

Sygn. akt: KIO 3270/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Technomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 21 Wojskowy Szpital Uzdrawiskowo-Rehabilitacyjny SP ZOZ z siedzibą w Busku-Zdroju

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Skyfi Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Technomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Technomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania.

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 3270/24

UZASADNIENIE

21 Wojskowy Szpital Uzdrawiskowo-Rehabilitacyjny SP ZOZ z siedzibą w Busku-Zdroju (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa urządzeń medycznych dla 21 Wojskowego Szpitala Uzdrawiskowo-

Rehabilitacyjnego SP ZOZ w Busku Zdroju” (znak postępowania: 5/PSU/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2024 r. pod numerem 455025-2024.

W dniu 9 września 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Technomex” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci:

- 1) Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skyfi Sp. z o.o. (dalej: „Skyfi”) w zakresie części 1.
- 2) Zaniechania odrzucenia oferty Skyfi (w zakresie części 1), pomimo tego, że wskazana oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia ewentualnie w postaci zaniechania wezwania Skyfi Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Skyfi pomimo tego, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Skyfi do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości.
- 2) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Skyfi jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1.
- 3) Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Skyfi i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwania Skyfi do wyjaśnienia treści oferty.

4) Przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania.

Ponadto Odwołujący wniósł na podstawie art. 536 ustawy Pzp o wezwanie Skyfi do przedstawienia dokumentacji technicznej oraz instrukcji używania (urządzenia Lexo) w rozumieniu Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EW, a w przypadku uznania przez Izbę materiału dowodowego za niewystarczający do oceny spełnienia przez urządzenie Lexo warunków z załącznika nr 1 do SWZ (formularz identyfikacyjno cenowy) o przeprowadzenie dowodu z oględzin urządzenia Lexo z udziałem biegłego oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność spełnienia przez urządzenie Lexo wymogów z załącznika nr 1 do SWZ (formularz identyfikacyjno cenowy).

Odwołujący wniósł też o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Odwołujący zgłosił ofertę w sposób prawidłowy, która to oferta stanowi ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego zgodną z warunkami zamówienia. Gdyby nie naruszenia Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego zajęła bowiem drugie miejsce w rankingu ofert. Naruszenia dokonane przez Zamawiającego uniemożliwiły więc wybór oferty Odwołującego. Zamawiający powinien bowiem odrzucić ofertę, którą zajęła 1 miejsce rankingowe i następnie wybrać ofertę Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 30 sierpnia 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 9 września 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 23 września 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Skyfi pismem z dnia 23 września 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił Skyfi. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Skyfi po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania,

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania, do pisma procesowego Skyfi z dnia 23 września 2024 r., do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r., a także przedłożony przez Skyfi rozprawie.

Izba uznała zebrany materiał dowodowy za wystarczający i obiektywnie umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia bez odwoływania się do wiedzy specjalisty, stąd wnioski Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin urządzenia Lexo z udziałem biegłego oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność spełnienia przez urządzenie Lexo wymogów z załącznika nr 1 do SWZ (formularz identyfikacyjno cenowy) były bezprzedmiotowe. Izba nie znalazła też podstaw do zobowiązania przystępującego Skyfi do przedstawienia dokumentacji technicznej oraz instrukcji używania oferowanego przez siebie urządzenia, do czego szerzej Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdziale II.1 ust. 1 SWZ określono, że: „Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż, dostawa i montaż urządzeń medycznych w siedzibie Zamawiającego przy ul. Rzewuskiego 8 28-100 Busko Zdrój”.

W rozdziale II.1 ust. 2 SWZ wskazano, że: „Przedmiot zamówienia w ramach tego postępowania został podzielony na 4 CZĘŚCI” w tym część 1 stanowiło „URZĄDZENIE DO KINEZYTERAPII_1 - zał. nr 1 do SWZ”.

W rozdziale II.1 ust. 3 SWZ wskazano m. in., że:

„1) opis minimalnych parametrów i wymagań technicznych oraz funkcjonalnych został podany w formularzach identyfikująco-cenowych - zał. nr 1-4 do SWZ”

2) zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia medyczne winny:

(...)

b) spełniać wymagania (normy, parametry) określone przez Zamawiającego w formularzach identyfikująco-cenowych - zał. nr 1-4 do SWZ” (...).

W rozdziale II.5 ust. 1 i 2 SWZ „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych -art. 104-107 ustawy Pzp” wskazano, że:

„1. Zamawiający na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

2. Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest do złożenia dokumentów potwierdzających zgodność zaoferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia poprzez złożenie:

1) wypełnionych formularzy identyfikująco-cenowych - zał. nr 1-4 do SWZ,

2) dokumentów wytworzonych przez producenta/ów wyrobu/ów (kart katalogowych), na podstawie których Zamawiający jest w stanie zweryfikować zgodność zaproponowanych urządzeń medycznych w ramach złożonej oferty z opisem określonym w formularzach identyfikująco-cenowych (kol. 2 „WYMAGANIA zestawu) - zał. nr 1-4 do SWZ”.

W pkt I. 1 formularza identyfikująco-cenowego – zał. nr 1 do SWZ dla „Części 1: URZĄDZENIE DO KINEZYTERAPII_1” wskazano m. in. następujące wymagania urządzenia:

„I.1.1) Urządzenie ma umożliwić w warunkach stacjonarnych reedukację prawidłowego wzorca chodu po powierzchni płaskiej, funkcję odwzorowującą wchodzenie i schodzenie po schodach, trening analityczny stopnia obciążenia kończyn dolnych (balansu) podczas chodu

I.1.14) Urządzenie (jego oprogramowanie) ma umożliwić pacjentowi w trakcie terapii chodu wizualną informację zwrotną w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, kadencji, czasie terapii widoczną na monitorze o przekątnej nie mniejszej niż 40”.

I.1.15) Urządzenie (jego oprogramowanie) ma umożliwić fizjoterapeucie w trakcie terapii chodu pacjenta informację wizualną bieżącą w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, czasie terapii, liczbie wykonanych kroków lub pokonanych stopni w trybie chodzenia po schodach, pokonanym dystansie widoczną na monitorze o przekątnej nie mniejszej niż 21”.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ m. in. w następującym zakresie:

„ZAPYTANIE NR 5

Rozdz. 1.1.14 formularza identyfikująco-cenowego — zał. nr 1 do SWZ:

Czy Zamawiający dopuszcza na zasadzie równoważności urządzenie, które wykorzystuje jeden monitor dla fizjoterapeuty i pacjenta, o przekątnej nie mniejszej niż 21”, które umożliwi pacjentowi i fizjoterapeucie w trakcie terapii chodu wizualną informację zwrotną w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, kadencji, czasie terapii a dodatkowo liczbie wykonanych kroków, dystansie, czasie trwania terapii z rozróżnieniem na terapię pasywną i aktywnie wspomaganą, obciążania między stronami ciała a także informacje na temat trybu chodzenia po schodach a ponadto informacje podsumowujące o aktywnościach takich jak przyspieszanie, zwalnianie, pokonywanie oporu, informacje o średnim stopniu trudności wykonywanych ćwiczeń, obciążeniu średnim, maksymalnym i minimalnym dla lewej i prawej strony ciała zarówno dla fazy podporu jak i fazy obciążenia? Ponadto monitor posiada regulacje wysokości i odległości od pacjenta, co pozwoli dopasować pozycję do potrzeb i możliwości pacjenta, a większa ilość wyświetlanych parametrów zwiększy funkcjonalność i efektywność terapii.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dopuszcza jednego monitora w urządzeniu wspólnego dla fizjoterapeuty i pacjenta z uwagi na specyfikę

pacjenta i komfort realizowanego zabiegu. Zamawiający dopuszcza możliwość monitora o przekątnej 21" na urządzeniu dla fizjoterapeuty natomiast

wymaga w zestawie drugiego monitora dla pacjenta o przekątnej ekranu nie mniejszej niż 40" na mobilnym stojaku, współpracującego z urządzeniem.

ZAPYTANIE NR 6

Rozdz. 1.1.15 formularza identyfikująco-cenowego — zał. nr 1 do SWZ:

Czy Zamawiający dopuszcza na zasadzie równoważności urządzenie, które wykorzystuje jeden monitor dla fizjoterapeuty i pacjenta, o przekątnej nie mniejszej niż 21", które umożliwi pacjentowi i fizjoterapeucie w trakcie terapii chodu wizualną informację zwrotną w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, czasie terapii, liczbie wykonanych kroków, pokonanej aktywności chodzenia po schodach, pokonanym dystansie a dodatkowo, czasie trwania terapii z rozróżnieniem na terapię pasywną i aktywnie wspomaganą, obciążania między stronami ciała a ponadto informacje podsumowujące o aktywnościach takich jak przyspieszanie, zwalnianie, pokonywanie oporu, informacje o średnim stopniu trudności wykonywanych ćwiczeń, obciążeniu średnim, maksymalnym i minimalnym dla lewej i prawej strony ciała zarówno dla fazy podporu jak i fazy obciążenia? Ponadto monitor posiada regulacje wysokości i odległości od pacjenta, co pozwoli dopasować pozycję do potrzeb i możliwości pacjenta, a większa ilość wyświetlanych parametrów zwiększy funkcjonalność i efektywność terapii.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie dopuszcza jednego monitora w urządzeniu wspólnego dla fizjoterapeuty i pacjenta z uwagi na specyfikę pacjenta i komfort realizowanego zabiegu. Zamawiający dopuszcza możliwość monitora o przekątnej 21" na urządzeniu dla fizjoterapeuty natomiast wymaga w zestawie drugiego monitora dla pacjenta o przekątnej ekranu nie mniejszej niż 40" na mobilnym stojaku, współpracującego z urządzeniem".

W złożonej ofercie przez Skyfi na część 1 zamówienia, Skyfi oświadczył w formularzu identyfikująco-cenowym, że oferowane w części 1 urządzenie „LEXO, Tyromotion” spełnia wymagania, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikująco-cenowego – zał. nr 1 do SWZ.

Do oferty na część 1 zamówienia Skyfi załączył kartę katalogową oferowanego urządzenia z opisem możliwości i parametrów technicznych, w której wynika m. in., że:

„- Urządzenie umożliwia w warunkach stacjonarnych reedukację prawidłowego wzorca chodu po powierzchni płaskiej, funkcję odwzorowującą wchodzenie i schodzenie po schodach, trening analityczny stopnia obciążenia kończyn dolnych (balansu) podczas chodu,

- Urządzenie (jego oprogramowanie) umożliwia pacjentowi w trakcie terapii chodu wizualną informację zwrotną w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, kadencji,

czasie terapii widoczną na drugim, dodatkowym monitorze o przekątnej nie mniejszej niż 40" na mobilnym stojaku, współpracującym z urządzeniem.

- Urządzenie (jego oprogramowanie) umożliwia fizjoterapeucie w trakcie terapii chodu pacjenta informację wizualną bieżącą w tym m.in. o wielkości obciążenia poszczególnych części stóp, czasie terapii, liczbie wykonanych kroków lub pokonanych stopni w trybie chodzenia po schodach, pokonanym dystansie widoczną na monitorze o przekątnej nie mniejszej niż 21"”.

Istotę sporu w sprawie stanowiły zastrzeżenia Odwołującego co do tego, że urządzenie oferowane przez Skyfi w części 1 nie spełnia wymagań, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikująco-cenowego – zał. nr 1 do SWZ w następującym zakresie:

- pkt I.1.1) - urządzenie nie posiada funkcji odwzorowującej schodzenia po schodach,
- pkt I.1.14) - urządzenie nie ma możliwości wyświetlania obciążenia poszczególnych części stóp podczas terapii,
- pkt I.1.15) - urządzenie nie ma możliwości wyświetlania wielkości obciążenia

poszczególnych części stóp oraz liczby pokonanych stopni w trybie chodzenia po schodach.

Zdaniem Odwołującego o powyższych wnioskach świadczyło to, że ww. wymagania nie zostały wymienione w:

1. pobranej ze strony Skyfi broszurze urządzenia,
2. Dokumentach dotyczących certyfikacji urządzenia,
3. Dokumentacji technicznej urządzenia,
4. Instrukcji używania urządzenia,

5. dokumentach ze strony Skyfi (Czym jest Lexo, opis systemu do rehabilitacji i reedukacji chodu dla dzieci i dorosłych, FAQ najczęściej zadawane pytania dotyczące Lexo).

Odwolujący podniósł też, że brak jest funkcji schodzenia po schodach we wskazaniach funkcjonalnych terapii ruchowej z robotem chodu LEXO podanych zgodnie z kategoriami ICF.

Brak spełnienia ww. wymagań wynikających z SWZ w ocenie Odwołującego powinien prowadzić do odrzucenia oferty Skyfi na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, czego Zamawiający nie uczynił (zarzut nr 1), ewentualnie Zamawiający powinien wezwać Skyfi do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2).

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

Według art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Oferta nie może być więc niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29) ustawy Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 ustawy Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza tej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przykładowo podaje się, że okolicznością, której wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na tej podstawie, dotyczyć może zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż

zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji) (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

Nadto, z art. 106 ust. 1 ustawy Pzp wynika, przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań. Tym samym, zamawiający ustalając katalog żądanych przedmiotowych środków dowodowych jest zobowiązany wskazać, jakie wymagania stawiane w postępowaniu przez zamawiającego powinny te środki dowodowe potwierdzać.

W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wyraźnie określił w rozdziale II.5 SWZ, że prócz wypełnionego formularza identyfikacyjno-cenowego, wymagane jest załączenie do oferty karty katalogowej oferowanego urządzenia. W ofercie na część 1 zamówienia Skyfi bezsprzecznie złożył zarówno wypełniony formularz identyfikacyjno-cenowy, jak również kartę katalogową ofertowanego urządzenia Lexo producenta Tyromotion. Z przedstawionej karty katalogowej wynika wprost, że oferowane przez Skyfi urządzenie spełnia wymagania, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ.

Treść odwołania nie odnosi się jakkolwiek do przedstawionego przez Skyfi przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej, który stanowił w tym przypadku potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego. Dopiero na rozprawie pełnomocnik Odwołującego odniósł się krótko do karty katalogowej złożonej przez Skyfi. Niemniej jednak należy podkreślić, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania

przez Izbę. Stąd też za nową, nieznaną odwołaniu okoliczność należy uznać zastrzeżenia kierowane wobec karty katalogowej złożonej przez Skyfi stanowiącej w tym postępowaniu przedmiotowy środek dowodowy. Tym samym uznać należy, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie jedyne, obok wypełnionego formularza identyfikacyjno-cenowego, przedmiotowego środka dowodowego.

Pomijając w uzasadnieniu odwołania odniesienie się do karty katalogowej, mającego potwierdzić zgodność zaferowanego urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia, zasadność zarzutów, a więc brak posiadania niektórych parametrów, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ przez oferowane przez Skyfi urządzenie, Odwołujący opierał na braku wskazania tych parametrów w wymienionych w odwołaniu dokumentach.

Powyższe wnioski Odwołujący zbiorczo wywodził po pierwsze z broszury (załącznik nr 5 do odwołania) oraz innych informacji zawartych na stronie internetowej Skyfi (Czym jest Lexo, opis systemu do rehabilitacji i reedukacji chodu dla dzieci i dorosłych, FAQ najczęściej zadawane pytania dotyczące Lexo - załączniki nr 3.1, 3.2 i 3.3 do odwołania) dotyczących oferowanego urządzenia. W ocenie Izby nie sposób przyznać informacjom w postaci broszury czy innych informacji o charakterze reklamowym, zamieszczonych na stronie internetowej wykonawcy, mocy rozstrzygającej co do tego, jakie konkretnie parametry posiada dane urządzenie. Należy zgodzić się ze wskazaniem z pisma procesowego Skyfi, iż informacje te mają charakter ogólny i uproszczony. Zdaniem Izby nie można ich zrównywać choćby ze specyfikacją techniczną urządzenia. Stąd też nie sposób wywodzić, że brak literalnego wymienienia jednej z funkcji w materiałach reklamowych na stronie internetowej przesądza o braku wymaganego parametru. A contrario, również wymienienie jakiejś właściwości w ulotce reklamowej przez wykonawcę nie mogłoby automatycznie świadczyć o tym, że taką właściwość dane urządzenie rzeczywiście posiada. Niezależnie od tego, Izba dostrzegła, że w treści informacji zawartych na stronie internetowej Skyfi, na które powołał się Odwołujący, przy przedstawianiu funkcjonalności urządzenia posługiwano się zwrotami „np.”, „w tym”, „takie jak”, wskazującymi na przykładowe wyliczenie funkcji, a nie zamknięty katalog parametrów.

Po drugie, brak posiadania przez oferowane przez Skyfi urządzenie wymagań, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ, Odwołujący stwierdzał na podstawie dokumentów dotyczących certyfikacji (Declaration of conformity – deklaracja zgodności, Manufacturer's Declaration, EC-Certificate, DQS Certificate validation - załączniki nr 6.1, 6.2, 6.3 i 6.4 do odwołania). W tym

miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Natomiast wedle art. 506 ust. 2 ustawy Pzp, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach Izba może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczzonego przez tłumacza przysięgłego. Powyższe oznacza, że obowiązek przedstawienia tłumaczenia na język polski dokumentu sporządzonego w języku obcym dotyczy również dokumentów stanowiących dowód w sprawie. Przedłożenie więc przez Odwołującego dowodów bez tłumaczenia na język polski powoduje, że Izba uznała je za podlegające pominięciu jako wadliwe pod kątem formalnym. Tym samym oparcie się przez Odwołującego na dokumentach dotyczących certyfikacji ma charakter wyłącznie blankietowy, nie zasługujący na aprobatę Izby. Niemniej jednak przy piśmie z dnia 23 września 2024 r. Odwołujący złożył ponownie jeden z ww. dokumentów (Manufacturer's Declaration) z tłumaczeniem na język polski. W tym kontekście Odwołujący w odwołaniu wyjaśnił, iż: „na mocy art. 120 Rozporządzenia 2017/745 Urządzenie LEXO (przedmiot oferty wybranego Wykonawcy) posiada przedłużony certyfikat wydany zgodnie z Dyrektywą 93/42/EWG. W celu skorzystania z przedłużonych okresów przejściowych muszą zostać spełnione warunki określone w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/607 z dnia 15 marca 2023 r. zmieniającym rozporządzenia (UE) 2017/745 i (UE) 2017/746 w odniesieniu do przepisów przejściowych dotyczących niektórych wyrobów medycznych i wyrobów medycznych do diagnostyki in vivo”. Odwołujący zacytował też fragment ww. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/607: „Wyroby, o których mowa w ust. 3a i 3b niniejszego artykułu, mogą być wprowadzane do obrotu lub do używania do dat, o których mowa w tych ustępach, wyłącznie jeśli spełnione są następujące warunki:

- a) wyroby te nadal pozostają zgodne odpowiednio z dyrektywą 90/385/EWG lub dyrektywą 93/42/EWG;
- b) nie ma istotnych zmian w projekcie i przewidzianym zastosowaniu;
- c) wyroby nie stwarzają niedopuszczalnego ryzyka dla zdrowia lub bezpieczeństwa pacjentów, użytkowników lub innych osób lub dla innych kwestii związanych z ochroną zdrowia publicznego;
- d) nie później niż dnia 26 maja 2024 r. producent wprowadził system zarządzania jakością zgodnie z art. 10 ust. 9;
- e) nie później niż dnia 26 maja 2024 r. producent lub upoważniony przedstawiciel złożył formalny wniosek do jednostki notyfikowanej zgodnie z załącznikiem VII sekcja 4.3 akapit pierwszy o przeprowadzenie oceny zgodności w odniesieniu do wyrobu, o którym mowa w ust. 3a i 3b niniejszego artykułu, lub w odniesieniu do wyrobu mającego zastąpić ten

wyrób, oraz nie później niż dnia 26 września 2024 r. jednostka notyfikowana i producent podpisali pisemną umowę zgodnie z załącznikiem VII sekcja 4.3 akapit drugi”.

Odwołujący stwierdził przy tym, że zgodnie z instrukcją Używanie Wyrobu Medycznego z 30 lipca 2020 r. urządzenie oferowane przez Skyfi nie posiada funkcji schodzenia po schodach. Niemniej jednak, w ocenie Izby powyższy pogląd należy potraktować jako gołosłowny, gdyż poza samym jednozdaniowym twierdzeniem, brak jest uzasadnienia takiego

stanowiska w odwołaniu. Odwołujący również w toku postępowania odwoławczego nie przedłożył dokumentu w postaci „instrukcji Używania Wyrobu Medycznego z 30 lipca 2020 r.». Natomiast wbrew twierdzeniu Odwołującego, z samego przetłumaczonego dokumentu Manufacturer's Declaration nie sposób wywieść, jakie parametry posiada lub też jakich parametrów nie posiada urządzenie.

Po trzecie Odwołujący podnosił, iż brak posiadania przez oferowane przez Skyfi urządzenie wymagań, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ wynika z dokumentacji technicznej i instrukcji używania urządzenia oferowanego przez Skyfi. Niemniej dokumenty, na które w tym zakresie powołał się Odwołujący, nie zostały załączone do odwołania. Mając jednakże na względzie wniosek Odwołującego o zobowiązanie przez Izbę Skyfi do przedstawienia dokumentacji technicznej oraz instrukcji używania oferowanego przez siebie urządzenia, Izba, co było już zasygnalizowane, nie znalazła podstaw do takiego zobowiązania. Należy wyjaśnić, iż postępowanie odwoławcze ma zasadniczo charakter kontradiktoryjny. Stąd też podstawowym sposobem gromadzenia materiału dowodowego w postępowaniu odwoławczym jest inicjatywa dowodowa stron. Natomiast rolą składu orzekającego jest ocena argumentacji i złożonych dowodów, a tym samym rozstrzygnięcie sporu i wydanie w tym zakresie orzeczenia. Izba nie ma obowiązku samodzielnego gromadzenia dowodów, niemniej jednak skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania (art. 536 ustawy Pzp). Może być bowiem tak, że dany dokument lub innego rodzaju dowód mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania nie znajduje się w posiadaniu strony (lub uczestnika), pomimo że może potwierdzić fakt, na który dana strona (uczestnik) się powołuje. Strona (lub uczestnik) może zatem sformułować wniosek dowodowy na poparcie swoich twierdzeń, wskazując dowód, którego sama nie jest w stanie przedstawić, łącząc ten wniosek z wnioskiem o zobowiązanie przez Izbę strony przeciwnej lub innego uczestnika do przedłożenia tego dowodu. Jednakże w przypadku wniosku Odwołującego o zobowiązanie przez Izbę Skyfi do przedstawienia dokumentacji technicznej oraz instrukcji używania oferowanego przez siebie urządzenia, charakter tych dokumentów nie wskazuje, ażeby znajdowały się one wyłącznie w posiadaniu

przystępującego Skyfi i były trudno dostępne dla samego Odwołującego. Chodzi bowiem o dokumentację techniczną i instrukcję produktu innego podmiotu - zewnętrznego producenta. Tym samym brak jest w ocenie przeszkód, aby Odwołujący sam przedstawił takie dowody, co de facto zostało na dalszym etapie postępowania odwoławczego po części uczynione, gdyż Odwołujący do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r. załączył dowód w postaci instrukcji używania (załącznik nr 3 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.). Natomiast ponownie, jak w przypadku ww. dokumentów dotyczących certyfikacji, Izba zwróciła uwagę, iż instrukcja używania została przedłożona w języku obcym bez tłumaczenia na język polski, stąd dowód podlegał pominięciu. Podsumowując powyższe, zarzuty Odwołującego, że brak posiadania przez oferowane przez Skyfi urządzenie wymagań, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ wynika z dokumentacji technicznej i instrukcji używania urządzenia oferowanego przez Skyfi, okazały się gołosłowne, bo Odwołujący poza samym powołaniem się na te dokumenty nie przedstawił w odwołaniu argumentacji na poparcie swoich twierdzeń ani w sposób skuteczny dokumentów (przedstawienie instrukcji używania w języku obcym, brak przedstawienia dokumentacji technicznej), na podstawie których wywodził zarzut.

Odwołujący powoływał się w odwołaniu też na to, że funkcja schodzenia po schodach nie wynika ze wskazań funkcjonalnych terapii ruchowej z robotem chodu LEXO podanych zgodnie z kategoriami ICF. Jako dowód swoich twierdzeń w tym zakresie Odwołujący przedstawił załącznik nr 4 pn.: „Wskazania funkcjonalne terapii ruchowej z robotem chodu LEXO podane zgodnie z kategoriami ICF”. Niemniej jednak, dowód ten został sporządzony w języku obcym, stąd z tożsamyh względów, jak w przypadku innych dowodów sporządzonych w języku obcym, wobec równoczesnego przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski, Izba pominęła ten dowód. Tym samym twierdzenia Odwołującego, że funkcja schodzenia po schodach nie wynika ze wskazań funkcjonalnych terapii ruchowej z robotem chodu LEXO podanych zgodnie z kategoriami ICF, Izba uznała za gołosłowne i niewykazane.

Na poparcie podniesionych zarzutów Odwołujący przedstawił również inne dowody złożone przy piśmie z dnia 23 września 2024 r. W odniesieniu do pliku w formie video pn. „FILM SCHODY” (załącznik nr 2 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.), który dotyczy urządzenia oferowanego przez Odwołującego, Odwołujący wskazywał, że: „na nagraniu zaprezentowano działania funkcji schodzenia i wchodzenia po schodach. Z treści nagrania wynika, że w trakcie wchodzenia po schodach prowadnice stopy wysuwają się w górę, a w trakcie schodzenia wysuwają w dół”. Stąd też, to nagranie, w oczach Izby nie jest

bynajmniej potwierdzeniem braku posiadania przez oferowane przez Skyfi urządzenie wymagań, o których mowa w pkt I.1.1), I.1.14) oraz I.1.15) formularza identyfikacyjno-cenowego – zał. nr 1 do SWZ, a wręcz wskazuje na takie funkcje jak schodzenie ze schodów, czy obciążenie stóp, których to parametrów brak zarzucał w odwołaniu Odwołujący. Natomiast plik w formie video pn. „Nagranie Facebook” (załącznik nr 6.2 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.) podobnie, jak w przypadku broszury oraz innych materiałów dostępnych na stronie Skyfi, stanowi pewną ogólną informację i nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że niewymienienie (niezaprezentowanie w filmie) jednego z parametrów jest równoznaczne z jego nieposiadaniem przez urządzenie.

Odwołujący przedłożył też dokument pn. „Ekspertryza Reha Technology z 18 września 2024 r.” wraz z tłumaczeniem na język polski (załączniki nr 4.1 i 4.2 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.). Z przedstawionego opracowania wynika, iż „Projekt i ustawienia fizyczne nie pozwalają na wchodzenie po schodach i schodzenie ze schodów, można tylko symulować trywalne chodzenie po podłodze”. Takie stwierdzenie po części jest sprzeczne z treścią odwołania, gdyż Odwołujący wyraźnie wskazywał, że: „urządzenie Lexo posiada jedynie funkcje wchodzenia po schodach bez funkcji schodzenia po schodach”. Nadto, autor „ekspertyzy” odwołuje się, podobnie jak Odwołujący, do braku wskazania funkcji w broszurze produktowej. Należy więc odpowiednio przenieść uwagi Izby co do przywoływanej przez Odwołującego broszury. Niezależnie od tego, to w ocenie Izby taki dowód nie być uznany za przekonujący. Nie może

bowiem ująć uwadze Izby fakt, iż opracowanie zostało wydane przez Reha Technology, a więc producenta urządzenia, które zaferował w części 1 zamówienia Odwołujący. Stąd też negatywna opinia konkurencyjnego producenta dla producenta urządzenia oferowanego przez Skyfi nie może być uznana za obiektywną ocenę spełniania parametrów.

W zakresie pozostałych dowodów, tj. pliku w formie video pt. „LEXO Gait and Locomotion” (załącznik nr 1 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.) oraz screenu z portalu Facebook (załącznik nr 6.1 do pisma Odwołującego z dnia 23 września 2024 r.), należy ponownie wskazać, że dowody te sporządzone zostały w języku obcym, a Odwołujący nie przedstawił stosownego tłumaczenia w wersji polskiej, stąd materiały te podlegały pominięciu przez Izbę.

Końcowo wskazać należy, co do zasady, to rolę stron i uczestników, a przede wszystkim odwołującego, na którym to spoczywa ciężar dowodu, jest wykazanie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, a zatem udowodnienie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Niemniej jednak to nie na Przystępującym Skyfi spoczywał ciężar wykazania

w postępowaniu odwoławczym, iż oferowane urządzenie posiada określone funkcje, ale to na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są zasadne. Natomiast, co zostało wyżej wskazane, w ocenie Izby materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego nie potwierdzał okoliczności, z których Odwołujący wywodził skutki w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, dodatkowo część dowodów złożonych w języku obcym podlegała pominięciu jako złożonych bez tłumaczenia na język polski.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby nie potwierdził się więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Skyfi pomimo tego, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Skyfi do wyjaśnienia treści oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia 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: