Sygn. akt KIO 435/19

WYROK
z dnia 26 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: ..... Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2019 r. przez wykonawcę: **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze**
przy udziale wykonawcy: **3M Poland Sp. z o.o., Al. Katowicka 117 Kajetany, 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności:
– wyboru oferty najkorzystniejszej,
– odrzucenia oferty Odwołującego,
2) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: 3M Poland Sp. z o.o., Al. Katowicka 117 Kajetany, 05-830 Nadarzyn, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy: 3M Poland Sp. z o.o., Al. Katowicka 117 Kajetany, 05-830 Nadarzynna rzecz wykonawcy: SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące równowartość kwoty wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 435/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca z siedzibą w Zabrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa strzygarek chirurgicznych oraz ostrzy do strzygarek chirurgicznych", numer referencyjny - znak: 132/EZP/18, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp".
Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (144 000 euro).
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 501141-N-2019 z dnia 2019-01-07 r.

Odwołujący –- SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibąw Łodzi – wniósł w dniu 11 marca 2019 r. odwołanie, następującej treści *(tekst z minimalnymi skrótami i z wyłączeniem cytatów z wyroków).*
Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „p.z.p" lub „ustawa", wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę strzygarek chirurgicznych oraz ostrzy do strzygarek chirurgicznych" (znak: 132/EZP/18), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
2) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty złożonej przez 3M Poland Sp. z o.o., ul. Katowicka 117 Kajetany, 05-830 Nadarzyn (dalej „3M Poland"), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
3)art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nie podanie pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,
4)art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:
1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3)nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, są wyjaśnieniami pełnymi i przekonującymi,
4) dokonanie powtórnej oceny ofert,
w efekcie czego
5) uznanie że, najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania) Odwołujący powziął w dniu 07.03.2019 r. w drodze korespondencji elektronicznej (e-mail). Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy został dotrzymany.
Uzasadnienie
I. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m.in. w komentarzu

do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą (W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09).

Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Bezzasadnie uznał, że wyjaśnienia, które złożył Odwołujący (mimo, że były one wyczerpujące i podparte stanowiskiem producenta) są niewystarczające i ofertę Odwołującego odrzucił. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy (bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego) naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, oraz wyrok z 11 lipca 2018 r. (KIO 1275/18).

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

II. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (stanowiącym jednocześnie szczegółowy formularz ofertowy), Zamawiający oczekiwał dostarczenia strzygarek o poniższej specyfikacji:

Parametry techniczne poz. 2 (Odwołujący przedstawił pełną tabelę pt. „Cechy przedmiotu zamówienia" oraz „Parametr graniczny"). W poz. 6 i 7 Zamawiający wymagał: 6 -czas ciągłej pracy min. 120 min., 7 - ładowanie pełne (całkowite) strzygarki max. 4 godziny. W obu przypadkach „Parametr graniczny" należało podać: „Tak. podać dane techniczne".

Jednocześnie, na etapie prowadzonego postępowania Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania jak poniżej:

1) odpowiedzi na pytania z dnia 10.01.2019 r. (data 10.10.2019 r. jest najprawdopodobniej omyłką pisarską):

1. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie strzygarki chirurgicznej posiadającej baterię hybrydową NiMH, której czas pierwszego ładowania wynosi 12 godzin, a czas ciągłej pracy to 90 minut, pozostałość zgodnie z SIWZ.

Informujemy, że: podtrzymujemy zapisy specyfikacji w ww. zakresie.

2. Prosimy Zamawiającego o ustosunkowanie się czy wymaga, aby strzygarka chirurgiczna posiadała klasę szczelności IPX7, co pozwala na zanurzenie strzygarki na głębokość 1m przez 30 minut, dzięki czemu można bardzo dokładnie zdezynfekować sprzęt.

Informujemy, że: dopuszczamy ale nie wymagamy;

2) odpowiedzi na pytania z dnia 11.01.2019 r.

1. Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie strzygarki marki CareFusion, znanej z powodzeniem stosowanej przez lata w Państwa placówce, wyposażonej w oczekiwaną; baterię Li-Ion dającą możliwość doładowania pomiędzy użyciami bez skracania jej żywotności z zabezpieczeniem przeciw przeładowaniu, o czasie pierwszego ładowania do 1020 minut, potem dowolnie częste doładowywanie w ładowarce indukcyjnej o czasie pracy ciągłej do 120 minut.

Informujemy, że: podtrzymujemy zapisy specyfikacji w ww. zakresie;

3) odpowiedzi na pytania z dnia 14.01.2019 r.

1. Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie zaoferowania strzygarki chirurgicznej, która była testowana w Państwa Szpitalu i uzyskała pozytywną opinię użytkowników, wyposażoną w nowoczesną baterię niklowo-metalowo-wodorkową (analogiczną do stosowanych np. w samochodach z napędem hybrydowym - Toyoto Prius) z możliwością wielokrotnego doładowywania bez efektu pamięci skracającego jej żywotność i zabezpieczeniem przeciw przeładowaniu.

Informujemy, że: zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ww. pytanie nie odnosi się do zapisów specyfikacji.

2. Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie strzygarki chirurgicznej, której czas ciągłej pracy po pełnym naładowaniu wynoszącym 4 godziny wynosi maksymalnie 130 minut. Informujemy, że: pytanie bezzasadne, mieści się w parametrach podanych w specyfikacji (pkt 6 i 7 ad. 2 zał. nr 4);

4) odpowiedzi na pytania z dnia 14.01.2019 r.

1. Prosimy o dopuszczenie strzygarki z baterią niklowo-metalowo-wodorkową.

Informujemy, że: dopuszczamy strzygarkę z bateria niklowo-metalowo-wodorkową. Pozostałe parametry zgodne ze specyfikacją.

III. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że dla każdego z potencjalnych wykonawców, opis przedmiotu zamówienia, był opisem jasnym i zrozumiałym. Powyższe potwierdza fakt, że w prowadzonym postępowaniu, zostały złożone oferty, a więc żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie, jak również to, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej na tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia.

Powyższe, potwierdza ujednolicona linia orzecznicza: wyroki KIO - z dnia 5 sierpnia 2014 r. KIO 1509/14,z dnia 25 lipca 2017 r. KIO 1435/17.

Dla każdego z potencjalnych wykonawców, było więc jasnym, że Zamawiający oczekuje strzygarki, której czas ciągłej pracy wynosi min. 120 minut, a z kolei pełne naładowanie (całkowite) wynosi max. 4 godziny.

W dniu 22 lutego 2019 r. Zamawiający wysłał do Odwołującego pismo, w którym wskazał, że wzywa do przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjnie parametry ładowania strzygarki chirurgicznej, którą zaoferował Odwołujący.

W odpowiedzi Odwołujący przesłał Zamawiający pismo w którym wyjaśni], że strzygarki o nr katalogowym DYND70800EU**dostarczane są przez Odwołującego w pełni naładowane** oraz, że strzygarki są dostarczane na polski rynek przez producenta Medline, którego bezpośrednim dystrybutorem w Polsce, pozostającym z nim w stałym kontakcie, jest firma Skamex. Podkreślił przy tym, że wymagają one w typowych warunkach klinicznych do 4 godzin, aby być naładowanymi całkowicie.

Na potwierdzenie tego, przekazał Zamawiającemu oświadczenie producenta z dn. 19.02.2019 r., z którego wynika, że strzygarka potrzebuje 4h aby się naładować *(In common clinical use, based on variable type of usage, Medline Clipper#*

DYND70800 takes up to 4 hours to be fully charged).

Zamawiający uznał jednak, że przekazane przez Odwołującego dowody są niewystarczające, na podstawie dostępnych mu kart katalogowych m.in. z 2013 r. przeznaczonych na różne (inne niż polski) rynki medyczne.

IV. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający zdaje się nie rozróżniać procedury określonej w art. 87 ust. 1 (zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednocześnie prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści), a możliwości wzywania Wykonawców do przedłożenia określonych dokumentów. Zamawiający wzywając Odwołującego do przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjnie parametry ładowania strzygarki chirurgicznej, nie określił więc czy oczekuje przedłożenia dokumentu (a jeżeli tak, to jakiego), potwierdzenia wprost przez Odwołującego, czy też może wystarczające będzie oświadczenie producenta. Nie określając w jakiej dokładnie formie potwierdzenie to ma nastąpić, pozwolił de *facto* Odwołującemu na wybór metody w jakiej formie to potwierdzenie ma nastąpić. Odwołujący przedłożył więc oświadczenie producenta. Treść tego oświadczenia stanowiła dodatkowe potwierdzenie oświadczeń wykonawcy z formularza ofertowego.

Oferta to oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treścią, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego (zgodnego z wymaganiami określonymi formularzu ofertowym). Zamawiający powziąwszy wątpliwość co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ prawidłowo uczynił, żądając wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Niezrozumiałe jest jednak dlaczego wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie zostały uwzględnione. Jeżeli Zamawiający zażądał bowiem *„przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjnie parametry ładowania strzygarki chirurgicznej*", a Odwołujący nie dość że przedstawił taki dokument (oświadczenie producenta) to również, przedstawił kolejny raz swoje oświadczenie, że strzygarka spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Zamawiający powinien te dokumenty przyjąć. Zamawiający nie może obarczać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości swojego wezwania, a niewątpliwie z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Należy podkreślić, że wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. W takiej sytuacji nie prowadziły one do jakichkolwiek zmian w treści oferty Odwołującego. Zatem uzupełnienie dokumentów albo wyjaśnienie oferty jest możliwe, ale tylko w takim zakresie, który nie zmienia parametrów wskazanych wyraźnie w ofercie (wszystkich jej dokumentach, nie tylko formularzu ofertowym). Wykonawca może zatem wskazać na parametry, funkcje czy okoliczności, których w ofercie i załączonych dokumentach brak - np. w braku informacji o ilości czy rodzaju dysku, wielkości pamięci itd.

Jeśli jednak dane takie zostały w ofercie podane, niemożliwa jest ich zmiana przez wykonawcę. **Odwołujący nie zmienił tych danych, a je potwierdził.**

Jako dowód pragniemy przedłożyć załączoną przez Odwołującego kartę techniczną, w której ładowanie jest określone jako „maks. 4 godziny".

W tym miejscu należy zadać sobie pytanie czy Zamawiający miał prawo w ogóle wzywać Odwołującego do przedłożenia jakichkolwiek wyjaśnień, jeżeli zarówno z oświadczenia Odwołującego jak i z karty katalogowej, wprost wynikało, że ładowanie wynosi „maks. 4 godziny", a więc okres którego wymagał Zamawiający. Wskazujemy na to tylko na marginesie, ponieważ zdaje się, że Zamawiający nie wykonuje czynności do których obliguje go ustawa, a zamiast tego bez jakiejkolwiek analizy podejmuje się dokonywać czynności, o które wnosi Wykonawca 3M Poland Sp. z o.o.

Podkreślenia dalej wymaga, że odrzucenie oferty jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga ustalenia tej niezgodności. Zamawiający dla takiego ustalenia winien dać wykonawcy szansę wypowiedzenia się co do treści oferty. W orzecznictwie podnosi się, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty musi udowodnić, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt, nie posiada wymaganych przez zamawiającego cech. **W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego ta informacja się nie znalazła.** Tak naprawdę nie wiadomo z jakiego powodu oferta Odwołującego została odrzucona, jeżeli zarówno w treści formularza ofertowego, jak i z załączonej karty katalogowej, wymagana cecha wynika.

Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

V. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, że rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, że chodzi tu wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązań i świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz – wyrok KIO z dnia 30 października 2010 r. KIO 2450/13.

Brak było jakichkolwiek podstaw prawnych i merytorycznych do odrzucenia oferty, bowiem nie sposób znaleźć uchybienia, które pozwoliłyby stwierdzić, że Odwołujący nie dopełnił formalności lub przedłożył ofertę niezgodną z SIWZ. Wręcz przeciwnie, uchybień należy dopatrywać się w działaniach Zamawiającego, który próbuje wyeliminować Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W tym miejscu Odwołujący pragnie przywołać obowiązującą linię orzeczniczą wynikającą z wyroków *KIO: z dnia 12 lutego 2009 r. KIO/UZP 123/09, zdnia 18 stycznia 2012 r. KIO 30/12, z dnia 30 czerwca 2015 r. KIO 1262/15, z dnia 3 marca 2017 r. KIO 318/17, KIO 329/17.*

Celowe wydaje się również przywołanie opinii Rzecznika Generalnego TSUE z dnia 28 września 2017 r. (C-376/16), w którym wskazano: Trafnie zauważył Odwołujący, że: uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego jest lakoniczne, lapidarne i nieprecyzyjne, a w konsekwencji nie pozwala na ustalenie, co dokładnie w zakresie wymogów poszczególnych urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego, kwestionuje Zamawiający nie można uznać, iż decyzja, która nie pozwała oferentowi zrozumieć powodów odrzucenia jego oferty ani ustalić ogólnych danych oraz zalet ofert

wybranych oferentów oraz która nie pozwala sądowi Unii sprawdzić zgodności z prawem zawartej w tej decyzji oceny, spełnia wymogi uzasadnienia wynikające z art, 100 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia finansowego w związku z art. 296 akapit drugi TFUE". Również orzeczenie KIO z 30 listopada 2017 r. (KIO 2387/17).
Odnosząc powyższe do przedmiotowej sytuacji należy z całą mocną podkreślić, że Odwołujący podtrzymywał i podtrzymuje, że złożył ofertę w pełni odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający otrzyma strzygarki, które do pełnego naładowania potrzebowały będą nie więcej niż 4h.
VI. *Wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejsza w myśl przepisów ustawy, jest krzywdzące i niesprawiedliwe. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie Zamawiającego stanowa rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ (wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2018 r., KIO 1713/15). Także wyroki KIO 773/16, (KIO 693/14. KIO 694/14).*
VII. Analizując powyższe, należy wskazać, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, w sposób rażący naruszył przepisy ustawy (w szczególności podstawowe zasady postępowania). Warto podkreślić, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz -stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z 7.4.2016 r. Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).
Z kolei Dyrektywa 2014/24/UE w preambule, w motywie 90 wskazuje, żezamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania. z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Dalej podkreślono: aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia.
VIII. Warto również podkreślić, że nie tylko zasady prowadzenia postępowania, ale również sama działalność, którą prowadzi Zamawiający, nakładają na niego obowiązek wyboru zarówno sprzętu jak i asortymentu medycznego, który w pełni odpowiadał będzie jakże ważnej działalności, jaką jest świadczeniem usług medycznych. Tylko asortyment odpowiadający wymogom odpowiednich norm, może zostać uznany za asortyment odpowiedni.
IX. Nie sposób jednocześnie nie wskazać, że Odwołujący jest wykonawcą o ugruntowanej pozycji na rynku i nie ma obaw o zaoferowaną jakość dostarczanego przez niego sprzętu, który w pełni odpowiadał będzie wymaganiom Zamawiającego.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki: (…), merytoryczne: Karta Techniczna elektrycznej strzygarki chirurgicznej.
Wykonawca 3M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach pismem z dnia 15 marca 2019 r. wniesionym do Prezesa Izby, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego i niezasadnego. W uzasadnieniu wskazał m.in., że odwołanie pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych i jako takie zasługuje na oddalenie w całości. Wskazał okoliczności faktyczne zasadności przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponadto wskazał, że jego celem jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem prawa, w szczególności ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy 3M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba ustaliła, że wykonawca spełniając wymagania skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym też dalej w skrócie „Przystępującym".
Zamawiający pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2019 r., zawiadomił, że uznaje odwołanie złożone przez Odwołującego.
Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego potwierdził, że uznanie odwołania oznacza uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
Przystępujący wniósł ustnie do protokołu sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.
Odwołujący spełnia przesłanki wymagane do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (informacja Zamawiającego z dnia 6 marca 2019 r.).
Izba ustaliła – stan faktyczny
Zamawiający wymagał w specyfikacji w Pakiecie 1 (załącznik nr 4 do SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia) w zakresie parametrów technicznych poz. 2 (strzygarki): Lp. 6 - czasu ciągłej pracy m.in. 120 min., Lp. 7 - ładowania pełnego (całkowitego) max. 4 godziny.
Odwołujący zamieścił w załączniku do formularza oferty (wg wzoru załącznika nr 4 do SIWZ) oświadczenie o zaoferowaniu strzygarki Medline Industries Inc. o numerze katalogowym, ze wskazaniem parametrów odpowiadających wymaganym w SIWZ: Parametry techniczne poz. 2 (strzygarki): Lp. 6 - czas ciągłej pracy m.in. 120 min., Lp. 7 - ładowanie pełne (całkowite) strzygarki max. 4 godziny.
W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (pismo skierowane do wszystkich uczestników postępowania z dnia 6 lutego 2019 r.).
W wyniku czynności Przystępującego (pismo z dnia 23 stycznia 2019 r. – „Notatka z wglądu w oferty", odwołanie z dnia 11 lutego 2019 r. zwrócone bez nadania biegu w postępowaniu odwoławczym), Zamawiający powtórzył czynność oceny ofert (pismo z dnia 6 marca 2019 r. skierowane do wszystkich uczestników).
W toku badania i oceny ofert w postępowaniu, Zamawiający wykonał odnośnie do oferty Odwołującego wymienione niżej czynności.
(I. Wezwanie) Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 23 stycznia 2019 r., wskazując podstawę prawną art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do przesłania dokumentów, powołując się obok ustawy Pzp na Rozdz. VI pkt 3 ppkt 2, 3 SIWZ: 1.

Foldery, instrukcje użytkowania oferowanego sprzętu, 2. Karta techniczna.
Odwołujący złożył wyznaczone dokumenty (pismo z dnia 28 stycznia 2019 r.).
1. *Karta techniczna elektrycznej strzygarki chirurgicznej z jednorazowymi ostrzami. Numery katalogowe*:
DYND70800EU – Komplet strzygarka chirurgiczna z ładowarką, wtyczka EU;
DYND70801EU – Strzygarka;
DYND70802EU – Ładowarka, wtyczka EU.
Producent: Medline Industries, Inc. – One Medline Place, Mundelein, Illionis, USA
Dystrybucja w Polsce: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.
W zamieszczonej tabeli - numery referencyjne - wskazano: *Czas pracy ciągłej: min. 120 min., Ładowanie: maks. 4 godz.*
2. *Folder – Strzygarka chirurgiczna, Bezpieczeństwo, wygoda, wydajność.*
3. *Instrukcja użycia strzygarki chirurgicznej Medline.*
Przestawione dokumenty zostały sporządzone przez Odwołującego jako Dystrybutora.
(Wezwanie II) Pismem z dnia 29 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia następującej nieścisłości: *Zamawiający ma w posiadaniu dokument producenta Medline Industries, Inc. świadczący, że strzygarka chirurgiczna o nr kat. DYND70800EU posiada czas ładowania 12 godz., natomiast Firma Skamex przedstawiła w swojej karcie technicznej czas ładowania max. 4 godz.* Zamawiający załączył fragment karty *Technical Sheet* przekazanej mu przez Przystępującego.
Odwołujący pismem z dnia 31 stycznia 2019 r. wyjaśnił:
zgodnie z informacjami uzyskanymi bezpośrednio od producenta strzygarek potwierdzamy, że czas ładowania zaoferowanej strzygarki wynosi maksymalnie 4 godziny.
Fragment dokumentu „technical sheet" załączony przez Zamawiającego nie pochodzi z polskiego rynku.
(Wezwanie III) Pismem z dnia 22 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, wskazując: *W związku z wyborem dnia 6 lutego 2019 r. jako najkorzystniejszej oferty Firmy Skamex Sp. z o.o. Sp.k. i otrzymanym pismem z firmy 3M Śląskie Centrum Chorób Sercaw Zabrzu na podstawie art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych wzywa do przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjne parametry ładowania strzygarki chirurgicznej o nr kat. DYND70800EU celem wyjaśnienia wątpliwości.*
Odwołujący w piśmie z dnia 1 marca 2019 r. przekazał informację, że:
- strzygarki o nr katalogowym *DYND70800EU dostarczane przez Skamex są w pełni naładowane;*
- *strzygarki, które zaoferowaliśmy w niniejszym postępowaniu o numerze katalogowym DYND70800EU dostarczanena polski rynek przez producenta Medline, którego bezpośrednim dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex, wymagają w typowych warunkach klinicznych do 4 godzin, aby być naładowanymi całkowicie.*

Ponadto informujemy, że zestaw strzygarka z ładowarką w zależności od miejsca przeznaczenia (Wielka Brytania lub pozostałe państwa UE) posiada na wyposażeniu ładowarkę z odpowiednią dla danego państwa wtyczką. Do Polski dostarczany jest zestaw strzygarki z ładowarką o nr katalogowym DYND70800EU, natomiast do Wielkiej Brytanii zestaw strzygarki z ładowarką o nr katalogowym DYND70800UK. W związku z powyższym informujemy, że załączone oświadczenie, w którym producent posługuje się nr katalogowym # DYND70800EU jest uniwersalne i może być wykorzystywanym zarówno w Wielkiej Brytanii jak i pozostałych krajach europejskich.
Odwołujący załączył pisemne oświadczenie *Medline International France SAS – Vice Prezydent Dywizja – Europa*z dnia 19 lutego 2019 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski), skierowane do wszystkich zainteresowanych, o treści:
W typowych warunkach klinicznych, w oparciu o różne sposoby używania, strzygarka Medline # DYND70800 wymaga do 4 godzin, aby być w pełni naładowana.
Zamawiający powołując się na odwołanie obecnego Przystępującego (z dnia 11 lutego 2019 r.), zwrócone w związku z brakami formalnymi, pismem z dnia 6 marca 2019 r. skierowanym do wszystkich wykonawców zawiadomił, że: *w celu ostatecznego wyjaśnienia stawianych zarzutów firmie Skamex przystąpił do ponownej oceny ofert w ww. postępowaniu.*
Dnia 22.02.2019 r. Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu na podstawie art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych wezwało firmę Skamex Sp. z o.o. sp.k. do przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjne parametry ładowania strzygarki chirurgicznej o nr kat. DYND70800EU, celem wyjaśnienia wątpliwości. Otrzymane w wyniku wyjaśnień materiały w ocenie Zamawiającego nie są wystarczające do uznania, że ww. strzygarka spełnia wymóg w zakresie pkt 7 Parametrów technicznych tj. czasu pełnego ładowania do 4 h, w związku z powyższym oferta firmy Skamex Sp. z o.o. sp.k. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.
Odwołanie Odwołującego od czynności Zamawiającego przedstawionej w piśmie z dnia 6 marca 2019 r. – odrzucenia oferty, jest przedmiotem aktualnego rozpoznania.
Na rozprawie Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska, wnosząc odpowiednio o uwzględnienie / oddalenie odwołania oraz złożyli dokumenty:
Odwołujący:
1) Pisemne oświadczenie *Medline International France SAS – Vice Prezydent Dywizja – Europa*z dnia 19 lutego 2019 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski), skierowane do wszystkich zainteresowanych, o treści:
W typowych warunkach klinicznych, w oparciu o różne sposoby używania, strzygarka Medline # DYND70800 wymaga do 4 godzin, aby być w pełni naładowana;
złożone Zamawiającemu wcześniej – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 lutego 2019 r.;
2) 6 stron informacji 3M (nagłówek firmowy 3M):*Uwaga dotycząca bezpieczeństwa.*
Na str. 1 (…) *(model 9681). Bieżące instrukcje ładowania zalecają pozostawienie korpusu strzygarki w ładowarce pomiędzy jej użytkowaniem.*
W dolnej części strony 1 *Ostrzeżenie: Ady uniknąć potencjalnej degradacji baterii, ładuj strzygarkę po każdym użyciu i przechowuj ją w gnieździe ładowarki, gdy nie jest używana.*
Przystępujący:
1) wydruk *Technical Sheet* firmy *Medeline International France SAS*z 2013 r. wraz z tłumaczeniem na język polski – wskazany czas ładowania 12 godzin;
2) str. 152-153 Instrukcji obsługi strzygarki chirurgicznej z sierpnia 2017 r. Pkt 15 *Ostrzeżenie. Instrukcja użytkowania* wskazano m.in.: *Strzygarkę chirurgiczną mogą Państwo otrzymać w stanie częściowo naładowanym. Przed użyciem należy ją ładować przez 12 godzin. W celu ponownego naładowania strzygarkę należy umieścić w adapterze do ładowania. (…) Całkowicie rozładowany akumulator wymagać będzie dwunastogodzinnego ładowania;*
– wraz z fakturą nr 146/02/2019/MAG1 z dnia 25.02.2019 r. wystawioną przez sprzedawcę – FULL-MED J. S. Nowy Świat 25/9, Lublin na rzecz nabywcy 3M POLAND Sp. z o.o., potwierdzającą sprzedaż-kupno strzygarki chirurgicznej Medline;

– ładowarka została okazana;
3) internetowy wydruk przedstawiający informacje: *Kalkulator czasu ładowania baterii* oraz dotyczące innego rodzaju strzygawki/golarki (wyciąg – str. 154-155), dopuszczonej, jak określił Przystępujący, przez Zamawiającego.
Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
Izba zważyła
Odwołanie podlega uwzględnieniu.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obliguje Zmawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Z przepisu jednoznacznie wynika, że czynność odrzucenia oferty jest poprzedzona badaniem i oceną oferty, z ewentualnym poprawieniem innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Odrzucenie oferty jest skutkiem jej oceny (właściwej/niewłaściwej) z rygorystycznymi następstwami dla wykonawcy.
Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty (…).
Zasadnie Odwołujący podniósł, że treść informacji Zamawiającego z dnia 6 marca 2019 r., skierowana do uczestników postępowania o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazująca powody odrzucenia – *Otrzymane w wyniku wyjaśnień materiały w ocenie Zamawiającego nie są wystarczające do uznania, że ww. strzygarka spełnia wymóg w zakresie pkt 7 Parametrów technicznych tj. czasu pełnego ładowania do 4 h, (…)* – nie jest wystarczająca w świetle przywołanych przepisów ustawy Pzp, pomimo tego, że Odwołujący był w stanie przygotować i wnieść odwołanie.
Z pisma Zamawiającego wynika, że odrzucenie oferty zostało spowodowane niewystarczającymi materiałami, a nie wykazaną niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ (parametr techniczny).
Materiały podlegają uzupełnianiu i wyjaśnianiu w granicach ustawy Pzp, z uwzględnieniem właściwych treści wezwań.
O uwzględnieniu odwołania zadecydowały przesłanki merytoryczne.
O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowiącej podstawę odrzucenia oferty przesądza wynik odpowiedniego porównania (badania) treści oferty z wymaganiami zamawiającego przedstawionymi w SIWZ.
Zamawiający wymagał podania parametrów technicznych oferowanych strzygarek chirurgicznych m.in. w zakresie *ładowanie pełne (całkowite) strzygarki max. 4 godziny,*
– co potwierdził Odwołujący w formularzu stanowiącym załącznik do formularza oferty – załącznik nr 4 do SIWZ (Strzygarka Medline DYND70800EU).
W wyniku wezwań przez Zamawiającego do złożenia dokumentów lub wyjaśnień,
– Odwołujący złożył dokumenty i udzielił wyjaśnień, mimo zasadnego podniesienia w odwołaniu zastrzeżeń co do treści wezwań.
1. Po uprzedniej najwyższej ocenie oferty Odwołującego, Odwołujący złożył wymagane dokumenty, odpowiadające treści wezwania oraz treści SIWZ – Rozdział VI pkt 3 ppkt 2, 3.W podstawie prawnej wezwania z dnia 23 stycznia 2019 r. wskazano art. 26 ust. 4 ustawy Pzp uprawniający zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1; wezwanie dotyczyło dokumentów;
– odpowiedź z dnia 28 stycznia 2019 r. – Odwołujący przekazał dokumenty.
Zamawiający nie zakwestionował złożonych dokumentów.
2. Na wezwanie z dnia 29 stycznia 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazujące różnice w czasie ładowania ładowarki – w Karcie technicznej Odwołującego max. 4 godz., a w dokumencie będącym w posiadaniu Zamawiającego 12 godz.
– Odwołujący potwierdził czas ładowania zaoferowanej strzygarki max. 4 godziny. Dokument przekazany Odwołującemu, jako podstawa faktyczna wezwania, to *technical sheet* niepochodzący z polskiego rynku, jak potwierdzono na rozprawie.
3. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 lutego 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do przedstawienia dokumentu potwierdzającego precyzyjne parametry ładowania strzygarki chirurgicznej o nr kat. DYND70800EU celem wyjaśnienia wątpliwości (wskazany przepis uprawnia do żądania wyjaśnień),
– Odwołujący złożył: oświadczenie (pismo z dnia 1 marca 2019 r.) o zaoferowaniu strzygarek w pełni naładowanych; dostarczanych na polski rynek przez producenta Medline, którego bezpośrednim dystrybutorem w Polsce jest Odwołujący, które wymagają w typowych warunkach klinicznych do 4 godzin, aby być naładowanymi całkowicie. Zamieścił informację, że załączone oświadczenie producenta, w którym posługuje się nr katalogowym # DYND70800EU jest uniwersalne i może być wykorzystywanym zarówno w Wielkiej Brytanii jak i pozostałych krajach europejskich;
– załączył pisemne oświadczenie Medline International France SAS – Vice Prezydent Dywizja – Europa z dnia 19 lutego 2019 r. skierowane do wszystkich zainteresowanych, że w typowych warunkach klinicznych, w oparciu o różne sposoby używania, strzygarka Medline # DYND70800 wymaga do 4 godzin, aby być w pełni naładowana – dokument, co do istoty, nie wymagany w SIWZ.
Wymóg Zamawiającego został sformułowany: ładowanie pełne (całkowite) strzygarki max. 4 godziny.
Potwierdzenie wymaganego czasu ładowania max. 4 godziny wynika z dokumentów wytworzonych przez Odwołującego jako bezpośredniego dystrybutora producenta Medline oraz z pisemnego oświadczenia Medline International France SAS – Vice Prezydent Dywizja – Europa z dnia 19 lutego 2019 r. Dokument ten został złożony Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz na rozprawie
– stanowi dowód w postępowaniu.
Drugi dowód Odwołującego złożony na rozprawie – 6 stron informacji 3M – wskazujący podobne ostrzeżenia w zakresie bezpieczeństwa strzygarek (ładowanie w toku użytkowania) w ofertach obu wykonawców, nie dotyczy ładowarki objętej sporem.

Odnośnie do dokumentów złożonych przez Przystępującego:
1) wydruk Technical Sheet firmy Medeline International France SAS z 2013 r.
– zgodnie z niepodważonym stanowiskiem Odwołującego, jest nieaktualny (2013 r.) oraz nie pochodzi z polskiego rynku;
2) str. 152-153 Instrukcji obsługi strzygarki chirurgicznej z sierpnia 2017 r. Pkt 15. *Ostrzeżenie.* W Instrukcji użytkowania wskazano: *Strzygarkę chirurgiczną mogą Państwo otrzymać w stanie częściowo naładowanym. Przed użyciem należy ją ładować przez 12 godzin. W celu ponownego naładowania strzygarkę należy umieścić w adapterze do ładowania. (…) Całkowicie rozładowany akumulator wymagać będzie dwunastogodzinnego ładowania;*
– wraz z fakturą nr 146/02/2019/MAG1 z dnia 25.02.2019 r. wystawioną przez sprzedawcę – FULL-MED J. S., na rzecz nabywcy 3M POLAND Sp. z o.o., potwierdzającą sprzedaż-kupno strzygarki chirurgicznej Medline (ładowarka

został okazana)

– Odwołujący, bez przeciwnego stanowiska Przystępującego, zakwestionował rok sporządzenia instrukcji (sierpień 2017 r.). Z instrukcji wynika potwierdzenie możliwości zakupu strzygarek częściowo naładowanych.

Okazana przez Przystępującego ładowarka pochodzi od sprzedawcy – FULL-MED J. S., a nie, jak wskaza Przystępujący, bezpośrednio od producenta;

3) internetowy wydruk przedstawiający Kalkulator czasu ładowania baterii oraz informacje dotyczące innego rodzaju strzygawki/golarki (wyciąg – str. 154-155) dopuszczonej przez Zamawiającego

– nie dotyczy przedmiotu sporu.

Zgodnie z art. 245 Kpc dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokument (prywatny) zawierający oświadczenie podmiotu w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, podpisane przez uprawnioną osobę, stanowi dowód w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy Pzp.

Dowodu nie stanowią ulotki, foldery wydrukowane ze stron internetowych bądź pochodzące od podmiotów jako standardowe, ogólnie dostępne informacje techniczne, handlowe itp. Dowodu nie stanowią też wydruki fragmentów nieaktualnych instrukcji użytkowania.

Karta Techniczna jest dokumentem informacyjnym, zawierającym parametry techniczne oraz właściwości fizykochemiczne produktu. Nie ma prawnie zdefiniowanych wymagań w zakresie treści czy dostępności, to producent decyduje o jej ostatecznej formie i zawartości. Bezpośrednia odpowiedzialność za dołączenie karty technicznej (charakterystyki) ciąży na podmiocie dostarczającym produkt, np. producencie, importerze lub **dystrybutorze.** Powierzenie wykonania dokumentu fachowcom, zmniejsza ryzyko związane z nieprawidłowym opracowaniem dokumentu (informacje ogólnie dostępne).

Ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2016 r. poz. 2047) –

Art. 3. Użyte w ustawie określenia oznaczają:

(…)

2) producent:

a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt,

b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela – importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym,

c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem;

3) dystrybutor – przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, którego działalność nie wpływa na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.

Przystępujący nie wykazał naruszenia przepisów prawnych przez czynność sporządzenia Karty technicznej, jak też braku podstaw do sporządzenia Karty technicznej przez Odwołującego.

Potwierdzenie dostarczenia strzygarki naładowanej nie przeczy wymaganiu dostarczenia jej w oryginalnym opakowaniu (§ 4 ust. 3 zdanie pierwsze załącznika nr 3 do SIWZ – projekt umowy); potwierdzenie takie wynika chociażby z treści dokumentu złożonego przez Przystępującego: str. 152-153 Instrukcji obsługi strzygarki chirurgicznej z sierpnia 2017 r.

Oświadczenie Medline International France SAS – Vice Prezydent Dywizja – Europa z dnia 19 lutego 2019 r.*w typowych warunkach klinicznych, w oparciu o różne sposoby używania, strzygarka Medline # DYND70800 wymaga do 4 godzin, aby być w pełni naładowana,* nie koliduje z wymaganiami SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), zważywszy na podmiot Zamawiający.

Reasumując powyższe, Izba uwzględniła odwołanie jako zasadne i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (7 500 zł)i zasądziła na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące równowartość kwoty wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika, nie wyższe niż kwota 3 600 zł – na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 lit. a; § 3 pkt 2 lit. b; § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia).

Przewodniczący: ……..