

Sygn. akt: KIO 163/20

WYROK

z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Aesculap Chifa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako Zarzuty II, III i V.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na zamawiającego kwotę 646.00 zł 00 gr (słownie: sześćset czterdzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 163/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa systemu pomp infuzyjnych, przeznaczonych dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu

(NSSU.DFP.271.43.2019.KB). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 118-289047.

I. W dniu 27 stycznia 2020 r. wykonawca Aesculap Chifa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, tj. (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (ii) odrzucenie złożonej przez niego oferty, mimo iż spełnia ona wymagania określone w Załączniku nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(„SIWZ”), (iii) unieważnienie postępowania, oraz (iv) (działając z ostrożności) zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień - jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do zgodności

jego oferty z treścią SIWZ, powinien być wezwać go do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie i terminie.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: (i) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, (ii) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, (iii) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, (iv) art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, (v) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy

Pzp oraz (vi) art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz (iii) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a ponadto wniósł o (iv) stwierdzenie w wyroku, iż doszło do odrzucenia oferty z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty, a naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, iż najistotniejszym naruszeniem, którego dopuścił się zamawiający jest odrzucenie jego oferty w oparciu o zarzuty, które zostały prawomocnie oddalone przez Izbę w postępowaniu pod sygn. akt KIO 2481/19, w którym rozpatrywano odwołanie wniesione przez Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zdaniem odwołującego oznacza to, że zamawiający pominął prawomocne rozstrzygnięcie KIO i dokonał czynności wprost sprzecznej ze skutkami wyroku KIO we wskazanej powyżej sprawie. Działanie takie godzi w podstawy systemowe środków ochrony prawnej związanych z zamówieniami publicznymi. Naruszone zostały zasady równego traktowania wykonawców oraz respektowania prawomocnych orzeczeń KIO w praktyce zamawiających, tj. następujące przepisy: (i) art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp; (ii) art. 2 ust. 8 Dyrektywy 89/665/EWG; a potencjalnie także: (iii) art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodał, iż w sprawie potencjalnie może również znaleźć zastosowanie art. 72 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż w sprawie o sygn. akt KIO 2481/19 niewątpliwie nastąpiło merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania. Odwołanie wniesione przez Becton Dickinson Polska sp. z o.o. zostało oddalone, co oznacza, iż Izba nie dopatrzyła się po rozpoznaniu zarzutów jakiegokolwiek istotnego naruszenia przepisów rangi ustawowej. Odwołujący stwierdził, iż wskazana powyżej okoliczność stanowi wystarczającą podstawę do uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie. Niezależnie od powyższego, działając z ostrożności, odwołujący merytorycznie odniósł się do poszczególnych przyczyn odrzucenia jego oferty, wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 15 stycznia 2020 r. Przedstawione w tym zakresie stanowisko odwołującego zostało pogrupowane i oznaczone jako Zarzuty I - V, tj. Zarzut I dotyczył wymagania określonego przez zamawiającego w pkt 8, 58, 112 opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”); Zarzut II - wymagania określonego w pkt 18 i 67 OPZ; Zarzut III - wymagania określonego w pkt 81 OPZ; Zarzut IV - wymagania określonego w pkt 14 OPZ (Warunki Gwarancji, Serwisu i Szkolenia); Zarzut V - wymagania określonego w pkt 317 OPZ. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 7 lutego 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych jako Zarzuty II, III i V (Zarzuty II - niemożność pracy

zaoferowanych wyrobów medycznych (pomp strzykawkowych i objętościowych) z szybkością przepływu 1800 ml/h; Zarzut III - brak pomiaru ciśnienia z dokładnością co 1 mmHG; Zarzut V - niepotwierdzenie spełnienia przez zaoferowane wyroby medyczne (stacje dokujące) normy EN60601-1). W pozostałym zakresie (Zarzuty I i IV) zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto zamawiający podniósł, iż w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego (KIO 2481/19) nie doszło do merytorycznego rozpoznania zarzutów, albowiem odwołanie zostało oddalone z uwagi na stwierdzenie nieposiadania przez ówczesnego odwołującego legitymacji do jego wniesienia.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 30 stycznia 2020 r. Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, iż wyrokiem z dnia 9 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1808/19), częściowo uwzględniającym zarzuty odwołania, Izba między innymi nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W związku z niezaskarżeniem przez Becton Dickinson Polska Spółka z o.o. ww. wyroku, odrzucenie oferty tego podmiotu z postępowania stało się ostateczne.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopuściła Becton Dickinson Polska Spółka z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania. Izba stwierdziła, iż ww. spółka utraciła status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu i w związku z tym nie przysługuje jej prawo wnoszenia środków ochrony prawnej. Uzasadniając podjętą przez Izbę decyzję należy wyjaśnić, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać na treść przepisu art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia

otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Z ww. regulacji wynika, iż uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, powiązane z poprzedzającym go uprawnieniem do otrzymania kopii odwołania, przysługuje wyłącznie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. została ostatecznie odrzucona z postępowania, a zatem nie można go uznać za wykonawcę

uczestniczącego w postępowaniu.

Ponadto, Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. w ogóle utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej został przez ustawodawcę wskazany w art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej

przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku środka ochrony prawnej wnoszonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie - dla dokonania oceny, czy środek ochrony prawnej został wniesiony przez podmiot do tego uprawniony - ma kategoria wykonawcy. Podmiotem uprawnionym do wniesienia środka ochrony prawnej jest podmiot posiadający status wykonawcy. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki,

negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę) [tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12].

Pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem „wykonawcy” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu. Jednakże nie chodzi w tym przypadku o podmiot, który w ogóle złożył jakąkolwiek ofertę w postępowaniu, lecz taką, która podlega badaniu i ocenie ofert w tym postępowaniu i może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z tym statusu wykonawcy w konkretnym postępowaniu nie będzie miał ten podmiot, którego oferta nie będzie podlegała badaniu i ocenie ofert i która nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza - z uwagi na to, że oferta ta została w tym postępowaniu odrzucona lub podmiot ten został wykluczony z postępowania (jego ofertą uznaje się wówczas za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) - pod warunkiem, iż odrzucenie oferty lub wykluczenie z postępowania jest ostateczne.

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przykładowo, w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16, stwierdzono: „(57) Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016

r., *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13-16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (58) Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Podsumowując należy stwierdzić, iż podmiotowi, który przestał być wykonawcą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia - w związku z tym, że został ostatecznie wykluczony z postępowania i wobec tego jego ofertę uznaje się za odrzuconą, lub w związku z tym, że jego oferta została ostatecznie odrzucona - nie przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, w tym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W szczególności prawo kwestionowania czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu (np. poprzez złożenie odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego lub wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego) nie może przysługiwać temu podmiotowi, który w tym postępowaniu nie uczestniczy. Za całkowicie niezasadne należy uznać odwoływanie się przez Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. do posiadania interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Kwestia posiadania przez dany podmiot interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego (tj. jak wynika z przepisu art. 185 ust. 4 ustawy Pzp - w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron) może być rozpatrywana wyłącznie w odniesieniu do takiego podmiotu, który może stać się uczestnikiem danego postępowania odwoławczego. Rozpatrywanie kwestii posiadania interesu w odniesieniu do podmiotu, który utracił już status wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest całkowicie bezprzedmiotowe.

Ponadto Izba dokonała następujących ustaleń:

Pismem z dnia 26 listopada 2019 r. zamawiający, po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w wyniku wydania przez Izbę wyroku z dnia 9 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1808/19), zawiadomił o wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 6 grudnia 2019 r. Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego polegające na badaniu i ocenie

ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Aesculap Chifa sp. z o.o.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W wyniku zgłoszenia przez Aesculap Chifa Sp. z o.o. sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu.

Wyrokiem z dnia 23 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2481/19) odwołanie Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. zostało oddalone. Jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku „Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Tym samym odwołanie musi podlegać oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu. Izba ustaliła, że Odwołujący się wykonawca Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z dniem 29 listopada 2019 r. przestał być uczestnikiem prowadzonego postępowania na skutek ostatecznego odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, w wyniku wykonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty nakazanej przez KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1808/19 z dnia 9 października 2019 r. Powyższy wyrok KIO nie został zaskarżony przez Odwołującego do sądu okręgowego. Oferta odwołującego została zatem ostatecznie odrzucona, a tym samym czynność ta nie może być już kwestionowana przez wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej.”

Pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 26 listopada 2019 r.

Kolejnym pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ww. pismem zamawiający jednocześnie zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawiona przez zamawiającego merytoryczna argumentacja odnosiła się do poszczególnych wymagań OPZ, z którymi - zdaniem zamawiającego - oferta odwołującego jest niezgodna. Były to te same wymagania, których spełnienie w odniesieniu do oferty odwołującego zostało uprzednio zakwestionowane w odwołaniu Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2481/19), tj. wskazane

w punktach: 1) 8, 58, 112 OPZ, 2) 18 i 67 OPZ; 3) pkt 81 OPZ, 4) 14 OPZ (Warunki Gwarancji, Serwisu i Szkolenia) oraz 317 OPZ.

W odniesieniu do niespełniania przez ofertę odwołującego wymagań wskazanych w punktach: 8, 58, 112 OPZ zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

„Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał punkcie 8, 58, 112 następującego parametru: „Wymiana akumulatora przez Użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu”. Parametr ten został potwierdzony przez Wykonawcę w złożonym oświadczeniu. Jednakże w instrukcji obsługi pomp Perfusor Space i Infusomat Space jest podane że wymiana akumulatora jest możliwa po uprzednim zdjęciu pokrywy poprzez naciśnięcie przycisku poniżej przedziału akumulatora za pomocą ostro zakończzonego długopisu. Zapis w instrukcji obsługi jednoznacznie wskazuje, że wymiana akumulatora wymaga użycia narzędzia w postaci co najmniej zakończonego długopisu w celu otwarcia pokrywy akumulatora. W konsekwencji powoduje to, że zaoferowane urządzenie jest niezgodne z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametru granicznego, gdyż Zamawiający wymagał wymiany akumulatora bez użycia narzędzi.”

W odniesieniu do stwierdzonej niezgodności oferty odwołującego z punktem 14 OPZ (Warunki Gwarancji, Serwisu i Szkolenia) zamawiający przedstawił następujące

uzasadnienie:

„Zamawiający w pkt 14 oczekiwał m. in. podania n/w danych: „(należy podać dane teledoresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy, posiadającego uprawnienia do tego typu działalności)” Tymczasem Wykonawca nie podał wykazu serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń oraz innych danych do opisanego warunku, takich jak.: „dane teledoresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy,

posiadającego uprawnienia do tego typu działalności." W konsekwencji powoduje to, że treść oferty jest niezgodna z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia w zakresie powyższego parametru granicznego."

Zgodnie z treścią OPZ ww. wymagania zostały przez zamawiające określone w następujący sposób:

8, 58, 112 [pierwsza kolumna] - „Wymiana akumulatora przez użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu” [druga kolumna] - „TAK” [trzecia kolumna];

14 [pierwsza kolumna] - „Struktura serwisowa gwarantująca realizację wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji lub udokumentowana/uprawdopodobniona dokumentami możliwość gwarancji realizacji wymogów stawianych w niniejszej specyfikacji - należy podać wykaz serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń (należy podać dane teleadresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy posiadającego uprawnienia do tego typu działalności)” [druga kolumna] - „TAK” [trzecia kolumna].

Odwolujący czwartą kolumnę w odniesieniu do ww. wymagań wypełnił w następujący sposób:

8,58, 112 - „Tak, Wymiana akumulatora przez użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu”

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

Na pierwszej stronie OPZ zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienie: „Parametry określone jako „tak” są parametrami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi „nie” lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku będzie skutkowało odrzuceniem oferty.”.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 10 SIWZ dokumenty określone przez zamawiające w punkcie 10.2.1 - 10.2.2, tj. między innymi wypełniony opis przedmiotu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji (10.2.2), stanowią ofertę i w związku z tym nie będą podlegały procedurze uzupełnienia, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W instrukcji obsługi pomp Perfusor Space i Infusomat Space zaoferowanych przez odwołującego zawarty jest zapis: „By zdjąć pokrywę akumulatora, nacisnąć przycisk poniżej przedziału akumulatora za pomocą ostro zakończzonego długopisu i ściągnąć pokrywę z urządzenia”.

Z eksperymentu procesowego przeprowadzonego na rozprawie wynika, iż zdjęcie pokrywy akumulatora pompy Perfusor Space i Infusomat Space zaoferowanych przez odwołującego możliwe jest bez posługiwania się ostro zakończonym długopisem (tj. poprzez naciśnięcie przycisku palcem).

Mając na uwadze powyższe rozprawa została zamknięta bez dopuszczenia i przeprowadzenia wnioskowanego przez odwołującego dowodu z opinii biegłego z zakresu sprzętu medycznego na okoliczność „możliwości wymiany bez użycia narzędzi akumulatora

w pompach Prefusor Space i Infusomat Space produkcji BBraun Melsungen AG,

nieużywanych nigdy w warunkach szpitalnych, rok produkcji 2018”, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę, jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. W niniejszej sprawie

Izba uznała, iż sprawa nadaje się do rozstrzygnięcia na podstawie zabranego w sprawie materiału.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, w zakresie w jakim podlegało rozpoznaniu, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące niezgodności działań zamawiającego z uprzednio wydanym przez Izbę orzeczeniem (wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2481/19) należało uznać za oczywiście niezasadne. Jak bowiem bezspornie wynika z treści uzasadnienia ww. wyroku Izba oddaliła odwołanie w związku ze stwierdzeniem braku legitymacji do jego wniesienia po stronie ówczesnego odwołującego (Becton Dickinson Polska Sp. z o.o.). Izba nie rozpoznała zarzutów odwołania uznając je za zasadne bądź niezasadne. W uzasadnieniu wyroku z dnia 23 grudnia 2019 r. Izba wyraźnie wskazała, iż „odwołanie musi podlegać oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu”. Bez znaczenia w kontekście zarzutów podniesionych w tym zakresie w obecnie rozpoznanym odwołaniu jest okoliczność przeprowadzenia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2481/19 rozprawy co do zarzutów stanowiących następnie przyczyny odrzucenia oferty odwołującego, skoro zarzuty te nie zostały ostatecznie rozpoznane. Nie można zatem uznać, iż działania zamawiającego były niezgodne z wydanym przez Izbę wyrokiem. W tej sytuacji zamawiający był uprawniony do zmiany wcześniejszych decyzji dotyczących badania i oceny oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2481/19 odnosi się bowiem do braku możliwości kwestionowania działań zamawiającego przez Becton Dickinson Polska Sp. z o.o., a nie do braku możliwości zmiany czynności w postępowaniu przez samego zamawiającego.

Zarzut dotyczący niezasadnego stwierdzenia przez zamawiającego, iż oferta odwołującego nie spełnia wymagania wskazanego w pkt 8, 58 i 112 OPZ potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego nie można bowiem uznać, iż zapis w instrukcji obsługi pomp Perfusor Space i Infusomat Space o treści: „By zdjęć pokrywę akumulatora, nacisnąć przycisk poniżej przedziału akumulatora za pomocą ostro zakończonych długopisu i ściągnąć pokrywę z urządzenia” świadczy o braku spełniania przez wyroby medyczne zaoferowane przez odwołującego wymagania wskazanego w pkt 8, 58 i 112 OPZ: „Wymiana akumulatora przez użytkownika bez użycia narzędzi i wykonywania przeglądu technicznego, akumulator gotowy do pracy natychmiast po założeniu”. Zdaniem składu orzekającego Izby ww. zapis instrukcji należy rozumieć jedynie jako wskazanie najłatwiejszego sposobu otwarcia pokrywy akumulatora. Jak wynika z doświadczenia życiowego w przypadku, gdy otwarcie jakiegoś urządzenia następuje poprzez naciśnięcie przycisku o nieznacznych rozmiarach, posłużenie się przedmiotem o wąskim zakończeniu pomaga w dokonaniu tej czynności. Na ogół posłużenie się takim przedmiotem stanowi jedynie ułatwienie takiej czynności, a nie warunek jest przeprowadzenia. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku wyrobów medycznych (pomp strzykawkowych i objętościowych) zaoferowanych przez odwołującego. Jak bowiem wynika z przeprowadzonego eksperymentu procesowego do otwarcia pokrywy akumulatora nie jest konieczne posługiwanie się jakimkolwiek narzędziem, wystarczy naciśnięcie przycisku palcem, choć prawdopodobnie posłużenie się jakimś ostro zakończonym przedmiotem może tę czynność ułatwić. W świetle powyższego zawartego w instrukcji wskazania (zdaniem Izby o charakterze jedynie sugestii) posłużenia się ostro zakończonym długopisem przy otwarciu pokrywy akumulatora nie sposób uznać za okoliczność potwierdzającą niespełnienie wymagania wskazanego w pkt 8, 58 i 112 OPZ co do możliwości wymiany akumulatora bez użycia narzędzi, a samego długopisu - jako narzędzia, o którym mowa w ww. postanowieniach OPZ.

Natomiast zarzut dotyczący wymagania 14 Izba uznała za niezasadny.

Należy wskazać, iż zamawiający wyraźnie wskazał w OPZ, iż „Parametry określone jako „tak” są parametrami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi „nie” lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku będzie skutkowało odrzuceniem oferty.”. Postanowienie zawarte w pkt 14 zostało określone jako „tak”, a zatem było to parametr graniczny (bezwzględne wymaganie). Jednocześnie w treści tego wymagania zamawiający wymagał podania wykazu serwisów i/lub serwisantów posiadających uprawnienia do obsługi serwisowej oferowanych urządzeń (należy podać dane teleadresowe, sposób kontaktu i liczbę osób serwisu własnego lub podwykonawcy posiadającego uprawnienia do tego typu działalności). Niepodanie ww. danych stanowi co najmniej udzielenie odpowiedzi nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełnienia wymagania. Skoro bowiem zamawiający wymagał, aby złożona przez wykonawcę oferta obejmowała informacje w zakresie ww. przedmiotu świadczenia określonego w OPZ, to pominięcie tego wymagania przez odwołującego świadczy o niezgodności treści jego oferty z SIWZ, co oznacza zaistnienie podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Za całkowicie niezasadne należy uznać twierdzenia odwołującego, iż ww. wymaganie ma bardziej charakter podmiotowy niż przedmiotowy. Jak wyraźnie wskazano w pkt 10 SIWZ dokumenty określone przez zamawiające w punkcie 10.2.1 - 10.2.2, tj. między innymi wypełniony opis przedmiotu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji (10.2.2), stanowią ofertę, w związku z tym nie będą podlegały procedurze uzupełnienia, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby ww. postanowienia SIWZ, w tym OPZ, były jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości, a treść oferty w ww. zakresie nie podlegała uzupełnieniu ani wyjaśnieniu. Za całkowicie niezasadne należy uznać stanowisko odwołującego, iż ww. brakująca treść oferty mogłaby zostać samodzielnie uzupełniona przez zamawiającego w oparciu o treść ofert złożonych przez odwołującego we wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych przez tego zamawiającego (w tym w oparciu o wskazywany przez odwołującego przepis § 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia sprawie, który to przepis w ogóle nie dotyczy możliwości uzupełnienia treści oferty sensu stricto).

Za niezasadny należało również uznać zarzut zaniechania przez zamawiającego zastosowania wobec odwołującego procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem przepis ten nie dotyczy wyjaśniania oferty sensu stricto. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mógłby mieć zastosowanie jednakże jedynie wobec wymagania określonego w pkt 8, 58 i 112 OPZ, a nie wobec wymagania określonego w pkt 14, gdyż wyjaśnieniu może podlegać jedynie treść zawarta w ofercie (a nie brakująca). Należy jednak zauważyć, iż wyjaśnienia w odniesieniu do wymagania określonego w pkt 8, 58 i 112 OPZ były już przez odwołującego składane w toku poprzedniego postępowania odwoławczego. Niemniej jednak, w ocenie składu orzekającego Izby, jak to już zostało wskazane powyżej, w odniesieniu do ww. wymagania ocena dokonana przez zamawiającego była błędna.

Mając na uwadze powyższe, pomimo niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego niespełniania wymagania określonego w pkt 8, 58 i 112 OPZ, odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Wobec potwierdzenia się podstawy do odrzucenia odwołania w związku z niezgodnością treści oferty odwołującego z wymaganiem zawartym w pkt 14 OPZ, czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji również czynność polegająca na unieważnieniu postępowania - nie podlegały wzruszeniu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu wyłącznie w sytuacji, w której stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie 2 sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów, które zostały przez zamawiające uwzględnione (Zarzuty II, III i V) i wobec faktu niewystępowania w postępowaniu przystępującego po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 192 ust. 1 zd. drugie w zw. z art. 186 ust. 4a w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: