch.

Odwołujący przyznał, że w celu wypełnienia wymogu wynikającego w przywołanego postanowienia SIWZ, przedłożył dokumenty potwierdzające, iż zaoferowane Urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący załączył następujące dokumenty odnoszące się do poszczególnych elementów wchodzących w skład U rządu będącego przedmiotem zamówienia:

- deklaracja zgodności budki akustycznej Haco,
- certyfikat zgodności na szkło,
- certyfikat zgodności analizatora składu ciała,
- certyfikat zgodności ciśnieniomierza,
- certyfikację dla płyty melanitowej, szkła hartowanego, wagi, monitora pomiaru ciśnienia, urządzenia do terapii laserowej, sondy laserowej.

Odwołujący podkreślił, że dokumenty te zostały przedłożone przez Odwołującego, gdyż tylko takie dokumenty mogły być realnie uzyskane i złożone Zamawiającemu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Tylko takie dokumenty certyfikacyjne są zdaniem Odwołującego możliwe do uzyskania na rynku.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie badania oferty Odwołującego, Zamawiający powziął wątpliwości co do dokumentacji załączonej do oferty uznając, że z dokumentów tych nie wynikało, że zaoferowane Urządzenia spełniają wymagania wskazane w SIWZ. Odwołujący załączył certyfikaty na poszczególne elementy wchodzące w skład Urządzenia. Nie został jednak załączony certyfikat na zaoferowane Urządzenia jako jedno Urządzenie w całości. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia bądź złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Odwołujący argumentował, że udzielił stosownych wyjaśnień w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, przesyłając jednocześnie wszelkie niezbędne certyfikaty.

Zamawiający jednak wskazał, że w jego ocenie „załączone certyfikaty nie potwierdzały, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, załączone certyfikaty zostały wystawione tylko na jego części, nie zaś na całość urządzenia”. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z SIWZ.

W ocenie Odwołującego wypełnienie w całości wymogu Zamawiającego nie jest faktycznie możliwe, gdyż wymóg ten został opisany w sposób wadliwy. Na rynku nie występuje zdaniem Odwołującego możliwość przeprowadzenia certyfikacji urządzeń, które nie są produkowane standardowo, a jako produkty dedykowane dla danego odbiorcy, nabywającego je w odpowiednim specjalnie do tego celu wszczętym postępowaniu zamówieniowym. Wymóg ten jest zatem wymogiem niemożliwym do wypełnienia, co jednak nie może obciążać wykonawców, gdyż stanowi on o wadliwości SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący jest zdania, że spółka Comarch nie przedłożyła certyfikatów zgodnych z omawianym wymogiem SIWZ. Certyfikaty złożone przez Comarch dotyczą poszczególnych elementów oferowanego przedmiotu zamówienia, nie złożono natomiast certyfikatu dla całego Urzędu jako takiego. Przedłożone przez Comarch certyfikaty dotyczą:

- Rejestratora danych pacjenta
- Analizatora Holter,
- Oprogramowania do obrazowania i analizy EKG i CTG,
- Systemu monitorowania parametrów fizjologicznych pacjenta,
- Oprogramowania systemu monitorowania parametrów fizjologicznych pacjenta,
- Platformy do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji,
- Analizatora składu ciała,
- Ciśnieniomierza, oprogramowania do analizy ciśnienia krwi, elektrycznych termometrów,
- Zdalnej sprzedaży usług medycznych.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że dokumenty przedstawione przez Comarch nie odpowiadają wymaganiom SIWZ w tym zakresie. Tymczasem, pomimo występowania tej okoliczności, Zamawiający nie uznał, iż oferta Comarch jest niezgodna z SIWZ, jak miało to miejsce w przypadku oferty Odwołującego, i wybrał ofertę Comarch jako najkorzystniejszą, tym samym naruszając zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powziął również wątpliwości w trakcie badania oferty złożonej przez Comarch i wezwał tego wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy oferowane urządzenie posiada certyfikaty spełniające wymagania

Zamawiającego. Zamawiający wskazał przy tym, że koniecznym jest przedstawienie certyfikatów lub innych poświadczeń „w odniesieniu do Samoobsługowego Kiosku Profilaktycznego w kontekście urządzenia jako całości”. W odpowiedzi udzielonej pismem z 16 lutego 2021 r, Comarch wskazał, że „certyfikat o numerze rejestracyjnym HD 60127150 0001 i numerze raportu: 26300158 009 został wydany w odniesieniu do platformy oferowanej przez Spółkę (w przetargu o ww. znaku) jako całości (...)”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający te wyjaśnienia przyjął i wybrał ofertę Comarch jako najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego nie jest to działanie prawidłowe, gdyż przedłożone przez Comarch dokumenty nie potwierdzają zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, a udzielone w tym zakresie wyjaśnienia, w ocenie Odwołującego, nie odzwierciedlają realnej treści omawianego certyfikatu. W tym zakresie Odwołujący przywołał wnioski wynikające z opinii eksperta ds. wyrobów medycznych, która również załączył do odwołania, tj.:

- a) nie można stwierdzić jednoznacznie, że przedstawiony certyfikat HD 60127150 0001 odpowiada na zapytanie zawarte w wezwaniu do wyjaśnienia, gdyż nie potwierdza on, że „urządzenie”, tj. Samoobsługowy Kiosk Profilaktyczny, będące wyrobem medycznym, objęte jest tym certyfikatem jako całość, co stanowi wymaganie Zamawiającego,
- b) certyfikat HD 60127150 0001, w załączniku określa Platformę do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji jako przedmiot certyfikacji, a nie całość urządzenia, jako Samoobsługowy Kiosk Profilaktyczny (w domyśle - określony przez Comarch Punkt Diagnostyczny Comarch),
- c) certyfikat HD 60127150 0001 nie określa Platformy Punktu Diagnostycznego Comarch jako przedmiotu certyfikacji,
- d) jeśli nawet uznać, że Platforma do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji (objęta certyfikatem HD 60127150 0001), jest Platformą Punktu Diagnostycznego Comarch, to nie jest (ta platforma) Punktem Diagnostycznym Comarch (w domyśle Samoobsługowym Kioskiem Profilaktycznym, stanowiącym przedmiot Postępowania),
- e) ze względu na brak przedstawionej pełnej dokumentacji wyrobu medycznego i biorąc pod uwagę przedstawione dokumenty, Platforma do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji, jest w rzeczywistości zapewne oprogramowaniem integrującym elementy Punktu Diagnostycznego Comarch, ale nie jest całością urządzenia, będącego wyrobem medycznym,
- f) ze względu na brak przedstawionej pełnej dokumentacji wyrobu medycznego i biorąc pod uwagę przedstawione dokumenty, Platforma do badań i analizy fizjologicznych

parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji (jako oprogramowanie), nie zawiera elementów budowy fizycznej konstrukcji Samoobsługowego Kiosku Profilaktycznego, więc nie można uznać certyfikatu HD 60127150 0001 za certyfikat całości wyrobu medycznego w postaci Samoobsługowego Kiosku Profilaktycznego.

W ocenie Odwołującego w postępowaniu doszło również do naruszenia przez Zamawiającego zasad postępowania. Zamawiający w odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na brak certyfikacji „na zaoferowane urządzenie jako jedno urządzenie w całości”. Jednocześnie drugi z wykonawców również takiej certyfikacji Zamawiającemu nie przedstawił. W przypadku jednak oferty wykonawcy Comarch, nie tylko nie została ona odrzucona przez Zamawiającego jako niezgodna z SIWZ, ale została wybrana jako najkorzystniejsza. Sposób prowadzenia przez Zamawiającego oceny ofert w Postępowaniu zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty narusza fundamentalne zasady obowiązujące Zamawiającego tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

Zdaniem Odwołującego, w dwóch tożsamyh sytuacjach, w której znaleźli się Odwołujący i Comarch, Zamawiający podjął całkowicie rozbieżne i skrajnie odmienne decyzje. Mimo, że oba te podmioty znalazły się w tej samej sytuacji faktycznej i złożyły ofertę, w której kluczowy jej aspekt dotyczący certyfikacji został potraktowany tak samo, to jedna z tych ofert została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na rzekomą sprzeczność z SIWZ, druga z kolei została wybrana jako rzekomo najkorzystniejsza w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego pokazuje to w sposób jaskrawy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, w ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była przedwczesna i dokonana bez dostatecznych podstaw. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia w przyszłości, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Odrzucenie oferty, a także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą, może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność z treścią SIWZ będzie niewątpliwa. Zasadą powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu. Wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy.

W ocenie Odwołującego w postępowaniu niewątpliwie doszło do sytuacji, w której postanowienia SIWZ są niejasne i dwuznaczne, gdyż zawierają wymóg przedłożenia

dokumentu potwierdzającego certyfikację urządzenia, które jest budowane na potrzeby danego zamawiającego i konkretnego zamówienia. Tymczasem urządzenia takie w praktyce rynkowej nie podlegają certyfikacji, tak jak miałyby to miejsce w przypadku gotowych produktów „z półki”. Oznacza to, iż wymóg Zamawiającego nie był realnie możliwy do spełnienia przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym treść oświadczenia woli składanego w ofercie należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się w złożeniu oferty i realizacji zamówienia na warunkach zgodnych z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże w przypadku wystąpienia niezgodności w treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia kluczową sprawą jest możliwość ustalenia treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, w sposób nienaruszający zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w danym postępowaniu. Zazwyczaj popełnienie takich nieprawidłowości nie jest skutkiem zamierzonego działania wykonawcy, jednakże ich sposób poprawienia musi być oczywisty - niebudzący obiektywnie wątpliwości.

Ponadto Odwołujący wskazał powołując się na orzecznictwo KIO, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale chodzi tu o tzw. niezgodność merytoryczną z merytorycznymi wymaganiami specyfikacji - głównie w zakresie niezgodności z przedmiotem zamówienia, wymogami przyszłej umowy, czy też zakresem zobowiązania wynikającym z treści oferty. Odwołujący podkreślił, że przed ewentualnym podjęciem decyzji w zakresie odrzucenia oferty powinna zostać ona wyjaśniona.

19 maja 2021 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Comarch Healthcare spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: Przystępujący).

Pismem z 2 lipca 2021 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

W piśmie z 5 lipca 2021 r. Przystępujący złożył swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego:

- 1) opinię z 11 maja 2021 r. załączoną do odwołania,
- 2) korespondencję e-mail z podmiotami zajmującymi się certyfikacją złożoną na rozprawie.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z treści SWZ, rozdział XII „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 7: „Elektroniczna oferta musi zawierać następujące dokumenty: jeżeli oferowane urządzenie nie jest wyrobem medycznym należy dołączyć certyfikaty lub inne pozwolenia właściwej urzędowej instytucji kontroli jakości dopuszczające stosowanie urządzeń na terytorium Polski, które odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Jeżeli oferowane urządzenie jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem zgodności CE należy dołączyć aktualne zgłoszenie rejestracji tj. Declaration of Conformity. W przypadku wyrobów medycznych zwiększonego ryzyka: klasa II B lub klasa III – należy dołączyć zgłoszenie do Rejestru Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wymagane jest na etapie wprowadzania produktu do użytkowania, zatem Zamawiający wymaga tylko oświadczenia o ich rejestracji.”

Udzielając odpowiedzi na pytanie do SIWZ, pismem z 19 października 2021 r., Zamawiający na następujące pytanie udzielił następującej odpowiedzi:

„Pytanie nr 21 Dotyczy: Załącznika nr 1 do Specyfikacji:

Część 1.1. Wymagania funkcjonalne, WF-8

Jeżeli oferowane urządzenie nie jest wyrobem medycznym należy dołączyć certyfikaty lub inne

pozwolenia właściwej urzędowej instytucji kontroli jakości dopuszczające stosowanie urządzeń na terytorium Polski, które odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Jeżeli oferowane urządzenie jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem zgodności CE, należy dołączyć aktualne zgłoszenie rejestracji tj. Declaration of Conformity. W przypadku wyrobów medycznych zwiększonego ryzyka: klasa II B lub klasa III – należy dołączyć zgłoszenie do Rejestru Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wymagane jest na etapie wprowadzania produktu do użytkowania, zatem Zamawiający wymaga tylko oświadczenia o ich rejestracji.

Czy konieczność posiadania certyfikatów lub innych pozwoleń odnosi się do poszczególnych sensorów pomiarowych (np. ciśnieniomierz, waga), czy do "kiosku" jako integralnej całości stanowiącego przedmiot zamówienia. Jeżeli do całego "kiosku" to co zamawiający rozumie przez stwierdzenie certyfikaty lub inne pozwolenia właściwej urzędowej instytucji kontroli jakości dopuszczające stosowanie urządzeń na terytorium Polski - jakie certyfikaty lub pozwolenia, jaka instytucja i jakie normy?

Odpowiedź na pytanie 21

Zamawiający przewiduje konieczność przedstawienia certyfikatów lub innych poświadczeń w odniesieniu do Samoobsługowego Kiosku Profilaktycznego w kontekście urządzenia jako całości."

Ponadto Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do SIWZ znajduje się następujące postanowienie: „WF-8 Jeżeli oferowane urządzenie nie jest wyrobem medycznym należy dołączyć certyfikaty lub inne pozwolenia właściwej urzędowej instytucji kontroli jakości dopuszczające stosowanie urządzeń na terytorium Polski, które odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Jeżeli oferowane urządzenie jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem zgodności CE, należy dołączyć aktualne zgłoszenie rejestracji tj. Declaration of Conformity. W przypadku wyrobów medycznych zwiększonego ryzyka: klasa II B lub klasa III – należy dołączyć zgłoszenie do Rejestru Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wymagane jest na etapie.”

Pismem z 11 stycznia 2021 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego w Specyfikacji w Rozdziale XII pkt 2 ppkt. 7 oraz Opisem przedmiotu zamówienia - załącznikiem nr 1 do Specyfikacji, wykonawca został też wezwany do uzupełnienia bądź złożenia wyjaśnień iż urządzenie w zależności czy urządzenie jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem zgodności CE czy nie jest urządzeniem medycznym posiada certyfikaty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W odpowiedzi z 14 stycznia 2021 r., Odwołujący przekazał certyfikaty wraz z tłumaczeniem „na zaoferowane urządzenie i elementy wchodzące w jego skład”.

W toku badania i oceny oferty Zamawiający ustalił, że żaden z przedłożonych przez Odwołującego certyfikatów nie dotyczy urządzenia jako całości, lecz poszczególnych jego

części składowych. W związku z powyższym, 5 maja 2021 r., poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, że pismem z 11 lutego 2021 r., Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia załączonych do oferty certyfikatów, w tym do wyjaśnienia czy urządzenie posiada certyfikaty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W odpowiedzi z 16 lutego 2021 r., Przystępujący wyjaśnił, że wraz z ofertą przedstawił Zamawiającemu certyfikat na całe urządzenie. Przystępujący powołał się w tym zakresie na certyfikat nr HD 60127150 0001 i nr raportu 26300158, wskazując na pozycję „wyroby objęte” ostatni tiret „Platforma do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji”. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że z ostrożności dołączył do oferty również inne, dodatkowe certyfikaty.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

Jest między Stronami i Uczestnikiem postępowania bezsporne, że Odwołujący nie załączył zarówno wraz z ofertą, jak i w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp certyfikatu obejmującego swoją treścią oferowane urządzenie jako całość, a nie tylko jego poszczególne elementy (komponenty). Jest także okolicznością

bezporną między Stronami i Przystępującym, że Zamawiający takiego certyfikatu w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagał i wobec tego należało taki dokument wraz z ofertą przedstawić. Odwołujący kwestionował po pierwsze samą możliwość zadośćuczynienia omawianemu wymogowi SIWZ w zakresie przedstawienia spornego certyfikatu jak i kwestionował również to, że certyfikat, na który powołuje się Przystępujący, spełnia wymaganie w zakresie przedstawienia certyfikatów lub innych poświadczeń w odniesieniu do urzędnika jako całości.

W ocenie składu orzekającego, w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania, czynności Zamawiającego w ramach badania i oceny ofert zarówno w zakresie oferty Odwołującego jak i oferty Przystępującego, były prawidłowe.

Jak wskazano wyżej, nie ma sporu co do tego, że Odwołujący nie dysponuje certyfikatem obejmującym całe zaoferowane przez Odwołującego urządzenie. Choć Odwołujący nie przyznał tego wprost, nie ma wątpliwości co do tego, że Odwołujący ani wraz z ofertą, ani w odpowiedzi na wystosowane do niego wezwanie, nie przedstawił takiego certyfikatu. Ponadto, w ocenie Izby Odwołujący pośrednio przyznał, że takim certyfikatem nie dysponuje prezentując w treści odwołania stanowisko, zgodnie z którym „wypełnienie w całości wymogu Zamawiającego nie jest faktycznie możliwe, gdyż wymóg ten został opisany w sposób wadliwy. Na rynku nie występuje bowiem możliwość przeprowadzenia certyfikacji urzędzeń (...) wymóg ten nie jest zatem wymogiem możliwym do spełnienia (...)” W tym zakresie Izba oceniła, że kwestionując opisane wymaganie SIWZ dotyczące certyfikacji oferowanego urządzenia, Odwołujący zmierza do podważenia postanowień SIWZ co na obecnym etapie postępowania jest spóźnione, bowiem ustawa Pzp przewiduje możliwość zaskarżenia postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a także poszczególnych czynności Zamawiającego, w stosownych terminach wskazanych w treści art. 515 nowej ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia i SIWZ, a także wobec wyjaśnień treści SIWZ z 19 listopada 2020 r., już upłynął.

Ponadto Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego w zakresie w jakim odnoszą się do kwestionowanego wymogu złożenia certyfikatu dotyczącego oferowanego urządzenia jako całości nie zostały przez Odwołującego udowodnione ani nawet uprawdopodobnione. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp spoczywa ciężar dowodu, nie sprostął obowiązkowi wykazania zasadności podniesionych w odwołaniu twierdzeń i zarzutów. W zakresie w jakim Odwołujący podnosił, że kwestionowany wymóg jest niemożliwy do spełnienia Odwołujący przedstawił korespondencję email z instytucjami certyfikującymi, od których otrzymał odpowiedzi odmowne co do możliwości wydania takiego certyfikatu. Podkreślić należy, że powodem wszystkich odpowiedzi odmownych była okoliczność, że podmioty, do których z zapytaniem zwrócił się Odwołujący i których odpowiedzi przedstawił, nie prowadziły działalności w zakresie certyfikacji tego rodzaju

urządzeń, w tym wyrobów medycznych. Tym samym Odwołujący nie przedstawił żadnej odpowiedzi od podmiotów uprawnionych do takiej certyfikacji, z której wynikałoby, że nie jest możliwe wydanie certyfikatu wymaganego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, iż obiektywnie nie jest możliwe spełnienie wymogu w zakresie przedstawienia certyfikatu na całe urządzenie, wobec czego czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego uznać należało za prawidłową.

Podobnie sytuacja wygląda co do zarzutu błędnej oceny certyfikatu przedstawionego wraz z ofertą przez Przystępującego. W tym zakresie Odwołujący również nie sprostał ciężącemu na nim zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp ciężarowi dowodu. Z przedstawionej korespondencji z instytucjami certyfikującymi nie wynika żeby Odwołujący uzyskał od TÜVRheinland informację, że instytucja ta nie certyfikuje urządzeń będących przedmiotem oferty Przystępującego. Okoliczności, że kwestionowany przez odwołującego certyfikat nie obejmuje urządzenia jako całości nie potwierdza również opinia z 11 maja 2021 r., załączona jako dowód do odwołania. Izba wskazuje, że dowód ten został zakwalifikowany przez Izbę jako opinia prywatna, a wyrażone w niej stanowisko, jako stanowisko własne Odwołującego. Ponadto opinia ta zawiera subiektywny pogląd Autora, który podkreślił, że wydał ją nie dysponując pełną dokumentacją wyrobu medycznego, po drugie źródłem jego wątpliwości była rozbieżność zaistniała w nazewnictwie urządzenia. Ta ostatnia kwestia została wyjaśniona przez Przystępującego podczas rozprawy, gdzie Przystępujący wskazał, że urządzenie o nazwie „Platforma do badań i analizy fizjologicznych parametrów życiowych pacjenta z funkcjami wsparcia decyzji”, którego dotyczy certyfikat oraz urządzenie wskazane w treści formularza ofertowego Przystępującego o nazwie „Comarch Punkt Diagnostyczny”, to jedno i to samo urządzenie, którego nazwa nie została ujednolicona. Izba nie znalazła powodów aby nie dać wiary takiemu wyjaśnieniu, w szczególności przy braku przedstawienia przez Odwołującego dowodu przeciwnego. Nie bez znaczenia jest również całokształt okoliczności tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym występuje generalna rozbieżność w nazewnictwie przedmiotu zamówienia, bowiem innej nazwy na jego określenie używa Zamawiający (Samoobsługowy Kiosk Profilaktyczny), innych nazw w treści oferty i certyfikatu używa Przystępujący, Odwołujący natomiast w formularzu oferty w ogóle nie uzupełnił nazwy urządzenia ani jego producenta.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła powodu do unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz innych czynności z niej wynikających podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku z § 2 ust 1 pkt 2) oraz § 5 pkt 1) i pkt 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: