Sygn. akt KIO 1180/22

WYROK

z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2022 r. w Warszawie odwołana wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o., przy udziale wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy InView Medical - M. M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. InView Medical - M. M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy InView Medical - M. M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu.

W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o. oraz odwołującego CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o. na rzecz wykonawcy CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i honorarium pełnomocnika procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. 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 1180/22

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o., zwany dalej „Zamawiającym”,

działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę sprzętu i aparatury medycznej oraz

pierwszego wyposażenia dla Zespołu Oddziałów Okulistyki Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o.”. Zamówienie zostało podzielone na 87 części.

Część nr 79 zamówienia dotyczy dostawy Systemu do endoskopowej mikrochirurgii oka.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 stycznia 2022 r., Nr 2022/S 018-042912.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

a) czynności wyboru oferty spółki InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu w części nr 79 mimo, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

b) zaniechania wykluczenia wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. w części nr 79 pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

c) zaniechania odrzucenia oferty InView Medical - M., M. sp. j. w części nr 79, z uwagi na fakt iż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

d) zaniechania wyboru oferty Odwołującego w części nr 79, jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zaskarżył również zaniechanie czynności wezwania

wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. do wyjaśnień treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych w części nr 79 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. pomimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie jest zgodna z warunkami zamówienia,

b) art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2A ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. pomimo przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu,

c) art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlegała odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu, a tym samym poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

d) art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na wypadek nieuwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów Odwołujący zgłosił także zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 223 ust.1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty i przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę InView Medical - M., M. sp. j. w postaci: dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu medycznego do obrotu i do używania oraz oznakowanie znakiem CE zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, autoryzacji producenta na serwis i sprzedaż zaoferowanego sprzętu na terenie Polski oraz dokumentów dopuszczających do eksploatacji i użytkowania, ogólnych warunków gwarancji i instrukcji obsługi w języku polskim, mimo, iż zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień wobec uzasadnionych wątpliwości w zakresie sprzecznych informacji zawartych w ofercie i w dokumentach, a zatem wątpliwości w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi przez Zamawiającego cechami lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j., wykluczenie wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. i odrzucenie oferty tego wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, ponowne dokonanie badania i oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zgłosił także wniosek ewentualny o wezwanie wykonawcy InView Medical - M., M.

sp. j. do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty i przedmiotowych środków dowodowych opisanych w treści zarzutu ewentualnego.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów

z dokumentów, które zostały załączone do jego odwołania na okoliczności wskazane w treści odwołania, a także zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy części nr 79 zamówienia obejmującej System do endoskopowej mikrochirurgii oka. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w załączniku nr 5A do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") wśród parametrów technicznych wymagał, by wykonawca podał w stosunku do oferowanego produktu nazwę producenta, nazwę handlową produktu oraz jego numer.

Zdaniem Odwołującego działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j., która była ofertą niezgodną z warunkami zamówienia i która podlegać powinna odrzuceniu, jak również do zaniechania wykluczenia wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd i z tego powodu jego oferta także powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie według Odwołującego powyższe działania i zaniechania uniemożliwiły wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Dokonując analizy tego przepisu przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy PZP, należy przyjąć, że treść oferty jest wówczas niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP konieczne jest zatem konkretne ustalenie, na czym niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Przy tym Odwołujący powołał się na najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc swoje rozważania teoretyczne na grunt rozpoznawanej sprawy Odwołujący wskazał, że treść oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest niezgodna z wymaganiami, jakie Zamawiający postawił w zakresie określenia w ofercie parametrów oferowanego urządzenia, w tym jego producenta, jak również dowodów wykazujących formułowane względem sprzętu wymagania. Według Odwołującego w doktrynie i aktualnym na gruncie nowej ustawy PZP orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SWZ, czy jest z nią zgodna.

Według Odwołującego wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w złożonej przez siebie ofercie zobowiązał się dostarczyć Zamawiającemu urządzenie producenta Endo Optiks, o nazwie handlowej oraz numerze katalogowym OME4000 E4, ale jednocześnie w dokumentach złożonych po wezwaniu przez Zamawiającego na potwierdzenie treści oferty, w której wykonawca ten sprecyzował producenta, nazwę handlową oraz numer katalogowy (co było wymagane według SWZ), część dokumentów jako producenta oferowanego urządzenia wskazuje na firmę Beaver-Visitec International Inc., zaś inna część na firmę Endo Optiks. W tej sytuacji w ocenie Odwołującego trudno tak naprawdę stwierdzić, które oznaczenia

producenta są prawidłowe, a zatem należy uznać, że wykonawca Inview Medical - M., M. sp. j. nie sprecyzował treści oferty w sposób wymagany według treści załącznika nr 5A do SWZ, stąd też oferta jako niezgodna z warunkami zamówienia powinna podlegać odrzuceniu.

W uzasadnieniu drugiego z zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że sposób wypełnienia oferty, jak również treść przedłożonych na wezwanie dokumentów świadczą o tym, że wykonawca Inview Medical - M., M. sp. j. co najmniej przez lekkomyślność lub niedbalstwo przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego. Według Odwołującego oczywistym jest, że wykonawca Inview Medical - M., M. sp. j. musiał mieć świadomość, że nie istnieje obecnie na rynku produkt System do endoskopowej mikrochirurgii oka produkowany przez producenta Endo Optiks o nazwie handlowej oraz numerze katalogowym OME4000 E4, jak wskazano w jego ofercie. Wykluczają to bowiem dokumenty załączone na wezwanie Zamawiającego, mające wykazywać zgodność produktu z zapisami SWZ, dokumenty te nie dotyczą tego produktu, bowiem część z nich wystawiona została przez firmę Beaver-Visitec International Inc. nie zaś przez firmę Endo Optiks Inc. jak zadeklarowano w jego ofercie.

Odwołujący podał, że obecnie nie ma na rynku firmy o nazwie Endo Optiks Inc., tym samym nie ma sprzętu zaoferowanego przez wykonawcę Inview Medical - M., M. sp. j. produkowanego przez firmę Endo Optiks Inc., co w konsekwencji oznacza, że oferta tego wykonawcy w sposób oczywisty powinna podlegać odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Inview Medical - M., M. sp. j. musiał mieć świadomość, że firma Beaver-Visitec International Inc. jest producentem urządzenia Endo Optiks, skoro z jednej strony przedstawił autoryzację na sprzedaż i serwis firmy Endo Optiks,
a z drugiej strony deklarację zgodności wystawioną przez firmę Beaver-Visitec International Inc. Obydwa dokumenty różniące się w treści nazwą producenta w sposób oczywisty wykazują niezgodność treści oferty z wymaganiami SWZ. Jeśli bowiem firma Endo Optiks nie produkuje sprzętu oznaczonego w ofercie, to oznacza, że wykonawca nie może dostarczyć sprzętu przez nią produkowanego, a tym samym nie może legitymować się autoryzacją na sprzedaż i serwis tego produktu, co oświadczył dostarczając dokumenty niezgodne ze stanem faktycznym.

Oznacza to również, że wykonawca nie posiada autoryzacji na sprzedaż i dystrybucję produktu bowiem taką autoryzację może wystawić jedynie producent sprzętu.

Uzasadniając zarzut trzeci i czwarty odwołania oraz zarzut ewentualny Odwołujący podał, że całość okoliczności faktycznych może również świadczyć to o tym, że wątpliwości przedstawione Zamawiającemu w piśmie Odwołującego z dnia 06 kwietnia 2022 r. w zakresie treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych, powinny co najmniej zostać wyjaśnione w drodze żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, albowiem taka możliwość została przewidziana przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający powinien przynajmniej ustalić powody rozbieżności w treści oferty i w treści dokumentów, co pozwoliłoby mu upewnić się, czy treść oferty zawiera nieusuwalną wadliwość, powodującą konieczność odrzucenia oferty. Poprzez skorzystanie z żądania wyjaśnień Zamawiający zapewniłby zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednakże z racji tego, że Zamawiający przyjął jako ważne i skuteczne oświadczenie woli zawarte w kwestionowanej ofercie, zobowiązujące się do dostarczenia mu produktu, który według treści tejże oferty nie wiadomo przez którego z producentów jest produkowany, to podstawowa zasada z art. 16 ustawy PZP doznała poważnego naruszenia. Ponadto Zamawiający wybrał ofertę, która powinna była zostać odrzucona a zatem nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 239 ust. 1 ustawy PZP, bowiem taką ofertą była oferta Odwołującego.

Na rozprawie w dniu 19 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wskazał, że dokonał sprawdzenia oferty wykonawcy InView Medical - Mercik, Mercik sp. j. w zakresie zgodności z postanowienia SWZ, a w szczególności pkt 8.1., a następnie zwrócił się do tego wykonawcy w dniu 11 marca 2022 r. o uzupełnienie niektórych dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. przesłał m. in. pismo certyfikacyjne, list upoważniający z dnia 14 czerwca 2013 r. z firmy Endo Optiks (autoryzację). W treści tego pisma brak było informacji, że upoważnienie wygasło lub że zostało

odwołane. Następnie Zamawiający pismem z dnia 18 marca 2022 r. wezwał wykonawcę InView Medical - M., M. sp. j. do uzupełnienia dalszych dokumentów. Wykonawca ten uczynił zadość wezwaniu Odwołującego. Według Zamawiającego ze złożonych dokumentów wynika, że wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. zaoferował System do endoskopowej mikrochirurgii oka firmy Endo Optiks typ/model OME4000 E4, czyli dokładnie takie samo urządzenie jak

Odwołujący. Przy czym Odwołujący swoje urządzenie opisał jako BVI a nie Endo Optiks. W opisie parametrów technicznych zawarte jest odesłanie do folderów Endo Optiks. Nadto Zamawiający wskazał, że z pisma Odwołującego z dnia 06 kwietnia 2022 r. wynika, że firma Endo Optiks została przejęta przez firmę Beaver-Visitec International Sales Ltd. (BVI) i nie istnieje już jako samodzielny podmiot. Zdaniem Zamawiającego przejęcie oznacza sukcesję i zachowanie dotychczas udzielonych autoryzacji, albowiem brak jest stosownego oświadczenia kończącego współpracę. Ze złożonych dokumentów wynikało, że Odwołujący zaczął swoją współpracę z producentem później niż wykonawca InView Medical - M., M. sp. j., który wciąż jest uprawniony do posługiwania się przedstawionymi w postępowaniu dokumentami. Według Zamawiającego nie zachodziły zatem wątpliwości i potrzeba wyjaśniania tych kwestii.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, ofertę złożoną przez wykonawcę InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu (Uczestnika postępowania odwoławczego) oraz ofertę złożoną przez wykonawcę CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach (Odwołującego), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikająca z art. 528 ustawy PZP.

Izba stwierdziła również, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu

Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 PZP.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie

Zamawiającego.

Natomiast z powodu niedochowania formy zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wynikającej z regulacji § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453), gdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych tylko przesłane e-mailem, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy TRONUS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na odwołanie, które zostało złożone na rozprawie w dniu 19 maja 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodów złożonych do akt sprawy odwoławczej jako załączniki do odwołania oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego:

- Pisma Odwołującego z dnia 06 kwietnia 2022 r. skierowanego do Zamawiającego,
- Oświadczenia - listu firmy BVI Inc. z dnia 27 kwietnia 2022 r. wraz z tłumaczeniem,
- Jednego wydruku ze strony internetowej endooptiks.com,
- Dwóch wydruków ze strony internetowej bvimedical.com,

Certyfikatu CE - Pełnego Systemu Zapewnienia Jakości o numerze 689042, wydanego po raz pierwszy dla firmy Beaver Visitec International Inc. w dniu 11 maja

2018 r., wraz z tłumaczeniem,

Deklaracji zgodności UE dla Systemu endoskopowego Endo Optiks E4 z akcesoriami, wersja 1.18, z dnia 17 listopada 2021 r., wraz z tłumaczeniem, Zaświadczenia firmy BVI z dnia 21 lipca 2015 r. wraz z tłumaczeniem.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów złożonych przez Strony i przez Uczestnika postępowania odwoławczego. Co prawda na rozprawie Odwołujący zakwestionował wiarygodność Zaświadczenia firmy BVI Inc. datowanego na dzień 21 lipca 2015 r. wraz z tłumaczeniem na język polski złożonego do akt sprawy przez Uczestnika postępowania odwoławczego, wskazując przy tym na to, że zmiana producenta przedmiotowego urządzenia nastąpiła w 2017 r., niemniej w świetle całokształtu okoliczności ujawnionych na rozprawie oraz faktu, że dokument ten nie posiadał indywidualnych cech mogących uzasadniać podejrzenie jego nieautentyczności, Izba uznała wiarygodność tego dokumentu i w konsekwencji również na nim oparła swoje ustalenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o. prowadzi postępowanie na „Dostawę sprzętu i aparatury medycznej oraz pierwszego wyposażenia dla

Zespołu Oddziałów Okulistyki Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o.”.

Numer referencyjny zamówienia to MSB/PN/05/01/2022. Zamówienie zostało podzielone na 87 części. Część nr 79 zamówienia dotyczy dostawy Systemu do endoskopowej mikrochirurgii oka.

Szczegółowy zakres i przedmiot zamówienia został określony w specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ i załączniku nr 5A do SWZ odnoszącym się do parametrów technicznych.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ w odniesieniu do części nr 79 zamówienia przedmiotem zamówienia jest dostawa jednego Systemu do endoskopowej mikrochirurgii oka.

Z kolei w załączniku nr 5A do SWZ w odniesieniu do części nr 79 zamówienia zostało określone, że oprócz wymaganych parametrów technicznych powinna zostać podana pełna nazwa wyposażenia (typ/model), producent, a nadto urządzenie powinno być fabrycznie nowe, wyprodukowane w 2021 r., nieużywane, niebędące przedmiotem wystaw, badań naukowych, prac rozwojowych, usług badawczych, niebędące przedmiotem podemonstracyjnym i rekondycjonowanym, wcześniej niewykorzystane w jakimkolwiek celu przez inny podmiot, dopuszczone do obrotu i stosowania na terytorium Polski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a także kompletne, gotowe do użycia po zainstalowaniu bez konieczności dokonywania zakupów uzupełniających.

W ramach części nr 79 zamówienia, tj. dostawy systemu do endoskopowej mikrochirurgii oka, oferty złożyli dwaj wykonawcy: Odwołujący - spółka CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach oraz wykonawca - lnView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący w części nr 79 zaoferował System do endoskopowej mikrochirurgii oka zgodne z opisem w załączniku nr 5A do SWZ dla części nr 79: producent: Beaver-Visitec International Inc. (w skrócie BVI Inc.), System do endoskopowej mikrochirurgii oka E4, załączając przy tym do oferty wszystkie wymagane SWZ dokumenty, w tym przedmiotowe środki dowodowe.

Natomiast wykonawca lnView Medical - M., M. sp. j. przedkładając ofertę zamieścił w niej informację, że oferuje System do endoskopowej mikrochirurgii oka zgodne z opisem w załączniku nr 5A do SWZ dla części nr 79, wskazując jako producenta Endo Optiks, nazwę handlową urządzenia oraz numer katalogowy oznaczając jako OME4000 E4.

W punkcie nr 8.1. SWZ dotyczącym informacji o przedmiotowych środkach dowodowych Zamawiający podał, iż - w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia - żąda się od wykonawcy:

1) dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu medycznego do obrotu i do używania oraz oznakowanie znakiem CE zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych lub innym aktem prawnym właściwym dla kraju, w którym

wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę lub

2) dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu do obrotu i do używania oraz oznakowanie znakiem CE zgodnie z ustawą z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku lub innym aktem prawnym właściwym dla kraju, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę dotyczy sprzętu niemedycznego,

3) kart katalogowych wraz z opisami technicznymi w języku polskim, przy czym Zamawiający dopuszczał katalogi w języku angielskim wraz z opisami technicznymi oferowanych wyrobów w języku polskim,

4) dokumentów dopuszczających do eksploatacji i użytkowania, ogólne warunki gwarancji i instrukcję obsługi w języku polskim,

5) autoryzacji producenta na serwis i sprzedaż zaoferowanego sprzętu na terenie RP.

W punkcie 8.2. SWZ Zamawiający przewidział również, że jeżeli wykonawca nie złożył

przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, to Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, a ponadto że może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. do swojej oferty nie załączył autoryzacji producenta na serwis i sprzedaż zaoferowanego sprzętu na terenie Polski, dokumentów dopuszczających do eksploatacji i użytkowania - potwierdzenia zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych na terenie Polski oraz ogólnych warunków gwarancji. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2022 r. wezwał tego wykonawcę do dostarczenia tychże dokumentów.

Ponadto pismem z dnia 18 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę InView Medical - M., M. sp. j. do złożenia:

1) dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu medycznego do obrotu i do używania oraz oznakowanie znakiem CE zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych lub innym aktem prawnym właściwym dla kraju, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę lub

2) dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu do obrotu i do używania oraz oznakowanie znakiem CE zgodnie z ustawą z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku lub innym aktem prawnym właściwym dla kraju, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę dotyczy sprzętu niemedycznego,

3) kart katalogowych wraz z opisami technicznymi w języku polskim (Zamawiający dopuścił katalogi w języku angielskim wraz z opisami technicznymi oferowanych wyrobów w języku polskim).

W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. załączył m. in. dokument oznaczony jako „Opis urządzenia", gdzie jako producent zaoferowanego urządzenia został wskazany Endo Optiks Inc. Wykonawca ten przedłożył także wraz z tłumaczeniem na język polski Certyfikat CE, Certyfikat CE - Pełnego Systemu Kontroli Jakości o numerze CE 689042, wydany po raz pierwszy w dniu 05 listopada 2018 r., Deklarację zgodności UE do systemu endoskopowego Endo Optiks® E4 z akcesoriami, wersja 1.17, gdzie jako producent urządzenia została wyraźnie wskazana firma Beaver-Visitec International Inc. Nadto wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. przedłożył kartę katalogową produktu, gdzie jako producent także figuruje firma Beaver-Visitec International Inc.

W piśmie z dnia 06 kwietnia 2022 r. skierowanym do Zamawiającego Odwołujący poinformował, że zaoferowany przez wykonawcę Inview Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu System do endoskopowej mikrochirurgii oka zawiera jako nazwę producenta firmę Endo Optiks, jednocześnie certyfikaty (CE i Deklaracja zgodności) odnoszą się do firmy Beaver-Visitec International, zwaną w skrócie BVI, natomiast autoryzacja producenta dotyczy firmy Endo Optiks. W dalszej części tego pisma Odwołujący nadmienił, że firma Endo Optiks została przejęta przez firmę BVI i że nie istnieje już jako samodzielny podmiot, a co za tym idzie, nie posiada ona własnych certyfikatów (CE i Deklaracji zgodności). Potwierdzają to certyfikaty załączone do ofert zarówno przez Uczestnika postępowania odwoławczego, jak i Odwołującego. W związku z tym, wymagana autoryzacja może być udzielona jedynie przez firmę BVI, co potwierdza autoryzacja złożona przez Odwołującego. W konkluzji swojego pisma Odwołujący podał, że w formularzu ofertowym wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. producentem urządzenia powinna być firma BVI, a nie firma Endo Optiks i że zmiana producenta w formularzu cenowym skutkuje zmianą treści oferty, co jest niezgodne z ustawą PZP. Pomimo zgłoszonych zastrzeżeń Zamawiający nie odniósł się do uwag Odwołującego. Nie wezwał również wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. do wyjaśnień.

Ostatecznie oferta Uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, o czym Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców pismem datowanym na dzień 22 kwietnia 2022 r., które zostało zamieszczone na Platformie zakupowej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez Odwołującego - wykonawcę CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach odwołanie uznając, iż zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Izba uznała odwołanie za uzasadnione w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu mimo, że oferta tego wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia oraz w zakresie zarzutu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z załącznika nr 5A do SWZ wynika, że wykonawca składając ofertę na część nr 79 zamówienia dotyczącą dostawy Systemu do endoskopowej mikrochirurgii oka miał m. in. podać nazwę producenta oferowanego urządzenia. Jednocześnie urządzenie to miało być wyprodukowane w 2021 r.

Z akt sprawy odwoławczej i złożonych dowodów, w tym Certyfikatu CE - Pełnego Systemu Zapewnienia Jakości o numerze 689042, wydanego po raz pierwszy dla firmy Beaver Visitec International Inc. w dniu 11 maja 2018 r. oraz Deklaracji zgodności UE dla Systemu endoskopowego Endo Optiks E4 z akcesoriami, wersja 1.18, z dnia 17 listopada 2021 r., jednoznacznie wynika, że producentem urządzenia o nazwie Endo Optiks jest firma BVI, a nie firma Endo Optiks. Na firmę BVI jako producenta urządzenia o nazwie Endo Optiks wskazują też oświadczenie - listu firmy BVI Inc. z dnia 27 kwietnia 2022 r. załączone przez Odwołującego do odwołania oraz zaświadczenie firmy BVI z dnia 21 lipca 2015 r. złożone przez Uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie.

Skoro zatem z dokumentów wynika, że producentem urządzenia o nazwie Endo Optiks jest firma BVI, a nie firma Endo Optiks, to oferta wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu jest niezgodna z wymaganiami SWZ, albowiem w gruncie rzeczy zamiast wymaganej przez SWZ nazwy producenta wykonawca ten podał nazwę oferowanego produktu. Ostatecznie przyznał to na rozprawie sam wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. mówiąc - w odniesieniu do Deklaracji zgodności i Certyfikatu CE - że nazwa producenta urządzenia oferowanego przez niego to BVI Inc. Jednocześnie wykonawca ten dodał, że firma BVI przejęła firmę Endo Optiks, zaś na tabliczce na urządzeniu podawane jest BVI Endo Optiks, gdzie BVI to określenie producenta, a Endo Optiks to nazwa urządzenia.

De facto również sam Zamawiający nie kwestionował w odpowiedzi na odwołanie okoliczności, że producentem urządzenia Endo Optiks jest tak naprawdę firma BVI, tylko wywodził, iż z uwagi na podnoszone przez Odwołującego w piśmie z dnia 06 kwietnia 2022 r. przejęcie firmy Endo Optiks Inc. przez firmę BVI Inc. nastąpiło następstwo prawne, w tym sukcesja i zachowanie dotychczas udzielonych autoryzacji. Jednakże uwadze Izby nie umknęło to, że w toku postępowania ani Strony, ani Uczestnik postępowania odwoławczego nie przedstawili żadnych dowodów na to, że firma BVI Inc. jest rzeczywiście następcą prawnym firmy Endo Optiks Inc.

Reasumując, zdaniem Izby wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. nie podając nazwy producenta w ofercie nie przedstawił wymaganych w warunkach zamówienia informacji odnoszących się producenta oferowanego urządzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5

ustawy PZP.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jednocześnie Izba uznała za uzasadniony czwarty w kolejności z zarzutów podniesionych w odwołaniu, który dotyczył naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Wskazać należy, że ocena, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j.

z siedzibą we Wrocławiu mimo, że oferta ta nie spełniała wymogów SWZ, w sytuacji gdy Odwołujący - spółka CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Balicach w swojej ofercie dopełnił wszystkich stawianych mu przez Zamawiającego wymagań, zdaniem Izby świadczy właśnie o nierównym traktowaniu wykonawców i naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba za trafny uznała zarzut odwołania dotyczący naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 ustawy PZP, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast według art. 226 ust. 1 pkt 2A ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2A ustawy PZP w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wykonawca InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu składając swoją ofertę miał wprowadzić w błąd Zamawiającego w wyniku swojej lekkomyślności lub niedbalstwa. Analiza akt postępowania odwoławczego i dowodów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że zarówno wykonawca InView Medical - M., M. sp. j., jak i Zamawiający wiedzieli o tym, że producentem urządzenia Endo Optiks jest w rzeczywistości firma BVI Inc. a nie firma Endo Optiks Inc., tylko w sposób nieuprawniony uważali, że okoliczność ta nie ma większego znaczenia z punktu widzenia wymogów SWZ.

Według art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Za także nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Kryteria oceny ofert w odniesieniu do części nr 79 zamówienia Zamawiający opisał na str. 53 ogłoszenia o zamówieniu. W tym przypadku były to cena (waga 50%), termin dostawy (waga 40%) oraz warunki serwisu pogwarancyjnego i okresu gwarancji (waga po 5%). Odwołujący nie wykazał w ogóle w odwołaniu, aby Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria.

W tych okolicznościach, skoro urządzenie zaoferowane przez Uczestnika postępowania odwoławczego nie spełniało wymogów SWZ, zasadnym było nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy InView Medical - M., M. sp. j. z siedzibą we Wrocławiu oraz nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba uwzględniając, że orzekła o uwzględnieniu połowy zarzutów zawartych w odwołaniu

zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy wpisu od odwołania, tj. kwotę 7 500 zł 00 gr.

Jednocześnie biorąc pod uwagę okoliczność, że po dwa zarzuty odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, jak i oddalone, Izba na podstawie § 7 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 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) postanowiła znieść wzajemnie koszty zastępstwa procesowego pomiędzy Stronami.

Odwołujący złożył fakturę VAT opiewającą na kwotę 4920 zł 00 gr brutto, wobec czego Izba zgodnie z regulacją art. 576 pkt 2 ustawy PZP i § 5 pkt 2 lit. b 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) ustaliła, że przy rozliczaniu kosztów zastępstwa procesowego zgłoszonych przez Odwołującego nie ma podstaw do uwzględnienia wyższej kwoty niż 3600 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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: .....