

Sygn. akt: KIO 2481/19

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Becton Dickinson Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawa pomp Infuzyjnych, stacji dokujących, stojaków i urządzeń peryferyjnych przeznaczonych do Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/ S 118-289047 z dnia 21/06/2019

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Aesculap Chifa sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu została przekazana przez Zamawiającego wykonawcom w dniu 26 listopada 2019 r.

Wykonawca: Becton Dickinson Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Aesculap Chifa sp. z o.o. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wadliwe dokonanie oceny i badania oferty firmy Aesculap Chifa sp. z o.o., która winna zostać odrzucona,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aesculap Chifa sp. z o.o. której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co ma doprowadzić do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Aesculap Chifa sp. z o.o. i odrzucenia oferty ww. wykonawcy wraz z akcesoryjnym żądaniem oceny postępowania wykonawcy Aesculap Chifa Sp. z o.o., jako wypełniającego przesłanki wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16, pkt. 17 Pzp.

Odwołujący podniósł, że działania Zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu ofert, wyborze oferty wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona, mają decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu w kolejnym postępowaniu realnych szans w ubieganiu się

o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Odwołujący wyjaśnił, że ma interes prawny w domaganiu się odrzucenia oferty ww. wykonawcy, gdyż odrzucenie oferty ma charakter obligatoryjny i w każdym przypadku, gdy spełnione są przesłanki tej instytucji, oferta taka winna być odrzucona. Zatem interesem Odwołującego jest doprowadzenie do stanu, w którym Zamawiający przywróci niniejszy przetarg do zgodności z prawem.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż fakt, że jego oferta została odrzucona w oparciu o wyrok KIO o sygnaturze KIO 1808/19 z dnia 9 października 2019 r. nie odbiera mu interesu do wniesienia i popierania niniejszego odwołania, albowiem ochrona interesu prawnego polega także na możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne w kolejnej procedurze, którą Zamawiający będzie musiał przeprowadzić niezwłocznie po wynikowym unieważnieniu tego postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp), gdyż wszczęcie takiego postępowania wynika z żywo interesów publicznych Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. Akt V Ca 2506/07 "Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielania zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej".

Odwołujący przedstawił zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o.:

- I. Zarzut niespełnienia punktów 8, 58, 112 opisu przedmiotu zamówienia: „Wymiana akumulatora przez Użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu”.

Wykonawca Aesculap Chifa potwierdził w ofercie spełnienie ww. wymogu. W instrukcjach obsługi Perfusor Space (Załącznik nr 5 do odwołania Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja M oraz Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja N - oferta Aesculap Chifa w poprzednim postępowaniu) i Infusomat Space (Załącznik nr 6 do odwołania - Wyciąg z instrukcji Infusomat Space oprogramowanie wersja N oraz Wyciąg z instrukcji Infusomat Space oprogramowanie wersja N - oferta Aesculap Chifa poprzednie postępowanie) producent pomp zaoferowanych przez wykonawcę Aesculap Chifa zamieścił instrukcje wymiany akumulatora:

„Pokrywa przedziału akumulatora. Przed wymianą akumulatora zawsze odłączyć pompę od pacjenta i wyłączyć urządzenie. By zdjąć pokrywę akumulatora nacisnąć przycisk poniżej przedziału akumulatora za pomocą ostro zakończzonego długopisu i ściągnąć pokrywę z urządzenia. Przesunąć do góry zielony mechanizm blokujący na tylnej części akumulatora i wyjąć pakiet akumulatorów do wymiany.” (Załącznik nr 5 do odwołania).

„Pokrywa przedziału akumulatora. Przed wymianą akumulatora zawsze odłączyć pompę od pacjenta i wyłączyć urządzenie. By zdjąć pokrywę akumulatora nacisnąć przycisk poniżej przedziału akumulatora za pomocą ostro zakończzonego długopisu i ściągnąć pokrywę z

urządzenia. Przesunąć do góry zielony mechanizm blokujący na tylnej części akumulatora i wyjąć pakiet akumulatorów do wymiany. Korbka służąca do otwierania drzwiczek pompy w nagłym przypadku jest przymocowana do wewnętrznej strony pokrywy przedziału akumulatora (dokładniejsze informacje, patrz punkt 1 A).” (Załącznik nr 6 do odwołania).

Jak ustalił Odwołujący, pompy oferowane przez Aesculap Chifa w ramach obecnego postępowania są tymi samymi urządzeniami, które były oferowane przez ww. wykonawcę w poprzednim, unieważnionym przetargu prowadzonym przez Zamawiającego (dostawa pomp infuzyjnych, stacji dokujących, stojaków i urządzeń peryferyjnych przeznaczonych do Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu), w którym Aesculap Chifa przedłożył Zamawiającemu wyciąg z instrukcji, na którą się powołuje Odwołujący w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że dostępne są na rynku pompy oferowane przez Aesculap Chifa w wersji M oraz w wersji N (wersje te różnią się wersją oprogramowania). Obie wersje instrukcji: Wersja M oraz Wersja N, są co do merytoryki treści takie same i nie są ze sobą sprzeczne.

W poprzednim postępowaniu parametr, którego dotyczy niniejszy zarzut nieznacznie różnił się, gdyż Zamawiający wówczas wymagał, aby do wymiany akumulatora nie było konieczne użycie specjalnych narzędzi. Wówczas, Aesculap Chifa dołączył instrukcję (Załącznik nr 5 oraz 6 do odwołania Wyciąg z instrukcji Perfusor i Infusomat Space).

W tym postępowaniu Aesculap Chifa przedłożył wyłącznie oświadczenie producenta, w którym lakonicznie stwierdzono, iż wszystkie parametry techniczne (ok 400 parametrów) są spełnione, co w sposób oczywisty pozostaje w sprzeczności z dokumentacją producenta oraz interpretacją parametru przez samego wykonawcę Aesculap Chifa.

Zaoferowane przez Aesculap Chifa pompy nie spełniają parametrów granicznych określonych w pozycji 8, 58, 112 Załącznika nr 1a do SIWZ, ponieważ występuje konieczność użycia narzędzi przy wymianie akumulatora.

Zamawiający w pozycji 8, 58, 112 opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1a do SIWZ) określił w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i szczegółowo identyczne wymagania (parametry graniczne) dla pomp strzykawkowych i dla pomp objętościowych o następującej treści: „Wymiana akumulatora przez użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu.”

Pompy strzykawkowe Perfusor Space oraz pompy objętościowe Infusomat Space zaoferowane przez Aesculap Chifa w oczywisty sposób nie spełniają tego wymagania granicznego. Z instrukcji obsługi pomp strzykawkowych — Perfusor Space (informacje ogólne strona 3 stanowiącej Załącznik nr 5 do odwołania) jednoznacznie wynika, że wymiana akumulatora w tych pompach wymaga użycia narzędzia w postaci, co najmniej ostro

zakończonego długopisu celem otwarcia pokrywy akumulatora. Również dla pomp objętościowych z instrukcji obsługi zaoferowanych przez Aesculap Chifa pomp objętościowych — Infusomat Space (informacje ogólne strona 3 stanowiącej Załącznik nr 6 do odwołania) jednoznacznie wynika, że wymiana akumulatora w tych pompach wymaga użycia narzędzia w postaci, co najmniej ostro zakończonego długopisu celem otwarcia pokrywy akumulatora.

Odwołujący wskazał, że parametry określone w pozycjach 8, 58, 112 OPZ zostały opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc zgodnie z dyrektywami zawartymi w artyku 29 ust. 1 Pzp. W toku postępowania nie zostały zgłoszone żadne wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczące tych pozycji. Sposób spełnienia tych wymagań nie budził zatem wątpliwości wykonawcy Aesculap Chifa i powinien odpowiadać literalnemu, kategorycznemu sformułowaniu przywołanych pozycji Załącznika nr 1a do SIWZ, to jest poprzez zaoferowanie pomp, w których cały proces wymiany akumulatora przeprowadzany jest przez personel medyczny (użytkownika) bez użycia jakichkolwiek narzędzi, a urządzenie jest gotowe od razu do pracy. Odwołujący zauważył, że gdyby w odniesieniu do pomp Zamawiający dopuścił wymianę akumulatora przy użyciu choćby prostych narzędzi, to nie różnicowałby analogicznych wymagań dla wymiany akumulatora w innych urządzeniach o mniejszym znaczeniu klinicznym (odpowiednio punkty 193 i 224 Załącznika nr 1a do SIWZ).

Na poparcie Odwołujący przytoczył argumentację KIO zawartą w wyroku 1808/19 z dnia 9 października 2019 r. jednoznacznie wskazujące na fakt, że Zamawiający wymagał, aby nie używano żadnych narzędzi w celu wymiany akumulatora. Naruszeniem zasady równego traktowania, w ocenie Odwołującego, jest uznanie oferty Aesculap Chifa za spełniającą parametr w zakresie beznarzędziowej wymiany akumulatora oraz nieuznanie tego parametru, w następstwie odrzucenie oferty Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. na skutek przywołanego wyroku KIO (mimo, że sama wymiana akumulatora jest beznarzędziowa, a zdjęcie pokrywy wymaga prostego narzędzia, co do tego faktu każda ze stron postępowania odwoławczego była zgodna). Dyskryminującym w opisanym stanie faktycznym jest fakt, iż Zamawiający wybrał ofertę Aesculap Chifa gdzie, do wymiany akumulatora w obu rodzajach pomp trzeba, postępując zgodnie z instrukcją, użyć narzędzia w postaci, co najmniej ostro zakończonego długopisu (szpikulca).

Powyższe oznacza rażące złamanie zasady równości i przyłożenie innej miary do oferty Odwołującego i oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o.

- II. Zarzut dotyczący niespełnienia punktów 18, 67 opisu przedmiotu zamówienia:  
„Zakres szybkości przepływu w zakresie nie mniejszym niż 0,1-1200 ml/h dla strzykawkki 50 ml.”

Wykonawca Aesculap Chifa potwierdził w ofercie (poz.18) „Tak, zakres szybkości przepływu w zakresie 0,1-1800 ml/h dla strzykawki 50 ml.”

W instrukcji obsługi oferowanych przez Aesculap Chifa pomp strzykawkowych Perfusor Space — Dane Techniczne strona 77 (Załącznik nr 7 do odwołania — Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja M oraz Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja N - oferta Aesculap Chifa poprzednie postępowanie) zakres prędkości infuzji dla strzykawki 50/60 ml wynosi 0,01 — 999,9 ml/h. Zatem wymagany parametr graniczny prędkości infuzji do 1200 ml/h nie jest spełniony, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Aesculap Chifa. Podany przez Aesculap Chifa zakres szybkości przepływu 0,1-1800 ml/h dla strzykawki 50 ml dotyczy jedynie prędkości podania leku w trybie pracy bolus — czyli w trybie pracy podania dodatkowej dawki uderzeniowej leku. Szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące trybu bolus, określają natomiast inne punkty Załącznika nr 1a do SIWZ (24-26). Powyższe wskazuje, iż Aesculap Chifa, celem wykazania, że spełnia niniejszy parametr podał dane z innej funkcji pompy, dla której Zamawiający celowo określił odrębne wymagania.

III. Zarzut dotyczący niespełnienia pkt 81 opisu przedmiotu zamówienia: „Bezpośredni pomiar ciśnienia w linii infuzyjnej (z użyciem lub bez użycia specjalnych drenów)”

Wykonawca Aesculap Chifa potwierdził w ofercie: „Bezpośredni pomiar ciśnienia w linii infuzyjnej (bez użycia specjalnych drenów) pomiar (między strzykawką a pacjentem) z dokładnością co 1 mmHg w zakresie 1-1000 mmHg.”

Potwierdzenie tego parametru jest niezgodne ze stanem faktycznym. Pompy strzykawkowe Aesculap Chifa model Perfusor Space nie mają możliwości bezpośredniego pomiaru ciśnienia w linii infuzyjnej w zakresie 1-1000 mmHg z dokładnością co 1 mmHg. Instrukcja producenta (Załącznik nr 8 do odwołania - Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja M oraz Wyciąg z instrukcji Perfusor Space oprogramowanie wersja N - oferta Aesculap Chifa poprzednie postępowanie) podaje szczegółowy zakres ciśnienia alarmu okluzji — 9 poziomów (1-9) 0,1 do 1,2 bara (75 mmHg- 900 mmHg). Dodatkowo, jeżeli są potrzebne poziomy ciśnienia okluzji niższe niż poziom 1, można je aktywować za pomocą narzędzia serwisowego, a edytor dla tych wartości poniżej ciśnienia poziomu 1 (75 mmHg) może być maksymalnie wydłużony o 3 kreski. Korzystanie z rozszerzonych o 3 standardowych 9 poziomów ciśnienia okluzji nie zawiera się, tak, jak to potwierdził niezgodnie z prawdą wykonawca Aesculap Chifa, w zakresie 1-1000 mmHg i nie posiada rozdzielczości co 1 mmHg.

Sposób, w jaki wykonawca Aesculap Chifa sporządził ofertę w części dotyczącej wyżej wskazanego parametru jest na tyle rażący, że właściwym byłoby ewentualne rozważenie rygору wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16, pkt. 17. Niemniej z uwagi na fakt, że zamiarem Odwołującego jest wykazanie merytorycznej niezgodności treści oferty Aesculap Chifa z treścią SIWZ, żądanie wykluczenia pozostaje akcesoryjne wobec żądania odrzucenia oferty.

- IV. Zarzut niespełnienia punktu 14 z opisu przedmiotu zamówienia: Pkt. 14 (Warunki Gwarancji, Serwisu i Szkolenia) „Struktura serwisowa gwarantująca realizację wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji lub dokumentowana / uprawdopodobniona dokumentami możliwość gwarancji realizacji wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji należy podać wykaz serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń ( należy podać dane teleadresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy, posiadającego uprawnienia do tego typu działalności)“.

Wykonawca Aesculap Chifa podał w ofercie: „Tak, Struktura serwisowa gwarantująca realizację wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji lub udokumentowana / uprawdopodobniona dokumentami możliwość gwarancji realizacji wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji — należy podać wykaz serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń ( należy podać dane teleadresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy, posiadającego uprawnienia do tego typu działalności)“ (poz. 14).

Odwołujący podniósł, że brak spełnienia parametru granicznego powinien skutkować odrzuceniem oferty. Wykonawca Aesculap Chifa nie podał wykazu serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń (należy podać dane teleadresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy, posiadającego uprawnienia do tego typu działalności).

- V. Zarzut niespełnienia punktu 317 opisu przedmiotu zamówienia: Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenia spełniały wymóg zgodności z normami przywołanymi w tym punkcie opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Aesculap Chifa w dokumentacji technicznej zaoferowanych Stacji do pracy pomp w środowisku MRI powołuje się na zgodność z normę EN60601-1-2. Dokumentacja ta (Załącznik nr 9 do odwołania - Wyciąg z instrukcji SpaceStation MRI - oferta Aesculap Chifa poprzednie postępowanie) nie potwierdza zgodności z drugą z norm, tj. EN60601-1. Wykonawca Aesculap Chifa nie udowodnił, że oferowane przez niego Stacje są dla Zamawiającego bezpieczne i spełniają Normę EN60601-1, dotyczącą bezpieczeństwa podstawowego oraz funkcjonowania zasadniczego. Zamawiający wymagał zgodności z obiema normami, a nie tylko z jedną z nich, tym samym treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

- VI. Zarzut dotyczący potwierdzenia przez wykonawcę Aesculap Chifa wymogów technicznych zawartych w SIWZ - opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z wezwaniem wykonawcy Aesculap Chifa z dnia 15 listopada 2019 r. do wyjaśnienia treści złożonej oferty, wykonawca ten dwukrotnie składał oświadczenia mające



potwierdzić, że jego oferta i zaoferowany tam przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego. Pierwsze oświadczenie zostało złożone w wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 10 października 2019 r. na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający zakwestionował jego treść albowiem z jego treści nie wynikało, jakich parametrów dotyczy, a pozorne odniesienie do „wszystkich produktów” zostało ocenione, jako oświadczenie puste albowiem specyfikacja wymagała zaoferowania różnego asortymentu w tym oprogramowania. Wykonawca Aesculap Chifa nie zakwestionował tej decyzji, ale na sutek ww. wezwania złożył ponowne oświadczenie z dnia 18 listopada 2019 r.

Odwołujący sprzeciwił się uznaniu, że poprzez wezwanie do wyjaśnień, Zamawiający dał prawo dokonać zmiany/uzupełnienia treści oferty wykonawcy Aesculap Chifa. Powyższe wezwanie do wyjaśnień zostało wykorzystane jako obejście prawa, aby pod pretekstem „wyjaśnień” wykonawca Aesculap Chifa mógł złożyć nowy dokument o przeciwnej treści (potwierdzający). Sprzecznie z brzmieniem art. 87 ust. 1 Pzp, Zamawiający w ten sposób prowadził niedozwolone przez ustawę negocjacje dotyczące treści złożonej oferty, co stanowi naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji. Stanowi to niedozwoloną zmianę treści oferty, a rygorem tego winno być odrzucenie oferty.

Ponadto, nowe oświadczenie nie potwierdza, że przedmiot zamówienia spełniał postawione wymogi już w dniu składania ofert, albowiem datą składania i otwarcia ofert był dzień 29 lipca 2019 r., a oświadczenie jest z dnia 16 listopada 2019 r. zatem nie może być skuteczne do potwierdzenia okoliczności sprzed daty jego złożenia.

Odwołujący podniósł także brak wykazania, że osoby, które złożyły oświadczenie mogły to zrobić w imieniu producenta, gdyż nie dołączono do niego jakichkolwiek dokumentów, z których wynikałoby umocowanie. Z natury rzeczy zatem nie wywołuje ono skutku, jaki zamierzał osiągnąć poprzez jego złożenie wykonawca Aesculap Chifa.

#### VII. Wątpliwości związane ze sposobem potwierdzenia przez Aesculap Chifa spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Oprócz wyżej opisanej niezgodności oferty Aesculap Chifa z treścią SIWZ, zachodzą inne wątpliwości co do sposobu potwierdzania parametrów przez wykonawcę Aesculap Chifa.

Odnosnie punktu 199 z opisu przedmiotu zamówienia: „Dwustronna Komunikacja z pompami infuzyjnymi” wykonawca Aesculap Chifa wskazał: „Dwustronna Komunikacja z pompami infuzyjnymi”. Nie doszło w tym miejscu jednak do potwierdzenia parametru poprzez złożenie oświadczenia w postaci słowa TAK. Tym samym niniejsza okoliczność winna być, co najmniej wyjaśniona przez Zamawiającego, a treść oferty poprzez brak tego potwierdzenia może dowodzić jej niezgodności z treścią SIWZ.

Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty Aesculap Chifa wypływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Uznanie

oferty wykonawcy Aesculap Chifa jako ważnej, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie odrzucenia takiej oferty - stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp jest niedopuszczalne. Zaniechanie odrzucenia oferty Aesculap Chifa oznaczałoby także naruszenie dyscypliny finansów publicznych - art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tj. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1440 z późn. zm.).

Wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu zgłosił na posiedzeniu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o. Sp. k. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Tym samym odwołanie musi podlegać oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Izba ustaliła, że Odwołujący się wykonawca Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z dniem 29 listopada 2019 r. przestał być uczestnikiem prowadzonego postępowania na skutek ostatecznego odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, w wyniku wykonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty nakazanej przez KIO w wyroku o sygn. akt

KIO 1808/19 z dnia 9 października 2019 r. Powyższy wyrok KIO nie został zaskarżony przez Odwołującego do sądu okręgowego. Oferta odwołującego została zatem ostatecznie odrzucona, a tym samym czynność ta nie może być już kwestionowana przez wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej.

Odwołujący podnosił w odwołaniu i na rozprawie, że działania Zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu ofert oraz wyborze oferty złożonej przez Przystępującego, którego oferta winna zostać odrzucona, mają decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji, a zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu w kolejnym postępowaniu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Odwołujący wyjaśnił, że ma interes prawny w domaganiu się odrzucenia oferty ww. wykonawcy, gdyż interesem Odwołującego jest doprowadzenie do stanu, w którym Zamawiający przywróci niniejszy przetarg do zgodności z prawem. Z ostrożności Odwołujący wskazywał, że ochrona interesu prawnego wykonawcy polega także na możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne w kolejnej procedurze, którą Zamawiający będzie musiał przeprowadzić niezwłocznie po wynikowym unieważnieniu tego postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp), gdyż wszczęcie takiego postępowania wynika z żywośnych interesów publicznych Zamawiającego.

Izba zważyła, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis ten określa materialnoprawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania w postaci interesu oraz szkody, wynikającej z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, między którymi powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy (wyrok z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 88/14, KIO 93/14, oraz z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 66/18). Wymienione przesłanki podlegają obligatoryjnemu badaniu po skierowaniu odwołania na rozprawę (wyrok z dnia 11 września 2013 r., sygn. akt KIO 2037/13). Brak ich zaistnienia powoduje oddalenie odwołania, bez konieczności rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu (wyrok z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 10/11).

Na gruncie rozpatrywanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującym interesu w uzyskaniu zamówienia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania danego zamówienia. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz

takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż (...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy

*i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”*

Podkreślić należy, że w przywołanym powyżej orzeczeniu Sąd Okręgowy, upatrując potrzeby relatywnie szerokiego traktowania pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, nakazuje zrelatywizować powyższe przesłanki do rzeczywistej możliwości uzyskania przez wykonawcę danego zamówienia w przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania.

Wskazać również należy, że TSUE w wyroku w sprawie C-131/16 stwierdził, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, w sytuacji gdy wykonawca kwestionuje jednocześnie odrzucenie własnej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na kanwie orzecznictwa TSUE pojęcie „danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp powinno być wykładane z uwzględnieniem definicji „zamówienia publicznego” zawartej w art. 2 pkt 13 Pzp, a więc rozumiane jako odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, na roboty budowlane, dostawy czy usługi. Oznacza to, że dane zamówienie to dana umowa, a więc nie konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale zawarcie umowy na realizację określonego przedmiotu zamówienia. Dopóki umowa na określony przedmiot zamówienia nie została zawarta, a przedmiot tego zamówienia i warunki uzyskania zamówienia w sposób istotny nie zostały zmienione, to wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia. Pogląd, że wykonawca może dążyć do wyeliminowania innych wykonawców i unieważnienia postępowania w celu umożliwienia sobie startu w kolejnym postępowaniu, wyrażone zostało m.in. w orzeczeniach z: 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18, 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 74/18, 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 171/18, 5 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1227/18.

W ocenie Izby, wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp dokonywana powinna być w odniesieniu do stanowiska prezentowanego przez TSUE w orzeczeniach z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (*Fastweb*), z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligenica Facility Esco (PFE)*, z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (*Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*) i z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (*Archus et Gama*).

W przywołanych powyżej orzeczeniach TSUE wskazywał, że każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia innych ofert, co może

prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33 wyroku w sprawie C-100/12). Trybunał uznał również, że w sytuacji, gdy skarżone są jednocześnie wybór najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy kwestionującego ten wybór, każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Wywiódł, że, po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie (pkt 27 wyroku w sprawie C-689/13). Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jednak z zastrzeżeniem, że nie został ostatecznie wykluczony z danego postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 36 wyroku w sprawie C-355/15). W orzeczeniu TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich* przeciwko *Universität für Bodenkultur Wien, VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien*, na pytanie prejudycjalne o treści:

*„1) Czy, mając na względzie zasady sformułowane w wyroku [...] z dnia 4 lipca 2013 r. [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że oferentowi, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez instytucję zamawiającą i który w związku z tym nie jest [zgodnie z art. 2a dyrektywy 89/665] zainteresowanym oferentem, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia (decyzji o zawarciu umowy ramowej) i o zawarciu umowy (obejmującej wymagane na podstawie art. 2 ust. 7 dyrektywy prawo do przyznania odszkodowania), mimo że oferty złożyli tylko dwaj oferenci i oferta wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, powinna była, zgodnie z twierdzeniem niezainteresowanego oferenta [który wniósł to odwołanie], również zostać odrzucona?”*

Trybunał stwierdził w motywie 36 tego orzeczenia, że: *„W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.”*

Wskazać przy tym należy, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 znajduje ona zastosowanie wyłącznie do odwołań dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie 2004/18 i niewyłączonych z jej zakresu stosowania ma mocy jej

art. 10–18, natomiast zgodnie z brzmieniem art. 2a dyrektywy 89/665 w pkt 2, *„Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.”*

TSUE w motywie 33 ww. wyroku wskazał, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Z wyroków TSUE w sprawach C- 131/16, C-100/12, C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego de facto dąży Odwołujący w niniejszej sprawie. W przywołanych powyżej orzeczeniach skutek w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania stanowił swego rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, zarówno na gruncie przepisów krajowych, jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. KIO w wyroku z dnia 17 maja 2018 r., KIO 840/18).

W ocenie Izby, dodatkowo należy wskazać, że w świetle brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp, konieczne jest każdorazowo dokonanie oceny czy wykonawca dążący do unieważnienia postępowania wprost lub w konsekwencji odrzucenia oferty wybranej, jak w niniejszym postępowaniu, może mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia w sytuacji gdy nie zostało dowiedzione, że zamawiający ponowi zamówienie oraz że przedmiot i warunki zamówienia nie ulegną istotnym zmianom, a ponowione postępowanie zostanie przeprowadzone w trybie konkurencyjnym umożliwiającym udział odwołującego się wykonawcy. Podkreślić w tym miejscu trzeba konkretny charakter interesu w uzyskaniu zamówienia (umowy) oraz znaczenie odwołania jako środka ochrony prawnej, nakierowanego na ochronę interesów uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś interesu publicznego. Pogląd ten został wyrażony w orzeczeniach z 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 840/18 i z 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1609/18.

Wobec powyższego, brak wykazania przez Odwołującego w niniejszej sprawie okoliczności uprawdopodobniających powtórzenie postępowania na ten sam przedmiot zamówienia oraz na tych samych warunkach należy ocenić w kontekście braku wykazania okoliczności o istotnym znaczeniu przy badaniu wykazania przez Odwołującego interesu w

kwestionowaniu oferty Przystępującego, a w konsekwencji dążeniu do unieważnienia postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego - zawarcia umowy na konkretny przedmiot zamówienia, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej jest wykonawca ostatecznie wyeliminowany z postępowania, tj. ostatecznie wykluczony lub taki, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że Odwołujący, którego oferta została ostatecznie odrzucona nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie poniósł i nie ma możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wnosząc w tym postępowaniu odwołanie wobec czynności wyboru oferty Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....