Sygn. akt: KIO 273/22

WYROK

z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę

Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulejówku
w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
w Lubartowie

przy udziale wykonawcy Grovis-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Grovis-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie 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 Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulejówku, tytułem wpisu

od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lubartowie na rzecz wykonawcy Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulejówku kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 273/22

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

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę stołów operacyjnych w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00309856.

W dniu 31 stycznia 2022 r. wykonawca Klaromed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulejówku, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grovis-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej „Grovis-Med", jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Grovis-Med i dokonania ponownej oceny i badania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w dniu 4 lutego 2022 r. wykonawca Grovis-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej również „Przystępujący".

Pismem z dnia 11 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzeniach w dniach 14 i 21 lutego 2022 r. i rozprawy w dniu 21 lutego 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawę stołów operacyjnych, gdzie w zakresie części 2 jest dostawa stołu operacyjnego do chirurgii bariatrycznej.

Zgodnie z parametrem nr 1 w zakresie Zadania nr 2, Załącznik nr 3.2 do specyfikacji

warunków zamówienia, dalej „SWZ", Zestawienie parametrów technicznych, oferowany stół bariatryczny ma posiadać asymetryczną kolumnę zapewniającą dostęp dla aparatu RTG min

1240 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczania blatu.

W zakresie Zadania nr 2 parametru nr 11 załącznika nr 3.2 do SWZ - Zestawienia parametrów technicznych, Zamawiający sprecyzował, że wymaga: Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne systemy akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych i dwa niezależne systemy sterowania).

Pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 16 czy Zamawiający dopuści stół operacyjny z centralną kolumną z blatem modułowym i możliwością jego konfiguracji w zależności od planowanego zabiegu oraz przesuwem wzdłużnym dającym szersze możliwości dostępu aparatu RTG niż opisany w SWZ? Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza.

Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oferującego stół Arcus Typ 601 wytwórcy Schaerer Medical AG oraz Przystępującego oferującego stół

KERNA Typ KERNA wytwórcy STERIS SAS.

Ponadto, Izba ustaliła, że Przystępujący w złożonej ofercie oświadczył, że spełnia parametr nr 1 załącznika nr 3.2 do SWZ wskazując: TAK. Stół do operacji bariatrycznych z

asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu zapewniającą dostęp dla aparatu RTG min 1240 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczania blatu oraz że spełnia parametr nr 11 załącznika nr 3.2 do SWZ wskazując: TAK. Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne systemu

akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych i dwa niezależne systemy sterowania elektrycznego). Dodatkowo załączył kartę katalogową stołu, z której wynikało, że oferowany stół spełnia wymogi określone w parametrze nr 1 i 11 Zadania nr 2, w załączniku

nr 3.2 do SWZ.

Dodatkowo Przystępujący przedłożył kartę katalogową, którą sam sporządził wskazując, że Długość blatu i konstrukcja kolumny stołu umożliwiająca bardzo dobry dostęp aparatu RTG (ramienia C). Blat stołu przezierny RTG w projekcji AP. Stół do operacji bariatrycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu zapewniającą dostęp dla aparatu RTG min 1300 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczania

blatu. (załącznik nr 3.2. - punkt 1) oraz Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne systemu akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych i dwa niezależne systemy sterowania elektrycznego) (załącznik nr 3.2. - punkt 11)

Pismem z dnia 29 grudnia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o

wyjaśnienie treści złożonej oferty, gdyż powziął informację z ogólnie dostępnych na stronie internetowej producenta broszur, z których wynikało, że stół operacyjny STERIS model KERNA nie ma możliwości zapewnienia dostępu dla aparatu RTG min 1240 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i jego przemieszczenia. Maksymalny odstęp bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczenia blatu z modelu Kerna to 1020 mm. Dopiero rozłożenie stołu powoduje, że uzyskuje on 1250 mm celem zapewnienia dostępu dla aparatu RTG.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący wskazał, że w broszurze producenta umieszczonej na stronie , na którą się powoływał Zamawiający,

przedstawiony jest stół w konkretnej konfiguracji (nie zaoferowanej przez oferenta) - niekoniecznie spełniającej wymagania opisane w postępowaniu przetargowym. Wykonawca wskazał, że szeroka gama segmentów, różniących się od siebie funkcjonalnością oraz wymiarami geometrycznymi (dodatkowo część z tych segmentów posiada możliwość regulacji swojej długości) gwarantuje bardzo szerokie możliwości konfiguracji samego blatu (na etapie złożenia zamówienia u producenta), a co za tym idzie pozwala oferentowi na spełnienie parametrów wymaganych opisanych w zestawieniu parametrów technicznych. Wykonawca wskazał, iż z materiałów informacyjnych jakie widnieją na stronie producenta nie wynika czy stół posiada podwójny system akumulatorów i niezależny układ pomp. Są to informacje techniczne z zakresu konstrukcji i żaden producent nie będzie przedstawiał swoich rozwiązań.

Następnie, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do wstawienia do siedziby Zamawiającego zaoferowanego urządzenia w ofercie w wersji demonstracyjnej przed zawarciem umowy w celu sprawdzenia parametrów określonych w SWZ, zgodnie z pkt IV ppkt 15 ppkt 10) SWZ (Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy do wstawienia zaoferowanego urządzenia w wersji demonstracyjnej przed zawarciem umowy w celu sprawdzenia parametrów określonych w SWZ). Wstawienie stołu do siedziby Zamawiającego i jego demonstracja odbyła się w dniu 18 stycznia 2022 r. W oględzinach stołu uczestniczyli przedstawiciele wykonawcy i pracownicy Zamawiającego. Prezentację stołu utrwalono na nagraniu video. Dodatkowo, Zamawiający sporządził notatkę służbową z dnia 24 stycznia 2022 r. na fakt spełniania przez stół Przystępującego parametrów określonych w SWZ, w tym z pkt 1 i 11 załącznika nr 3.2 do SWZ.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Na wstępie wymaga podkreślenia, że art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest następcą prawnym art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy, różnią się jedynie nazewnictwem, na co wskazywała już Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1995/21, podnosząc, że tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Odwołujący wykazał, że oferowany przez Przystępującego stół nie spełnia ani wymagań z pkt 1, ani z pkt 11 załącznika nr 3.2 do SWZ. Odwołujący podnosił, że możliwość obrazowania ciała pacjenta bez przemieszczania blatu i zmiany konfiguracji blatu w stole operacyjnym Przystępującego to tylko max. 1020 mm, a nie jak wymagał Zamawiający 1240 mm. Jedynie przez niedozwolone w OPZ przesunięcie blatu i dołożenie modułu możliwe byłoby dla tego stołu uzyskanie obrazowania ciała pacjenta na długości 1290 mm. Po maksymalnym przesuwie blatu i zmiany konfiguracji blatu (dołożeniu modułu blatu) możliwe jest uzyskanie obrazowania ciała pacjenta na długości 1520 mm.

Zgodnie z pkt 1 załącznika nr 3.2 do SWZ stół miał posiadać asymetryczną kolumnę zapewniającą dostęp dla aparatu RTG min 1240 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczania blatu. Dodatkowo, zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiający potwierdził, że nie dopuszcza dołożenia modułu blatu.

Podkreślić należy, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), to Przystępującego obciąża obowiązek wykazania niezasadności stawianych zarzutów, gdyż to on wywodzi ze sposobu ukształtowania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia skutek w postaci prawidłowego działania Zamawiającego. Zaniechanie podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej przez podmiot wiąże się co do zasady

z negatywnymi konsekwencjami procesowymi dla tego podmiotu.

Skład orzekający podziela argumentację Odwołującego, że zarówno oferta Przystępującego, jak i nagranie z video, nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków zamówienia w zakresie parametru z pkt 1 załącznika nr 3.2 do SWZ.

Zgodnie z broszurą producenta, załączoną do odwołania, zaoferowany przez Przystępującego, stół operacyjny STERIS model KERNA nie ma możliwości zapewnienia dostępu dla aparatu RTG min 1240 mm bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i jego przemieszczenia. Maksymalny dostęp bez konieczności zmiany konfiguracji blatu i przemieszczenia blatu z modelu KENRA to 1020 mm. Również instrukcja obsługi stołu KERNA wskazuje, że możliwość obrazowania ciała pacjenta bez przemieszczania blatu i zmiany konfiguracji blatu w stole operacyjnym to max 1020 mm, podczas gdy Zamawiający wymagał 1240 mm.

Izba dostrzega, że Przystępujący do oferty dołączył kartę katalogową, z której wynika, że stół operacyjny KERNA ma możliwości obrazowania ciała pacjenta na długości 1300 mm bez konieczności wykorzystania przemieszczenia blatu i zmiany konfiguracji blatu. Niemniej jest to opis własny wykonawcy, a nie opis pochodzący od producenta. Nic nie stało na przeszkodzie, aby w trakcie postępowania odwoławczego Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta potwierdzające wymogi Zamawiającego. Skoro więc zarówno oficjalny folder producenta, jaki instrukcja obsługi, zaprzeczają informacjom podanym w opisie Przystępującego, załączonym do oferty, Izba uznała, że Odwołujący wykazał niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Dodatkowo, Izba podzieliła twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący uzyskał wymagany parametr przez zmianę konfiguracji blatu i jego przemieszczenie, co obrazuje instrukcja użytkownika, gdzie zamiast wymaganych 4 modułów, Przystępujący zaoferował stół faktycznie z 5 modułami i w ten sposób zwiększył długość stołu, podczas gdy zgodnie z pkt 9 załącznika nr 3.2 do SWZ blat stołu miał być 4 - segmentowy łamany niezależnie w trzech miejscach. Co również znamienne, sam pełnomocnik Zamawiającego stwierdził na rozprawie, że w jego ocenie pojawiły się wątpliwości po zapoznaniu się z materiałami przedłożonymi na rozprawie przez Odwołującego, z których wynika, że stół składa się faktycznie z 5 elementów.

Odwołujący wskazywał także, że w stole Przystępującego nie występują dwa niezależne systemy akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych.

Stosownie do pkt 11 załącznika nr 3.2 do SWZ wykonawca winien zaoferować Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne systemy akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych i dwa niezależne systemy sterowania).

Izba za niewykazane uznała twierdzenia Przystępującego, iż zaoferowany stół posiada ww. rozwiązanie. Przystępujący nie udowodnił swoich twierdzeń, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Izba nie znalazła podstaw, aby podważyć twierdzenia Odwołującego. Tym bardziej, że Odwołujący przedkładając broszurę stołu wskazał, że nie sposób znaleźć w niej jakiejkolwiek wzmianki o wymaganym rozwiązaniu. W instrukcji stołu KERNA znajdują się jedynie informacje o dodatkowym panelu awaryjnym Wreszcie, zintegrowany system zapasowy (panel awaryjny) obejmujący jak najwięcej problemów związanych z awariami, pozwala użytkownikowi na kontynuowanie procedury „w toku" i usunięcie stołu z pomieszczenia." oraz o baterii stołu W podstawie stołu operacyjnego zamontowano dwa akumulatory żelowo-ołowiowe 12 V, zapewniające autonomiczność zasilania stołu KERNA™. Przed użyciem stołu należy sprawdzić, czy akumulatory są dostatecznie naładowane.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał, nawet nie uprawdopodobnił, że oferowany przez niego stół spełnia parametry z pkt 11 załącznika nr 3.2 do SWZ. Przystępujący nie przedłożył żadnego oświadczenia producenta, bazując jedynie na opisie rozwiązań sporządzonym przez siebie samego. Rodzi to wątpliwości co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że większą wiarygodność należy przypisać oficjalnemu katalogowi producenta Steris i instrukcji, traktując je jako opisy pochodzące od producenta.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp za zasadny. Dlatego też nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Grovis-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....