Sygn. akt: KIO 1759/19

WYROK

z dnia 23 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 r. przez wykonawcę Tomed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie,

przy udziale wykonawcy Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę drobnego sprzętu medycznego do SPSK NR 1 PUM. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 117-286299.

W dniu 9 września 2019 r. wykonawca Tomed Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w pakiecie nr 1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował dokonaną przez Zamawiającego ocenę, że treść oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 1 nie odpowiada treści SIWZ. Wniósł o dopuszczenie dowodu z zakresu inżynierii biomedycznej na okoliczność wyposażenia oferowanego przez Odwołującego przetwornika do pomiaru ciśnienia w osobny port do testowania prawidłowości działania systemu.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom przedstawionym w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, oferowany przetwornik zawiera osobny port do testowania

poprawności działania systemu. Port ten mieści się na spodzie przetwornika i po umieszczeniu przetwornika w płytce mocującej port automatycznie łączy się z drenem do testowania przetwornika oraz kablem monitora. Konkretne usytuowanie portów w urządzeniu oferowanym przez Odwołującego ilustrowały fotografie urządzenia złożone na wezwanie

Zamawiającego. Na fotografiach tych strzałką wskazano umiejscowienie portu.

Twierdzenie Zamawiającego, że wskazywany na fotografiach otwór w oferowanym

przetworniku „nie stanowi portu" jest - zdaniem Odwołującego - gołosłowne. Odwołujący podniósł, że nie istnieje jedna, powszechna i ogólnie uznawana definicja portu stworzona na potrzeby konstrukcji i opisu urządzeń medycznych, nie istnieje również zestandaryzowana forma połączenia portu z urządzeniem testującym. Z tych zapewne względów w podanych przez Zamawiającego motywach czynności odrzucenia oferty nie został podany jakikolwiek argument mogący powyższe twierdzenie uzasadnić. Zamawiający nie podjął nawet próby obiektywnego zdefiniowania „portu" i odniesienia takiej zobiektywizowanej definicji do konstrukcji urządzenia oferowanego przez Odwołującego.

W ocenie Odwołującego równie gołosłowne jest twierdzenie, że „widoczny na zdjęciu otwór nie umożliwia łączenia ze sobą przetwornika z urządzeniem testującym poprawność działania systemu". Odwołujący podniósł, że Zamawiający, pomimo gotowości Tomed do zademonstrowania sposobu, w jaki następuje łączenie przetwornika z urządzeniem testującym, nie wyraził zainteresowania taką prezentacją.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że „port musi być wyraźnie widoczny i opisany na przetworniku", Odwołujący podniósł, że konieczność opisania portu na przetworniku nie została wskazana w opisie przedmiotu zamówienia, wobec czego Zamawiający nie może formułować tego warunku w obecnej fazie postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietu nr 1.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i przedstawił następującą argumentację: W OPZ W Pakiecie 1 „Przetworniki do pomiaru

ciśnienia" Zamawiający wymagał min., aby oferowany przetwornik zawierał wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. W dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pyt nr 1 dodał, że port testowy musi być wyraźnie widoczny i opisany na przetworniku. W Rozdziale VIII pkt 6 ppkt 13) SIWZ Zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę

katalogu/broszury informacyjnej/instrukcji obsługi bądź innego dokumentu, które to dokumenty miały potwierdzać, ze oferowany produkt spełnia wymagania określone w SIWZ. Żadna z ww. czynności nie była przedmiotem odwołania. Odwołujący złożył ofertę, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Odwołujący został zatem wezwany do złożenia przewidzianych w SIWZ dokumentów w tym dokumentu przewidzianego w Rozdziale VIII pkt 6 ppkt 13) SIWZ. Złożony przez Odwołującego katalog ze zdjęciami przetwornika nie potwierdzał spełnia przez oferowany przetwornik wymagań OPZ dotyczących portu do testowania. Zamawiający dwukrotnie wzywał Odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień. Czynności te potwierdziły, ze oferowany przetwornik nie spełnia wymagań SIWZ , gdyż jeżeli w ogóle posiada port do testowania, to jest to port integralny w ramach obudowy przetwornika (Zamawiający wymagał osobnego portu), ponadto port ten nie jest wyraźnie widoczny i w ogóle nie jest opisany na przetworniku.

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

W SIWZ w tabeli pn. Pakiet 1 Przetworniki do pomiaru ciśnienia Zamawiający zamieścił następujące wymaganie: przetwornik zawiera wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem /kabel sygnałowy/monitor.

W dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień dotyczących ww. wymagania:

Pytanie nr 1:

Pakiet nr 1 - Przetworniki do pomiaru ciśnienia: Prosimy Zamawiającego o doprecyzowanie treści SIWZ co Zamawiający ma na myśli w punkcie: przetwornik zawiera wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor? Jeśli Zamawiający odpowie: "Zgodnie z SIWZ", to oznacza, że nie ma szczególnych wymagań co do funkcjonalności owego "portu" i dopuści rozwiązania równoważne.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga aby zaoferowany przetwornik posiadał umieszczony w konstrukcji przetwornika osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. Port testowy musi być wyraźnie widoczny i opisany na przetworniku.

Pytanie nr 2:

Pakiet nr 1 - Przetworniki do pomiaru ciśnienia: Prosimy Zamawiającego o doprecyzowanie treści SIWZ co Zamawiający ma na myśli w punkcie: przetwornik zawiera wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor? Czy Zamawiający ma na myśli system, umożliwiający sprawdzenie, czy przetwornik pokazuje właściwe parametry? Jeśli Zamawiający odpowie: "Zgodnie z SIWZ", to oznacza, że nie ma szczególnych wymagań co do funkcjonalności owego "portu" i dopuści rozwiązania równoważne.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga aby zaoferowany przetwornik posiadał umieszczony w konstrukcji przetwornika osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. Dodatkowy wbudowany osobny port ma umożliwiać sprawdzenie czy przetwornik pokazuje prawidłowe wartości.

Odwołujący zaoferował przetwornik o numerze katalogowym DBPT-0103. Pismem z 1 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. katalogu/broszury informacyjnej/instrukcji obsługi bądź innego dokumentu w języku polskim lub przetłumaczonego na język polski potwierdzającego, że

oferowany produkt spełnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ - z zaznaczeniem wszystkich oferowanych parametrów danego

produktu.

W wyniku oceny przedstawionego przez Odwołującego katalogu, Zamawiający, pismem z 16 sierpnia 2019 r. wezwał Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności w złożonych dokumentach. Zamawiający podał w wezwaniu, że: (...) wymagał przetwornika do pomiaru ciśnienia

zawierającego wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. W szczegółowym formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą Wykonawca potwierdza parametry wymagane przez Zamawiającego. W dniu 02.08.2019 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust 1 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Przesłany na wezwanie katalog nie potwierdza ww. parametru o tym, że port

jest wbudowany. Katalog dot. przetwornika o numerze katalogowym DBPT-0103 potwierdza

jedynie, że zaoferowany przetwornik posiada osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. Ponadto w przesłanym na wezwanie katalogu na trzeciej stronie opisujecie Państwo pojedynczy przetwornik zgodnie z wymaganiami Zamawiającego a już na stronie piątej tego samego katalogu znajduje się obraz przetwornika potrójnego, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Opis przetwornika na stronie piątej katalogu jest w języku angielskim (brak tłumaczenia). Językiem obowiązującym jest j. polski.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podał: oferowany przez nas asortyment spełnia wszelkie wymagania SIWZ. Z całą odpowiedzialnością potwierdzamy, że oferowany przez firmę Tomed Sp. z o.o. przetwornik posiada osobny (wbudowany w konstrukcję przetwornika) port, który może być przez użytkownika wykorzystany do testowania poprawności działania systemu. Zadane ciśnienie poprzez ten port w naszym przetworniku jest odwzorowane na ekranie monitora. Prawidłowe działanie naszego przetwornika zostało potwierdzone w wielu jednostkach służby zdrowia. Również i w tym przypadku jesteśmy gotowi zaprezentować działanie portu u Zamawiającego. W naszym katalogu na 3 stronie opisujemy przetwornik zgodnie z wymogami w języku polskim, natomiast zdjęcie na stronie piątej jest tylko zdjęciem poglądowym ilustrującym lokalizację owego portu, który posiada każdy z naszych przetworników (pojedynczy, podwójny i potrójny). Załączamy przetłumaczony opis. Pragniemy także zwrócić uwagę, iż nasza oferta jest najkorzystniejsza cenowo po raz trzeci w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Państwa, którego przedmiotem są przetworniki do pomiaru ciśnienia krwawego, dlatego też jesteśmy przekonani co do adekwatności owego sprzętu. Warto nadmienić, iż inne duże szpitale, jak np. Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach (w załączeniu przesyłamy PDF) odstąpiły od wymogu posiadania owego portu, który nie daje żadnej korzyści Zamawiającemu (ponieważ w praktyce i tak nie przeprowadza się testów poprawności), a jest jedynie ograniczaniem uczciwej konkurencji. Przetwornik ma być tak skonstruowany, aby działał niezawodnie. Jeśli Zamawiający ma potrzebę wykonywania testów to nasz produkt w pełni to umożliwia.

Pismem z 26 sierpnia 2019 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie, w którym podał: Zamawiający w zakresie pakietu nr 1 wymagał przetwornika do pomiaru ciśnienia zawierającego wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 19.08.2019 r. Wykonawca pośrednio potwierdza parametry wymagane przez Zamawiającego, jednakże Zamawiający ma poważne wątpliwość czy Wykonawca posiada przetwornik opisany w SIWZ. Katalog dot. opisu przetwornika o numerze katalogowym DBPT-0103 potwierdza, że zaoferowany przetwornik posiada osobny wbudowany port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem/kabel sygnałowy/monitor, natomiast rysunek poglądowy już tego nie potwierdza. Rysunek jest niewyraźny a tym samym nie widać czy przetwornik zawiera wbudowany osobny port do testowania wyraźnie oznaczony na przetworniku. Przesłany rysunek nie nadaje się do oceny tych parametrów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił: Uprzejmie informujemy, iż w udzielonych przez firmę Tomed Sp. z o.o. wyjaśnieniach z dnia 19.08.2019r. na Państwa poprzednie wezwanie wyjaśniliśmy już kwestię lokalizacji portu. Jeśli w wezwaniu z dnia 26.08.2019r. Zamawiający ma poważne wątpliwości co do tego, czy Wykonawca posiada przetwornik opisany w SIWZ, to dlaczego Zamawiający nie wezwie Wykonawcy do złożenia próbki przetwornika i przetestowania go? Zamiast tego Zamawiający porusza kwestię rozdzielczości obrazka w katalogu. Dla dobra postępowania i informacji Zamawiającego w odpowiedzi na te wezwanie zamieszamy zdjęcie, które wyraźnie wskazuje port i możliwość jego przetestowania. Odwołujący przedstawił zdjęcia oferowanego przetwornika i wskazał, że (...) na spodniej stronie przetwornika znajduje się wbudowany osobny port do testowania poprawności działania systemu: linia z przetwornikiem /kabel sygnałowy/monitor. Zgodnie z zasadą działania każdego przetwornika wywarte ciśnienie na membranie znajdującej się we wnętrzu przetwornika odwzoruje jego wartość na ekranie monitora. Zamawiający w postępowaniu nie podał procedury testowania poprawności systemu, a wymagał jedynie portu umożliwiającego wykonanie testu. Nasz przetwornik taki port posiada i za jego pomocą jest możliwe przetestowanie systemu przetwornik / linia pomiarowa / monitor.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia Zamawiający podał:

Zgodnie z odpowiedzią z dnia 10.07.2019 r. Zamawiający wymagał aby zaoferowany przetwornik posiadał umieszczony w konstrukcji przetwornika osobny port do testowania poprawności systemu. Port musi być wyraźnie widoczny i opisany na przetworniku. Otwór widoczny na zdjęciu Wykonawcy Tomed w spodniej ścianie przetwornika nie stanowi portu. Widoczny na zdjęciu otwór nie umożliwia łączenia ze sobą przetwornika z urządzeniem testującym poprawność działania systemu.

Zamawiający w dniu 01.08.2019 r. wezwał Wykonawcę Tomed Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie pakietu nr 1 w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp. Wykonawca dostarczył Zamawiającemu dokumenty w tym katalog, który nie potwierdzał parametrów określonych w SIWZ oraz szczegółowym formularzu, który Wykonawca dostarczył Zamawiającemu wraz z ofertą.

Zamawiający wzywał Wykonawcę dwukrotnie (w dniach 16.08.2019 r. oraz 26.08.2019 r.) do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, żadne z udzielonych wyjaśnień nie potwierdza spełnienia parametru określonego w SIWZ tj. aby przetwornik posiadał umieszczony w konstrukcji przetwornika osobny port do testowania poprawności systemu.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Edwards Lifesciences Poland Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdza prawidłowości tej czynności.

Zgodnie z 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. Zastosowanie tego przepisu wymaga wykazania, że określony element oświadczenia woli wykonawcy nie odpowiada merytorycznym wymaganiom dotyczącym przedmiotu zamówienia, wyrażonym w SIWZ.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał bardzo lakoniczne uzasadnienie

odrzucenia oferty. Na jego podstawie nie można stwierdzić, czy oferta Odwołującego rzeczywiście nie odpowiada treści SIWZ. Jedynie dwa zdania tego uzasadnienia odnoszą się wprost do stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności, w jednym z nich Zamawiający stwierdza, że otwór widoczny na zdjęciu Wykonawcy Tomed w spodniej ścianie przetwornika nie stanowi portu, w drugim natomiast, że widoczny na zdjęciu otwór nie umożliwia łączenia ze sobą przetwornika z urządzeniem testującym poprawność działania systemu. Pozostała część uzasadnienia, to przywołanie wymagań SIWZ oraz opisanie skierowanych do wykonawcy wezwań.

Odnosząc się do tak sformułowanej informacji o odrzuceniu oferty stwierdzić należy, że Zamawiający zaprezentował tylko finalną ocenę w zakresie wymagania dotyczącego portu testowego, nie przedstawiając de facto żadnej argumentacji na poparcie swoich twierdzeń oraz nie wskazując na okoliczności, które doprowadziły go do takiej oceny. Po pierwsze Zamawiający stwierdził, że otwór widoczny na zdjęciu nie stanowi portu, nie wyjaśnił jednak, dlaczego tak uważa, nie podaje chociażby, jakich cech czy właściwości nie posiada otwór w przetworniku. Dalej Zamawiający stwierdził, że widoczny na zdjęciu otwór nie umożliwia łączenia ze sobą przetwornika z urządzeniem testującym i również w tym przypadku nie podał żadnej argumentacji.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że okoliczności mające wskazywać na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, które zostały wskazane dopiero w postępowaniu odwoławczym, a nie znalazły się w uzasadnieniu odrzucenia, nie uprawniały Izby do przesądzenia zasadności odrzucenia, nie były one bowiem zakomunikowane Odwołującemu i nie mógł on podjąć z nimi polemiki w odwołaniu. Okoliczności takie, to np. to, że pomiar testowy wymaga podłączenia drenu wysokociśnieniowego, który nie zmieści się do otworu, w który wyposażony jest oferowany przetwornik, czy to, że w inny sposób niż za pomocą drenu wysokociśnieniowego nie jest możliwe precyzyjne wprowadzenie zadanego ciśnienia do przetwornika.

Dalej zauważyć należy, że uzasadnienie odrzucenia oferty nie przedstawia też żadnej polemiki ze złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami, które były składane dwukrotnie. Zamawiający zakomunikował jedynie, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania wymaganego parametru, nie podał jednak żadnej argumentacji w tym zakresie. Przyczyny, dla których Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za nieprzekonujące, mogły pozostawać jedynie w sferze domysłów wykonawcy, a zostały mu przybliżone dopiero podczas rozprawy. Również dopiero na rozprawie Zamawiający przedstawił uzasadnienie, dlaczego nie zgodził się prezentację urządzenia, której przeprowadzenie Odwołujący proponował w złożonych wyjaśnieniach.

Ponadto, dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Zamawiający podniósł, że element wskazywany przez Odwołującego jako port, wbrew wymaganiom SIWZ nie został oznaczony i opisany na urządzeniu. W treści informacji o odrzuceniu oferty nie ma stwierdzenia, że ta właśnie okoliczność jest przyczyną odrzucenia. W piśmie tym została jedynie przywołana treść wskazanego wyżej wymagania, Zamawiający nie wyraził jednak oceny, że wymóg ten nie został spełniony. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że nie można domyślać się ocen dokonanych przez Zamawiającego wnioskując o nich z tego, jakie wymagania SIWZ Zamawiający przywołał we wstępie uzasadnienia. Skoro Zamawiający nie stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż port testowy (czy też otwór określany przez wykonawcę jako port) nie został oznaczony i opisany, to znaczy, że nie było to podstawą faktyczną odrzucenia. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że czynność odrzucenia była poprzedzona wezwaniami do wyjaśnień, z których wynika, co Zamawiający kwestionował. Jakkolwiek treść wezwań wskazuje, czego dotyczą zastrzeżenia Zamawiającego, to właśnie uzasadnienie odrzucenia jest tym dokumentem, w którym Zamawiający powinien przedstawić ocenę wyjaśnień. Niewystarczające jest odniesienie się do nich tylko poprzez stwierdzenie, że nie potwierdzają one spełniania wymogów.

Na marginesie wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego do treści SIWZ (odpowiedzi na pytania wykonawców) stanowią integralną część SIWZ, a wymogi wyrażone w tych wyjaśnieniach obowiązują wykonawców i muszą stanowić podstawę badania ofert.

Podsumowując należy stwierdzić, że uwzględnienie odwołania nie oznacza, że Izba przesądziła zgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, ale spowodowane jest tym, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia nie dowodzi tej niezgodności. Inne rozstrzygnięcie Izby wymagałoby wyjścia poza podstawy faktyczne odrzucenia wyrażone przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności, co byłoby nieprawidłowe. W sytuacji gdyby Izba wzięła pod uwagę okoliczności ujawnione dopiero w postępowaniu

odwoławczym i gdyby doszła do przekonania o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, musiałaby de facto w zastępstwie Zamawiającego uzasadnić taką niezgodność, a wykonawca poznałby po raz pierwszy pełne podstawy odrzucenia swojej oferty dopiero z wyroku Izby.

W związku z powyższym nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii medycznej. Dowód taki należało uznać za nieprzydatny dla rozpoznania sprawy, zasadność odwołania wynikała bowiem z samej oceny uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, a stwierdzenie tej zasadności z powyższego powodu z pewnością nie wymagało wiadomości specjalnych.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zastosował bowiem ten przepis nie wykazując zaistnienia podstaw do jego zastosowania. Odwołanie podlegało więc uwzględnieniu, stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Gdyby w wyniku ponownego badania oferty Odwołującego Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że nie odpowiada ona treści SIWZ, powinien taką ocenę wyczerpująco uzasadnić, przedstawiając po pierwsze wszystkie okoliczności faktyczne, które jego zdaniem o takiej niezgodności świadczą, a po drugie - w odniesieniu do każdej z tych okoliczności podać, z czego taka ocena wynika i zaprezentować wyczerpującą argumentację.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: .....