

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2020 r. przez wykonawcę TIMKO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Uniwersytecki w Krakowie

przy udziale wykonawcy BARD Poland Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty BARD Poland Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu zaoferowania w części 1 zamówienia igieł biopsyjnych nie spełniających wymagania minimalnej długości 13 cm, oddala odwołanie co do pozostałych zarzutów;

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez TIMKO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie na rzecz TIMKO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu medycznego do biopsji stereotaktycznej piersi wraz z dzierżawą systemu do biopsji. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 12 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 092-219183. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania w części 1 wykonawca TIMKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie 23 lipca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty BARD Poland Sp. z o.o. w Warszawie, dalej jako: „BARD”, złożonej w części nr 1 postępowania, ze względu na jej niezgodność z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” ze względu na:

- 1) zaoferowanie igieł biopsyjnych o długości poniżej 13 cm, podczas gdy zamawiający w ramach „Arkusza cenowego - część I” (w pozycji 1) stanowiącego Załącznika nr 1a do SIWZ wymagał, aby zaoferowane igły miały długość min. 13 cm,
- 2) zaoferowanie uchwytu do igieł niekompatybilnego ze stołem do biopsji stereotaktycznej typu „AFFIRM PRONE TABLE firmy Hologic” podczas, gdy zamawiający w ramach „Arkusza cenowego - część I” (w pozycji 3) stanowiącego Załącznika nr 1a do SIWZ wymagał, aby zaoferowany uchwyt do igieł był kompatybilny z będącym na stanie szpitala systemem biopsyjnym Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic,
- 3) w związku z powyższym zaoferowanie w ramach swojej oferty sprzętu niespełniającego wymogu z punktu 3 ppkt 19 („Opis przedmiotu zamówienia”) SIWZ dotyczącego kompatybilności jako sprzętu niegwarantującego kompletnej, kompleksowej i pełnej funkcjonalności, zapewniającej bezpieczne podjęcie oraz wykonywanie pracy, zgodnie z przeznaczeniem sprzętu, który posiada zamawiający oraz niewymagającego od zamawiającego ponoszenia dodatkowych kosztów,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenia BARD, z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji stanowiących elementy oferty, a

mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. art. 87 ust. 1 Pzp przez dokonanie przez zamawiającego wybiórczego i dowolnego wezwania BARD do złożenia wyjaśnień oferty 6 września 2020 r. z ograniczeniem wezwania jedynie do kwestii związanej z uchwytami do igieł, zaniechawszy przy tym wezwania BARD do wyjaśnienia pozostałych niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ podniesionymi w odwołaniu z 29 czerwca 2020 r.;

4. 89 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez przeprowadzenie z BARD niedopuszczalnych w negocjacji dotyczących treści oferty oraz bezzasadne zastosowanie powyższych przepisów w konsekwencji błędnego przyjęcia, iż oferta złożona przez BARD zawiera inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

5. art. 186 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonywanie przez zamawiającego czynności mających na celu poniesienie przez odwołującego szkody, w szczególności unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty mimo niedokonania uwzględnienia odwołania z 29 czerwca 2020 r., dokonanie niepełnych, a zatem iluzorycznych czynności dalszego badania i oceny ofert, co wskazuje na działanie wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty BARD jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz została wniesiona przez wykonawcę BARD, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

7. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, że jest ona ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ

oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia

czynności polegającej na wyborze oferty - BARD, jako oferty najkorzystniejszej w 1 części postępowania, powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie tej części i odrzucenie oferty BARD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykluczenie BARD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz o dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w części 1.

Wykonawca BARD przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Zamawiający za pisemną odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Opisując przedmiot zamówienia w pkt 3 ppkt 19 SIWZ zamawiający ustalił, że kompatybilność, o której mowa w SIWZ i załącznikach, rozumiana jest jako zagwarantowanie kompletnej, kompleksowej i pełnej funkcjonalności, zapewniającej bezpieczne podjęcie oraz wykonywanie pracy, zgodnie z przeznaczeniem sprzętu, który posiada Szpital Uniwersytecki. Pełna funkcjonalność obejmuje również brak konieczności ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów, w szczególności zakupu dodatkowego sprzętu, wyposażenia, czy usługi.

Wykonawcy, zgodnie z Załącznikami nr 1 i 1a do SIWZ stanowiącymi „Formularz Oferty”, „Arkusze cenowy - część I”, „Arkusze cenowy - część II”), musieli uwzględnić wymóg zapewnienia kompatybilności. Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że zaoferowany towar jest w pełni kompatybilny z posiadanym przez szpital systemem do biopsji Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic.

W pozycji 1 kolumny „Parametry wymagane” tabeli do „Arkusza cenowego - część I” stanowiącego Załącznik nr 1a do SIWZ zamawiający opisał wymagania dotyczące igieł biopsyjnych w następujący sposób:

„Sterylna igła biopsyjna wraz z drenami do biopsji kompatybilna z będącym na stanie szpitala systemem biopsyjnym Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic, do biopsji pod kontrolą RTG:

9G okno biopsyjne 20 mm i 12 mm, długość igły min. 13 cm, dreny wyposażone w konektor Y do podawania manualnego i automatycznego znieczulenia do miejsca aspiracji. Igła wyposażona w koszyk na biopaty.

Zamawiający dopuszcza igły w trzech rozmiarach 7G, 10G, 12G do biopsji pod kontrolą RTG kompatybilne z Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic z dodatkową możliwością regulacji wielkości komory w igle biopsyjnej tzw. komora pełna 19 mm i połowa komory 9,5mm w celu zwiększenia możliwości doboru odpowiedniego rozmiaru igły do wielkości pobieranego wycinka”.

W pozycji 1 „Arkusza cenowego” kolumny „Parametry wymagane” tabeli do „Arkusza cenowego - część II” zamawiający zamieścił następujący opis:

„Sterylna igła biopsyjna wraz z drenami do biopsji kompatybilna do biopsji pod kontrolą MRI: 9G okno biopsyjne 20 mm i 12mm, długość igły min. 14 cm, dreny wyposażone w konektor Y do podawania manualnego i automatycznego znieczulenia do miejsca aspiracji. Igła wyposażona w koszyk na biopaty.

Zamawiający dopuszcza, sterylną igłę biopsyjną wraz z drenami do biopsji, kompatybilną do biopsji pod kontrolą MRI: 7G 134 mm i 10G 133 mm, okno biopsyjne 19 mm i 9,5 mm. Igła wyposażona w koszyk na biopaty”.

W toku postępowania zamawiający zmienił opis pozycji 6 „Arkusza cenowego” dla części nr 1 przez wskazanie, że dopuszcza igły o długości 13 cm z pozycji 1. Zmiana ta była wynikiem odpowiedzi na pytanie nr 9 w wyjaśnieniach treści SIWZ z 21 maja 2020 r., zawierające prośbę o uznanie za równoważne igieł o długości 13 cm czyli długości minimalnej wymaganej w pozycji 1 - opisujące

parametry igły. W odpowiedzi zamawiający dopuścił w części 1 w pozycji 6 igły o długości 13 cm z pozycji V. Na pytanie 8 zawierające prośbę o potwierdzenie, że oferowane igły muszą być dedykowane do procedury biopsyjnej wykonywanej pod systemem RTG czyli stołu biopsyjnego Affirm Prone Biopsy, zamawiający odpowiedział, że igły nie muszą być dedykowane do systemu RTG.

W pkt 3 Arkusza cenowego zamawiający opisał:

„Uchwyt do igieł kompatybilny z będącym na stanie szpitala systemem biopsyjnym Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic oraz igłami ujętymi w zamówieniu.

Zamawiający dopuszcza uchwyt do igieł kompatybilny z drenami igieł 7G, 10G i 12G i systemem biopsyjnym Affirm Prone Biopsy System firmy Hologic”.

Jak wynika z wypełnionego przez BARD „Arkusza cenowego - część 1” oraz dokumentów uzyskanych przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca w pkt 1 zaoferował igły:

- 7G Regularna, kod produktu: ECP017G - długość igły: 11,4 cm,
- 10G Regularna, kod produktu: ECP0110G - długość igły: 11,3 cm,
- 12G Regularna, kod produktu: ECP0112G - długość igły: 11,2 cm.

W pkt 3 zaoferował natomiast uchwyt GEUPNGB.

18 czerwca 2020 r. zamawiający przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę BARD, w związku z czym 29 czerwca 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty BARD z powodu zaoferowania igieł biopsyjnych o długości poniżej 13 cm oraz uchwytu do igieł niekompatybilnego ze stołem do biopsji stereotaktycznej typu „AFFIRM PRONE TABLE firmy Hologic. 6 lipca 2020 r. zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty. Nie uwzględnił zarzutów odwołania, a w odpowiedzi złożonej do Izby wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Oświadczył również, że poinformował wykonawców o zamiarze powtórzenia czynności badania i oceny w części 1 postępowania. Wywiódł, że odwołanie w przedmiotowej sprawie utraciło rację bytu wobec zniesienia czynności będącej podstawą wniesienia zarzutów, a zamawiający jest w trakcie przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Odwołujący cofnął odwołanie w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z 28 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1447/20)

Pismem z 6 lipca 2020 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał BARD do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności dotyczących uchwytu do stojaka. Nie żądał wyjaśnień w zakresie pozostałych zarzutów odwołania. W odpowiedzi z 9 lipca 2020 r. BARD oświadczył, że: „zaoferowaliśmy uchwyt o wskazanej nazwie handlowej Encor Fire Forward producenta Bard SenoRx a na potwierdzenie, że produkt spełnia opis przedmiotu zamówienia załączyliśmy ulotkę. Treść oferty odpowiada treści SIWZ, gdyż treścią oferty jest konkretyzacja świadczenia w postaci szczegółowego opisu tej pozycji i przedmiotem jest uchwyt, a nie tuleja. Tulei nie da się zastosować alternatywnie do uchwytu, jej przeznaczenie jest zupełnie inne. Kolumna z numerem katalogowym ma tylko znaczenie pomocnicze, techniczne i tam doszło do zwykłej omyłki w postaci wpisania niewłaściwego numeru katalogowego. A mianowicie prawidłowy numer to ENCFF02. (...) Dane techniczne można w sposób niebudzący wątpliwości i widoczny „na pierwszy rzut oka” wywieźć dodatkowo z dołączonej do oferty ulotki.”

Pismem z 9 lipca 2020 r. zamawiający dokonał poprawienia oferty BARD na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazał, że zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami dla zaoferowanego produktu wskazanego w kolumnie „nazwa handlowa / producent” Bard SenoRx / Encor Fire Forward właściwy numer katalogowy to ENCFF02, zgodny z numerem wskazanym w materiałach firmowych, odpowiadającym przedmiotowi zamówienia określonego w poz. 3, złożonych na wezwanie zamawiającego. BARD pismem z 9 lipca 2020 r. wyraził zgodę na poprawienie oferty, w związku z czym pismem z 13 lipca 2020 r. zamawiającym poinformował o ponownym wyborze oferty BARD, jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznanie zarzutu dotyczącego igieł do biopsji wymaga w pierwszej kolejności wykładni postanowienia pkt 1 Arkusza cenowego.

Zamawiający posłużył się w nim opisem składającym się z dwóch elementów. W pierwszym opisał podstawowy typ igły, w stosunku do którego wymagał: średnicy igły - 9G, wielkości okna

biopsyjnego - 20 mm i 12 mm oraz minimalnej długości - 13 cm. W drugiej części opisu zamawiający dopuścił igły o trzech innych rozmiarach średnicy 7G, 10G, 12G i dwóch innych oknach biopsyjnych (komorach): tzw. komora pełna 19 mm i połowa komory 9,5 mm. Kwestia przeznaczenia igieł do wykonywania biopsji pod kontrolą RTG została wyjaśniona przez zamawiającego odpowiedzią na pytanie 8 z 21 maja 2020 r. i nie ma znaczenia dla rozpoznania zarzutów odwołania.

Istotne dla oceny zarzutów jest ustalenie, czy w odniesieniu do igieł o średnicy 7G, 10G, 12G zamawiający wymagał utrzymania wymogu minimalnej długości 13 cm. Takie było stanowisko odwołującego, z którym nie zgadzał się zamawiający wywodząc, że kwestia ta nie była uregulowana w SIWZ, w związku z czym BARD nie może być obciążany brakiem jednoznaczności opisu wymagań zamawiającego.

Iżba nie zgadza się z tym twierdzeniem. SIWZ będąca dokumentem łączącym w sobie elementy oświadczenia wiedzy i woli zamawiającego podlega wykładni. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp ustalają preferencję na rzecz wykładni literalnej, jednak nawet wykładnia literalna danego postanowienia specyfikacji nie może następować in abstracto, w oderwaniu od innych postanowień dotyczących tego samego elementu zamówienia. Wykładnia literalna musi też uwzględniać zasady logiki i doświadczenia życiowego. Z punktu widzenia tych zasad niemożliwe jest, aby zamawiający, który opisał wymaganie dotyczące długości igły w stosunku do igły o podstawowym rozmiarze 9G, całkowicie pominął kwestie długości tej igły w odniesieniu do igieł o innych długościach. Pogląd przeciwny prowadziłby do tego, że zaoferowanie igieł o dowolnej długości oznaczałoby spełnienie wymagań zamawiającego, z czym nie sposób się zgodzić. Nawet dla osoby nie dysponującej specjalistyczną wiedzą z zakresu radiologii oczywistym jest, że przy wykonywaniu zabiegów biopsji długość igły ma znaczenie.

W związku z tym, że zamawiający w odniesieniu do igieł o średnicy 7G, 10G, 12G nie ustalił w SIWZ innej długości minimalnej jedyną logiczną wykładnią SIWZ jest przyjęcie, że również w odniesieniu do igieł o takich średnicach wymagał minimalnej długości 13 mm.

Z wnioskowaniem tym współbrzmia odpowiedzi na pytania 8 i 9 zawarte w wyjaśnieniach treści SIWZ z 21 maja 2020 r. oraz brzmienie pkt 1 „Arkusza cenowego” dla części II postępowania. Porównanie brzmienia tych dwóch postanowień wskazuje, że zamawiający w sytuacji dopuszczenia innej długości minimalnej igły o średnicach innych niż podstawowa, kwestię tę regulował wprost.

Z pisma E.y Nunes, na które powołują się zarówno odwołujący, jak i przystępujący wynika, iż systemy biopsji piersi ENCOR i ENCOR ENSPIRE firmy BRAND są kompatybilne ze wszystkimi wiodącymi platformami stereotaktycznymi i platformami biopsji metodą tomosyntezy, w tym z systemem biopsji Hologic Affirm wykonywanej w pozycji leżącej na brzuchu. W dalszej części pisma wskazano, że „System Biopsji Piersi ENCOR ENSPIRE jest aktualnie stosowany w zabiegach klinicznych wykorzystujących system prowadzenia biopsji piersi Affirm w pozycji pionowej i leżącej (na brzuchu) oraz w zabiegach biopsji metodą tomosyntezy. W załączniku nr 1 do tego pisma, przedstawiono parametry igieł dla Systemu Biopsji Piersi ENCOR i ENCOR ENSPIRE oraz stwierdzono, że rozmiar regularny jest wskazany dla wszystkich zabiegów z wyjątkiem boczego podejścia, dla którego zaleca się igły długie (Long size)”.

Załącznik wymienia 5 rodzajów igieł wraz ze wskazaniem ich długości:

1. 7G Regularna, kod produktu: ECP017G - długość igły: 11,4 cm;
2. 10G Regularna, kod produktu: ECP0110G - długość igły: 11,3 cm;
3. 12G Regularna, kod produktu: ECP0112G - długość igły: 11,2 cm;
4. 7G Długa, kod produktu: ECPMR017G, długość igły: 13,4 cm;
5. 10G Długa, kod produktu: ECPMR01001G, długość igły: 13,3 cm.

Skoro BARD zaoferował igły regularne 7G, 10G i 12G nie spełnił wymagań zawartych w SIWZ. Igły te mają odpowiednio długości: 11,4 cm, 11,3 cm i 11,2 cm, czyli nie spełniają wymagania minimalnej długości 13 cm.

Do innego zapatrywania nie składania oświadczenie lekarzy załączone do odpowiedzi na

odwołanie. Jego autorzy stwierdzają wprawdzie, że z powodzeniem wykonują zabiegi biopsji w podejściu bocznym igłami krótszymi niż 13 cm, jednak nie wskazują jaka minimalna długość igły zapewnia wykonie biopsji w tym podejściu. Logiczne jest, że długość igły wykorzystywanej w podejściu bocznym może zależeć od budowy ciała danej pacjentki. Zwrócić należy w tym kontekście uwagę na stanowisko odwołującego, w którym wskazywał on, że ewentualne wykonanie biopsji w podejściu bocznym krótszą igłą u części pacjentek może się wiązać z dodatkowym wkłuciem lub zastosowaniem kolejnej dawki promieniowania. Zatem stwierdzenie „wykonanie z powodzeniem” może mieć różną treść z punktu widzenia personelu medycznego i pacjentów.

Odwołanie się lekarzy do treści dokumentacji postępowania, zapewnienia konkurencyjności w postępowaniu oraz najniższego kosztu wykonania procedury nie dotyczy bezpośrednio pracy lekarza, którą jest udzielanie świadczeń medycznych i w ocenie składu orzekającego tworzy wrażenie złożenia oświadczenia, co podważa jego wiarygodność. Lekarze wskazują na zakres długości igieł 50-180 mm. Jednak zamawiający opisując swoje wymagania nie odesłał do tego zakresu, lecz doprecyzował swoje wymagania przez ustalenie minimalnej długości.

Izba zważyła również, że BARD posiada w swej ofercie handlowej igły spełniające te wymagania zamawiające, jednak są one droższe. Nie dano wiary oświadczeniu BARD złożonym na rozprawie, że nie był w stanie zaoferować ich zamawiającemu w postępowaniu, gdyż nie udałoby się ich skalibrować w ramach systemu użytkowanego przez zamawiającego, z powodu jego całkowitej gołostowności.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BARD znalazł zatem potwierdzenie.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający był uprawniony do tego, aby poprawić ofertę BARD w ten sposób, że wadliwie wskazany w pkt 3 arkusza cenowego numer katalogowy uchwytu zastąpił prawidłowym oznaczeniem katalogowym. Izba zważyła, że oferta przystępującego w była w tym punkcie dotknięta wewnętrzną sprzecznością. BARD jako nazwę handlową wskazał prawidłowo nazwę uchwytu - Bard SonoRx, jednocześnie jednak podał numer katalogowy produktu GE. Ponadto podane oznaczenie GEUPNGB wskazywało na tuleję, nie na uchwyt. Ponieważ zamawiający dysponował prawidłowym oznaczeniem uchwytu w karcie katalogowej, mógł dokonać poprawy powstałego uchybienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nie naruszył tego przepisu. Czynności zmierzające do poprawienia powstałej omyłki nie stanowiły negocjacji treści oferty zabronionych przez art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający dostrzegł sprzeczność oferty BARD i działając zgodnie z ustawą zwrócił się o wyjaśnienia. Wyjaśnienia zostały udzielone na podstawie dokumentów znajdujących się już wówczas u zamawiającego. Czynności te nie mogą być poczytane za negocjacje.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przesłanką konieczną wykluczenia na podstawie tego przepisu jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do faktów. Tak nie jest w okolicznościach sprawy. BARD zgodnie ze stanem rzeczywistym wskazał jaki produkt oferuje zamawiającemu. Jeśli odwołujący twierdzi, że oferowany uchwyt nie był kompatybilny z oferowanym systemem obowiązany był wskazać dowody na poparcie swego twierdzenia.

Izba uznała za niepotwierdzony zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie uwzględnienie zarzutów odwołania nie zobowiązuje zamawiającego do wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu. Zamawiający prowadząc postępowanie po uwzględnieniu zarzutów odwołania unieważnia, powtarza albo wykonuje kolejne czynności tak, aby procedura odpowiadała ustawie, co nie zawsze jest tożsame z żądaniami odwołania. Należy jednak odnieść się krytycznie do prowadzenia przez zamawiającego postępowania po wniesieniu odwołania z 29 czerwca 2020 r. Przede wszystkim nie ma wątpliwości, że unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpiło skutkiem wniesienia odwołania. W tej sytuacji zamawiający powinien uwzględnić zarzuty odwołania, a tego zaniechał. Działaniem in fraudem lege jest sytuacja, w której zamawiający, jeśli nie zgadza się ze wszystkimi zarzutami odwołania nie uwzględnia odwołania w części, w której zamierza powtórzyć czynność kwestionowaną odwołaniem. W okolicznościach sprawy zamawiający w sensie materialnym uwzględnił jeden z zarzutów odwołania, jednak nie wskazał, że nie zgadza się z pozostałymi zarzutami. Brak wiedzy w tym zakresie mógł mieć wpływ na czynności procesowe odwołującego. Zamawiający uniemożliwił zbadanie tych zarzutów w ramach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1447/20 i w skrajnym przypadku mógł doprowadzić do braku rozpoznania tych zarzutów w ogóle. Takie postępowanie zamawiającego pozostaje w sprzeczności z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Jest bowiem nieprzejrzyste i faworyzuje wykonawcę, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było potwierdzenie naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Czynność wyboru podlegającej odrzuceniu oferty

BARD nie odpowiada przepisom ustawy.

Pomimo tego, że odwołanie nie zostało uwzględnione w odniesieniu do wszystkich zarzutów Izba postanowiła kosztami postępowania obciążyć w całości zamawiającego. Zasadnicze zarzuty odwołania dotyczyły prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty oraz braku zgodności oferty BARD z SIWZ i w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione. Oddalone zarzuty odwołania w przeważającej części wynikały ze sposobu prowadzenia przez zamawiającego postępowania po wniesieniu pierwszego odwołania, co w okolicznościach sporu - z powodów

wskazanych wyżej - nie powinno być policzone na niekorzyść odwołującego się wykonawcy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: