

Sygn. akt: KIO 3048/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Marek Bienias

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy NEUCA S. A z siedzibą w Toruniu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach,
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 11 429 zł 84 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dwadzieścia dziewięć złotych

osiemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą wpis od odwołania, koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na rozprawę pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3048/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów zużywalnych do TOMOGRAFU KOMPUTEROWEGO i REZONANSU MAGNETYCZNEGO dla Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim, pakiet nr 2: Elementy wymienne do strzykawkę Empower MR (FDZP.226.23.2024)”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 00359990.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. wykonawca Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na: odrzuceniu oferty złożonej przez Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Neuca S.A. z siedzibą w Toruniu.

W związku z powyższy, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przez Neuca S.A. z siedzibą w Toruniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy żądanie przedłożenia oświadczenia producenta urządzenia nie znajduje odzwierciedlenia w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 pzp, art. 105 pzp oraz art. 106 ust. 3 pzp zaś oferta złożona przez Odwołującego była najkorzystniejsza.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważniania czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Neuca S.A. z siedzibą w Toruniu,
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wybór oferty Odwołującego,
4. w przypadku uwzględnienia odwołania: przyznanie odwołującemu od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
5. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu (art. 522 PZP) odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 września 2024 r. (pismo z dnia 2 września 2024 r.) uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca NEUCA S. A z siedzibą w Toruniu.

Izba stwierdziła, że wykonawca NEUCA S. A z siedzibą w Toruniu zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący NEUCA S. A z siedzibą w Toruniu pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2024 r. (pismo z dnia 2 września 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący NEUCA S. A z siedzibą w Toruniu pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2024 r. (pismo z dnia 4 września 2024 r.) wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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

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

Zgodnie z art. 105 ustawy PZP:

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.
2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i

nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr(Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008,.

3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy PZP, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Neuca S.A. z siedzibą w Toruniu oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy żądanie przedłożenia oświadczenia producenta urządzenia nie znajduje odzwierciedlenia w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, art. 105 oraz art. 106 ust. 3 ustawy PZP, są w ocenie Izby zasadne.

Izba zważyła, że przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części/pakiety, przy czym odwołanie dotyczyło pakietu nr 2 (Elementy wymienne do strzykawki Empower MR).

Izba zważyła, iż Zamawiający w rozdziale III (Opis przedmiotu zamówienia oraz informacje o przedmiotowych środkach dowodowych) w pkt 1.3. SWZ wskazał, że: „W przypadku gdy w jakimkolwiek dokumencie stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia pojawią się

wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wystawcę (jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub jego produktów), należy rozumieć, zgodnie z przepisem art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, że zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. W takich okolicznościach Zamawiający dopuszcza możliwość składania w ofercie rozwiązań równoważnych, wskazując, iż minimalne wymagania, jakim mają odpowiadać rozwiązania równoważne, to wymagania nie gorsze od parametrów wskazanych w tych dokumentach”, natomiast w pkt 1.4. SWZ „W przypadku, gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym”.

Jednocześnie Izba podkreśliła, iż Zamawiający w tym samym rozdziale w pkt 4 (przedmiotowe środki dowodowe), wskazał, iż: „Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a wykonawca składa je wraz z ofertą

(...) Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania/cechy/kryteria (...) Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą: Oświadczenia, że oferowane wyroby medyczne są dopuszczone do używania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, są oznakowane znakiem CE i posiadają Deklarację Zgodności wydaną przez wytwórcę/autoryzowanego przedstawiciela oraz Certyfikat Zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeżeli dotyczy) zgodnie z obowiązującą ustawą o wyrobach medycznych oraz aktami wykonawczymi do ustawy (załącznik nr 4 do SWZ) oraz dla produktów biobójczych: oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu pozwolenia na obrót produktem biobójczym wraz z treścią instrukcji użytkownika w języku polskim stanowiącą integralną część pozwolenia wydane przez ministra Zdrowia na podstawie ustawy o produktach biobójczych - Dz.U.2021.0.24 t.j.”

Nadto Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 11 czerwca 2024 r. zamieścił na platformie zakupowej ogłoszenie o zamówieniu na dostawę materiałów zużywalnych do TOMOGRAFU KOMPUTEROWEGO I REZONANSU MAGNETYCZNEGO dla Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim, opisując przedmiot zamówienia w załączniku nr 1A – Formularz asortymentowo – cenowy (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), wskazując: FAST LOAD EMPOWER MR - jednorazowy zestaw 2 -ch strzykawk Fast-Load 100ml z niskociśnieniową rurą łączącą i igłami do butelek. (opakowanie=1 karton zawierający 50 szt).

Jednocześnie Izba wskazuje, iż w dniu 12 czerwca 2024 r. wpłynęło do Zamawiającego zapytanie o wyjaśnienie treści SWZ: „PAKIET nr 2: Elementy wymienne do strzykawki Empower MR. Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający wymaga zestawów/wkładów do strzykawki automatycznej, które są dopuszczone przez producenta strzykawki (dopuszczenie potwierdzone dokumentami producenta) zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji Obsługi/Podręczniku użytkownika? (...), a Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „TAK - Zamawiający wymaga zestawów/wkładów do strzykawki automatycznej, które są dopuszczone przez producenta strzykawki (dopuszczenie potwierdzone dokumentami producenta) zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji Obsługi/Podręczniku użytkownika. Zamawiający dokonał modyfikacji załącznika nr 1A w zakresie PAKIETU nr 2. Powyższe zmiany są integralną częścią specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawcy są zobowiązani złożyć ofertę z uwzględnieniem powyższych zmian.”

W wyniku powyższego, w załączniku nr 1A w zakresie pakietu nr 2, Zamawiający wprowadził następujący zapis: „Uwaga: Zamawiający wymaga zestawów/wkładów do strzykawki automatycznej, które są dopuszczone przez producenta strzykawki (dopuszczenie potwierdzone dokumentami producenta) zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji Obsługi/Podręczniku użytkownika (...),” jednakże co istotne, na co Izba chciałaby zwrócić uwagę, Zamawiający nie dokonał takiej zmiany w rozdziale III pkt 4 SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych.

Tym samym, jedynym przedmiotowym środkiem dowodowym żądanym przez Zamawiającego w ramach pakietu 2 było oświadczenie, że oferowane wyroby medyczne są dopuszczone do używania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, są oznakowane znakiem CE i posiadają Deklarację Zgodności wydaną przez wytwórcę/autoryzowanego przedstawiciela oraz Certyfikat Zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeżeli dotyczy) zgodnie z obowiązującą ustawą o wyrobach medycznych oraz aktami wykonawczymi do ustawy (załącznik nr 4 do SWZ).

Takie też oświadczenie złożył Odwołujący wraz z ofertą (załącznik nr 4 do SWZ) oraz związane z tym oświadczeniem stosowne dokumenty (certyfikaty) producenta wkładów potwierdzające zgodność oferowanego produktu (F01305 Shenzhen Maiwei Biotech Co., Ltd.) z urządzeniem EMPOWER MR, tj. Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością UE (MDR), zgodnie z Rozporządzeniem (UE) 2017/745 w sprawie wyrobów medycznych, Załącznik IX Rozdziały I i III (Urządzenia klasy IIa i IIb), oświadczenie zgodności zgodnie z artykułem 1, dyrektywy dotyczącej wyrobów medycznych 93/42/EWG, kartę katalogową produktu, deklarację zgodności UE – rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745

wraz z załącznikiem I Specyfikacja modelu. Powyższe dokumenty stanowiły również dowody dołączone do odwołania.

W ocenie Izby dołączone dokumenty (certyfikaty) jednoznacznie potwierdzają, iż oferowany produkt przez Odwołującego jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i jest w pełni kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego urządzeniem. Potwierdza to również oświadczenie producenta wkładów: „Shenzhen Maiwei Biotech Co. Ltd. Niniejszym oświadczam, że poniżej wymienione produkty mogą być bezpiecznie używane podczas procedur obrazowania CT i MR ze wzmocnieniem kontrastowym w połączeniu z wstrzykiwaczami wysokociśnieniowymi następujących marek: Medrad, Mallinckrodt, Liebel-Flarsheim, Nemoto, Imaxeon, EZEM i Apostar. Ponosimy odpowiedzialność za uszkodzenia wstrzykiwacza spowodowane przez nasze produkty”.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy PZP, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, zaś w myśl ust. 4, Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Nadto Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy PZP, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może

ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Tym samym, w ocenie Izby, żądanie Zamawiającego opisane w Załączniku nr 1A do SWZ w zakresie pakietu 2, aby zestawy/wkłady do strzykawki automatycznej miałyby być dopuszczone wyłącznie przez producenta strzykawki i potwierdzone dokumentami producenta, zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji

Obsługi/Podręczniku użytkownika, prowadzi ewidentnie do ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ, jak słusznie zauważa Odwołujący „Nie sposób bowiem uznać, że jakkolwiek inny podmiot, poza producentem oryginalnych części lub jego autoryzowany dystrybutor, był w stanie brać udział w postępowaniu”, a czego zdaje się nie widzieć Przystępujący.

Poza tym, Izba zwraca uwagę, iż ustawodawca wprost w normie prawnej ujętej w art. 105 ust. 4 i art. 106 ust. 3 ustawy PZP wskazuje odpowiednio, iż: Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3; Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby niewątpliwie przedstawione przez Odwołującego dokumenty producenta wkładów spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia ujętym w pkt 1 Załącznika nr 1A do SWZ - Formularz asortymentowo – cenowy (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), a czego Przystępujący nie kwestionował ani w piśmie procesowym ani na rozprawie.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, co do zasady rację ma Przystępujący, iż „wszelkie odpowiedzi na pytania wykonawców oraz wyjaśnienia czy też doprecyzowania treści SWZ, zadane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wiążą wykonawców, stanowią integralną część specyfikacji warunków zamówienia i nie ma obowiązku prawnego (konieczności) ich formalnego wprowadzenia do treści specyfikacji warunków zamówienia”, jednakże nie można tracić z pola widzenia tego, iż brak dokonania zmian w treści SWZ w wyniku udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego (jak w niniejszej sprawie w zakresie przedmiotowych środków dowodowych), powoduje naruszenie jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy PZP. Poza tym, taka zmiana treści SWZ, jeśli prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu powoduje, iż Zamawiający ma obowiązek umieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Zgodnie bowiem z art. 286 ust. 9 ustawy PZP, w przypadku gdy zmiana treści odpowiednio SWZ albo opis potrzeb i wymagań prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, o którym mowa w

Izba zważa, iż w przedmiotowym postępowaniu brak dokonania zmiany w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w SWZ w wyniku udzielonych odpowiedzi przez

Zamawiającego skutkowało nie tylko naruszeniem zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, ale również brakiem zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt 5.8), w którym to Zamawiający wprowadził Wykaz przedmiotowych środków dowodowych. I tak Wykaz ten w ramach pakietu 2 dotyczył wyłącznie „Oświadczenia, że oferowane wyroby medyczne są dopuszczone do używania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, są oznakowane znakiem CE i posiadają Deklarację Zgodności wydaną przez wytwórcę/autoryzowanego przedstawiciela oraz Certyfikat Zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeżeli dotyczy) zgodnie z obowiązującą ustawą o wyrobach medycznych oraz aktami wykonawczymi do ustawy (załącznik nr 4 do SWZ)”, a czego Przystępujący zdaje się nie zauważać.

Nadto Izba zważa, iż twierdzenia Przystępującego, iż: „znane są już przypadki uszkodzenia urządzeń będących przedmiotem przedmiotowego postępowania działających u polskich podmiotów leczniczych, na skutek używania w jego eksploatacji materiałów zużywalnych, które nie były zgodne z wymogami producenta, takie urządzenia zostały trwale uszkodzone, a pacjenci pozbawieni możliwości wykonywania badań istotnych dla ich życia i zdrowia”, są w ocenie Izby gołosłowne niemające pokrycia w materiale dowodowym, zwłaszcza że Przystępujący nie precyzuje, ile było takich przypadków, gdzie do nich doszło, ani jaka była rzeczywista przyczyna uszkodzenia.

Odnosząc się z kolei do dowodów Przystępującego dołączonych do pisma procesowego w postaci Podręcznika Użytkownika Empower MR, stanowiska firmy Bracco w sprawie stosowania nieoryginalnych/generycznych akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych, oświadczenia w sprawie zalecanych materiałów jednorazowych dla systemu iniekcyjnego Empower MR, Izba zważa, że twierdzenie wskazane w stanowisku firmy Bracco, iż: „Systemy Bracco mogą być używane wyłącznie z akcesoriami i materiałami zatwierdzonymi przez Bracco, zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji obsługi/Podręczniku użytkownika wprowadzonymi przez Bracco, nie ma potwierdzenia w Podręczniku Użytkownika, zwłaszcza nie ma takiej informacji na stronie 143, na którą wskazuje Przystępujący w piśmie procesowym, a na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie.

Poza tym twierdzenia wynikające ze stanowiska firmy Bracco w sprawie stosowania nieoryginalnych/generycznych akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych, iż: „Stosowanie akcesoriów i materiałów, które nie zostały zatwierdzone przez Bracco, może powodować działanie poniżej parametrów optymalnych i wiązać się ze znacznym ryzykiem dla pacjenta”, czy też z oświadczenia w sprawie zalecanych materiałów jednorazowych dla systemu

iniekcyjnego Empower MR w postaci „do systemu zalecamy używać wyłącznie zatwierdzonych przez Bracco akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych” w ocenie Izby oparte są na prawdopodobieństwie lub zaleceniach firmy Bracco, o czym

świadczą słowa „może powodować”, „zalecamy używać”.

Nadto Izba zważyła, iż twierdzenie wynikające ze stanowiska firmy Bracco w sprawie stosowania nieoryginalnych/generycznych akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych, że: „Ponadto korzystanie z akcesoriów i materiałów nieautoryzowanych przez Bracco powoduje unieważnienie Gwarancji produktowej od Bracco”, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ze względu na to, iż wykorzystanie części eksploatacyjnych innego producenta nie narusza umów gwarancyjnych sprzętu, co wynika z dyrektywy UE nr 93/13 CCE z dnia 5 kwietnia 1993 r., a na co zwrócił uwagę Odwołujący w odwołaniu.

Konkludując, w ocenie Izby, zasadne są zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy żądanie przedłożenia oświadczenia producenta urządzenia nie znajduje odzwierciedlenia w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz stanowi naruszenie art. 16 pkt 1, art. 105 oraz art. 106 ust. 3 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b w zw. z § 7 ust. 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Przystępującego. Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kosztów dojazdu przedstawiciela odwołującego, traktując je jako nieuzasadnione koszty strony.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....