

WYROK

Warszawa, dnia 3 grudnia 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 13 listopada 2024 r. przez wykonawcę **LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzyniew** postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty w ramach części A, tj. naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, w ramach części B, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, w ramach części C, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) odrzucenie oferty wykonawcy **TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
  - c) odrzucenie oferty wykonawcy **Viridian Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
  - d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 3/8 i Zamawiającego w części 5/8 i:
  - 3.1. 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, kwotę 3 669 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, kwotę 5 081 zł 20 gr (słownie: pięć tysięcy osiemdziesiąt jeden złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.
  - 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 075 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

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 4231/24

**Uzasadnienie**

**Zamawiający** – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach – **prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.** „Zakup czterech aparatów do znieczulenia dla Oddziału Intensywnej Terapii i Anestezjologii przy SPZZOZ w Gryficach”, pod sygnaturą 53/24.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00514334/01 z dnia 2024-09-24.

W dniu 13 listopada 2024 r. wykonawca LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzyniewniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-342), przy ul. Lustrzanej 6A (dalej jako TDZ) oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Viridian Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (04-224), przy ul. Morgowej 4 (dalej jako Viridian).

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

**Część A:**

1. **naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP** tj. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który narusza zasadę równości oraz utrudnia uczciwą konkurencję
2. **naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP** poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty **TDZ**, Viridian oraz lifemed, a także dokonanie wadliwego wyboru oferty wykonawcy **TDZ**, która to oferta nie posiada ustawowych znamion definicji oferty najkorzystniejszej

#### **Cześć B:**

3. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenie oferty **TDZ** albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia
4. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP** poprzez wzgląd na okoliczność, że oferta TDZ złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
5. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenie oferty TDZ albowiem wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczność, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP) oraz z uwagi na okoliczność, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**UWAGA!** Fakt, iż zamawiający nie zastrzegł w dokumentach postępowania, że będzie badał wykonawców na okoliczność przesłanek z art. 109 ustawy PZP, nie stanowi, że działanie wykonawcy w sposób, jaki wyczerpuje znamiona tych przesłanek, nie stanowi kumulatywnie uzasadnienia do zastosowania kwalifikacji, że czyn ten polega na działaniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku i wymuszaniu na zamawiającym wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy, tj. o czyn z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kumulatywnie stanowi to naruszenie, art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

6. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP**, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TDZ albowiem wykonawca ten nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń, które potwierdzałyby spełnienie warunków zamówienia, przy czym dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu (!), gdyż złożone dokumenty zawierają nieprawdziwe informacje i umyślnie zostały one złożone do postępowania zawierając fałsz intelektualny.

#### **Cześć C:**

7. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Viridian albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

#### **Cześć D:**

8. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP** poprzez odrzucenie oferty odwołującego.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie dokonania zamawiającemu ponownego badania ofert,
2. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie czynności odrzucenia oferty TDZ oraz Viridian w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę LIFEMED POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 listopada 2024 r. (pismo z dnia 25 listopada 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że wykonawca TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r. (pismo z dnia 25 listopada 2024 r.) przedstawił swoje stanowisko w niniejszej sprawie w zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

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.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

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.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

**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 skutkowałoby 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 w pierwszej kolejności odniesie się do zarzutów części B.

Izba zważa, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 82 opisał wymóg w następujący sposób: „Wymiar przestrzenny aparatu: wysokość [cm] × szerokość [cm] × głębokość [cm]. Maksymalne dopuszczalne wymiary: szerokość max. 90 cm, głębokość max. 80 cm, wysokość max. 150 cm. Wymiary, w szczególności szerokość i głębokość aparatu są podyktowane wielkością sal operacyjnych; szerokość 90 cm – 0 pkt. poniżej 90 cm do 65 cm – 2 pkt. poniżej 65cm – 5 pkt”, gdzie Przystępujący w ww. formularzu wskazał: „Wysokość : 140,5 [cm] Szerokość : 87 [cm] Głębokość : 76 [cm]”.

Izba zważa, iż na podstawie dowodów załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego (dowód nr 1 - oświadczenie producenta aparatu do znieczulenia model AG70 z dnia 21 listopada 2024 r. i dowód nr 2 – wyciąg z podręcznika użytkownika urządzenia AG70) wynika potwierdzenie spełnienia parametrów technicznych zgodnie z załączoną kartą katalogową (wskazującą 870 mm szerokości), a co istotne potwierdzoną przez przedstawiciela

producenta aparatu Heyer Medical, Chiny To, że w dowodzie nr 2 w tabeli 9-2 „Physical technical specifications” mowa jest o „Approximately” – 870 mm (W)”, co oznacza „w przybliżeniu, około” zgodnie ze słownikiem dictionary.cambridge.org, wcale zdaniem Izby nie oznacza, że aparat AG70 ma 91,2 cm szerokości, mimo złożenia dowodu w postaci folderu producenta ze strony „www” przez Odwołującego do odwołania i na rozprawie, który zdaniem Odwołującego miałyby potwierdzać, że aparat AG70 ma 912 mm szerokości.

Nadto, co należy podkreślić, na podstawie pozostałych dowodów przedłożonych przez Odwołującego (folder TDZ 3 ANA odnoszący się do poprzedniego postępowania, gdzie wskazana jest wartość 8,70 dm oraz folder TDZ 4 ANA odnoszący się do obecnego postępowania, gdzie wskazana jest szerokość 87,0 cm), Izba doszła do przekonania, że aparat do znieczulenia model AG70 Przystępującego posiada 87 cm szerokości, a co za tym idzie w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

W następnej kolejności, Odwołujący zarzucił brak spełnienia przez Przystępującego pkt 80 formularza parametrów technicznych.

Izba zważa, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 80 opisał wymóg w następujący sposób: „Możliwość wprowadzania wszystkich danych tylko jedną metodą; Tak Podać metodę”, gdzie Przystępujący w ww. formularzu wskazał: „TAK , Możliwość wprowadzania wszystkich danych tylko jedną metodą poprzez ekran dotykowy”.

W ocenie Izby, na podstawie karty katalogowej dotyczącej urządzenia AG70 dołączonej do oferty oraz dowodu nr 3 (wyciąg z podręcznika użytkownika urządzenia AG70) Przystępującego, konfrontując powyższe dowody z dowodami Odwołującego (gdzie na jednym z dowodów widać monitor oraz klawiaturę i myszkę, a innym dowodzie (zdjęciu) widać jeden monitor po środku urządzenia), Izba doszła do przekonania, że monitor oraz klawiatura i myszka po prawej stronie urządzenia, nie są elementami obligatoryjnymi urządzenia AG70, co również potwierdził sam Przystępujący na rozprawie oraz w piśmie procesowym: „Na powołanym przez Odwołującego zdjęciu widoczne jest inne urządzenie prawdopodobnie monitor komputera AIO do którego podpięta jest klawiatura i myszka”.

Jednakże to, że w ocenie Izby monitor oraz klawiatura i myszka po prawej stronie urządzenia nie są elementami obligatoryjnymi urządzenia AG70, nie oznacza braku możliwości wprowadzania wszystkich danych tą dodatkową metodą (sposobem), tj. za pomocą monitora komputera AIO, do którego podpięta jest klawiatura i myszka, co zresztą sam Przystępujący na rozprawie powyższemu nie zaprzeczył.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przy dokonywaniu wykładni postanowień SWZ, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa.

Nadto obowiązek ścisłego interpretowania wymogów wskazanych przez Zamawiającego na podstawie jej literalnego brzmienia wynika również z obowiązujących na gruncie przepisów ustawy PZP zasady przejrzystości prowadzonego postępowania oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, wymóg postawiony przez Zamawiającego w pkt 80 formularza parametrów technicznych: „Możliwość wprowadzania wszystkich danych tylko jedną metodą”, należy interpretować ściśle, zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający jednoznacznie bez żadnych wątpliwości wymagał tylko jednej metody wprowadzania wszystkich danych. Co istotne, takie rozumienie opisu przedmiotu zamówienia, sam Zamawiający wyraził w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 października 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3712/24: „Użytkownik aparatu musi mieć także możliwość szybkiego wprowadzania danych pacjenta, bo w przypadku podawania znieczulenia pacjentowi czas gra kluczową rolę, stąd zwrócenie uwagi na metodę wprowadzania niezbędnych danych – im sprawniej tym lepiej. Im więcej możliwości i różnych metod wprowadzania koniecznych parametrów tym łatwiej o pomyłkę. Każdy parametr opisuje więc uzasadnione potrzeby zamawiającego”.

W konsekwencji powyższego, Izba nie zgadza się z argumentacją Przystępującego, który stwierdził na rozprawie, iż „nie chodzi o liczbę sposobów wprowadzania danych”.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest zasadny.

Następnie Odwołujący zarzucił brak spełnienia przez Przystępującego pkt 29 formularza parametrów technicznych.

Izba zważa, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 29 opisał wymóg w następujący sposób: „Wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, nadający się do demontażu bez użycia narzędzi i sterylizacji parowej”, gdzie Przystępujący w ww. formularzu wskazał: „TAK , Wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, nadający się do demontażu bez użycia narzędzi i sterylizacji parowej”.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż Zamawiający w rozdziale 10 ust. 3 pkt 6 SWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) wymagał do oferty składanej w postaci elektronicznej dołączenie przedmiotowych środków dowodowych, „w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami: tj.

a) Aktualny katalog stanowiący potwierdzenie parametrów technicznych odpowiednimi instrukcjami obsługi, opisami,

broszurami w języku polskim

b)Certyfikat CE/deklarację zgodności dotyczącą oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisami wskazanymi dla poszczególnych pakietów

Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z art. 107 ust. 2, w zakresie uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego: Certyfikatu CE/deklaracji zgodności”.

W związku z powyższym, rację ma Odwołujący, iż Przystępujący powinien był dołączyć do oferty rysunek techniczny, czy też zdjęcia, na których byłby przedstawiony cały układ oddechowy, tj. z króćcami, układem przewodowym i innymi elementami gotowego i niezbędnego do użycia podczas operacji pacjenta, tak aby potwierdzić parametr „wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych.

W ocenie Izby, nie potwierdza powyższego parametru ani folder dołączony do oferty przez Przystępującego ani wskazywany dowód nr 3 załączony do pisma procesowego Przystępującego.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż z dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci zdjęć urządzenia AG70, w ocenie Izby, wbrew stanowisku Przystępującego jednoznacznie wynika, iż elementy układu oddechowego wystają poza zarys podstawy jezdnej aparatu. Co istotne, z dowodu w postaci schematu układu oddechowego (notabene ani Zamawiający ani Przystępujący się do niego nie odniósł) wynika, jakie elementy wchodzi w skład oddechowy, w konsekwencji czego, Izba doszła do przekonania, że na układ oddechowy okrężny składają się również układ przewodowy i inne elementy niezbędne do prawidłowego użycia urządzenia.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zarzut ten jest zasadny.

Dalej Odwołujący zarzucił brak spełnienia przez Przystępującego pkt 78 formularza parametrów technicznych.

Izba zważa, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 78 opisał wymóg w następujący sposób: „Wskaźnik głębokości snu anestetycznego, wskaźnik nocycypcji widoczny na ekranie aparatu do znieczulenia. Tak – 2 pkt. Nie – 0 pkt”, gdzie Przystępujący w ww. formularzu wskazał: „TAK , Wskaźnik głębokości snu anestetycznego, wskaźnik nocycypcji widoczny na ekranie aparatu do znieczulenia”.

Izba wskazuje, iż Odwołujący w ramach powyższego zarzutu zarzuca, iż Przystępujący zataił fakt, iż wskaźnik głębokości snu anestetycznego jest widoczny, ale na dodatkowym ekranie.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Odwołujący nie wykazał, iż wskaźnik głębokości snu anestetycznego jest widoczny wyłącznie na dodatkowym ekranie, co już samo to w ocenie Izby powoduje, że zarzut ten jest chybiony.

Poza tym, co istotne, z dowodu nr 4 (wyciąg z podręcznika użytkownika) Przystępującego, jednoznacznie wynika możliwość wyświetlania parametrów qCON na ekranie urządzenia, a tym samym Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Przystępującego, iż: „zasadniczy monitor urządzenia AG70 udostępnia parametry w tym w tym parametr „qCON”.

Tym samym, zdaniem Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu w ramach zarzutów części B, gdzie Odwołujący zarzuca niezgodność z warunkami zamówienia, ze względu na wygaśnięcie certyfikatu CE i Deklaracji Zgodności producenta Heyer.

Izba zważa, iż Przystępujący wraz z ofertą złożył certyfikat CE wraz z deklaracją zgodności, z którego wynika, iż ważność certyfikatu obejmuje okres od 25.02.2020 r. do 08.07.2023 r.

Nadto do oferty zostało dołączone pismo organizacji notyfikującej TUV z dnia 8 sierpnia 2024 r. (list potwierdzający TUV SUD Product Service GmbH CL 002954 0006 Rev.01), które stwierdza, że producent Heyer Medical Co. Ltd (Chiny zgłosił się o przedłużenie certyfikatu (złożył stosowny wniosek) w oparciu o dostarczoną dokumentację, w tym MDR, przy czym zdaniem Odwołującego „nastąpiło to dopiero przed ogłoszeniem pierwszego przetargu przez zamawiającego czyli 08.08.2024”.

W ocenie Izby nie sposób podzielić powyższy pogląd Odwołującego ze względu na fakt, iż z pisma organizacji notyfikującej TUV z dnia 18 września 2023 r. (list potwierdzający TUV SUD Product Service GmbH CL 002954 0006 Rev.00) - dowód nr 5 dołączony do pisma procesowego przez Przystępującego wynika, że producent Heyer Medical Co. Ltd (Chiny) złożył stosowny wniosek o przedłużenie certyfikatu znacznie wcześniej niż sugeruje to Odwołujący, o czym świadczą słowa: „Niniejszym pismem firma TÜV SÜD Product Service GmbH, oznaczona w ramach MDR i oznaczona numerem 0123 na NANDO, potwierdza, że otrzymaliśmy formalny wniosek zgodnie z sekcją 4.3, akapit pierwszy załącznika VII do MDR i podpisaliśmy pisemną umowę zgodnie z z sekcją 4.3, akapit drugi załącznika VII do MDR ; wyżej wymienionym producentem o następującym numerze SRN:

Numer SRN: CN-MF-000014712

Urządzenia objęte formalnym wnioskiem i pisemną umową, o których mowa powyżej, zostały wskazane w poniższych tabelach.

- Tabela 1 identyfikuje urządzenia, dla których otrzymano wnioski MDR, zawarto pisemną umowę i za które TÜV SÜD

Product Service GmbH jest również odpowiedzialna za odpowiedni nadzór nad odpowiednimi urządzeniami zgodnie z obowiązującą dyrektywą.

W przypadku urządzeń objętych certyfikatami wydanymi na podstawie dyrektywy 90/385/EWG (AIMDD) lub dyrektywy 93/42/EWG (MDD), które wygasły po 26 maja 2021 r. i przed 20 marca 2023 r., a nie zostały wycofane, niniejsze pismo potwierdza również, że

- producent podpisał pisemną umowę w ramach MDR przed datą wygaśnięcia certyfikatu MDD/AIMDD; lub
- przedstawił dowód, że właściwy organ państwa członkowskiego przyznał odstępstwo lub zwolnienie z obowiązującej procedury oceny zgodności zgodnie z, odpowiednio, art. 59 ust. 1 MDR lub art. 97 ust. 1 MDR.

Poniżej przedstawiono harmonogramy przejścia zgodnie z art. 120 ust. 3a MDR mające zastosowanie do wyrobów objętych niniejszym pismem, pod warunkiem stałego przestrzegania przez producenta pozostałych warunków określonych w art. 120 ust. 3c MDR:

- 26 maja 2026 r. dla wyrobów wszczepialnych klasy III wykonanych na zamówienie
- 31 grudnia 2027 r. dla wyrobów klasy III i wyrobów wszczepialnych klasy IIb, z wyjątkiem szwów, zszywek, wypełnień dentystrycznych, aparatów ortodontycznych, koron zębów, śrub, klinów, płytek, drutów, szpilek, zacisków i łączników
- 31 grudnia 2028 r. dla pozostałych wyrobów klasy IIb, klasy IIa, klasy I wprowadzanych do obrotu w stanie sterylnym lub posiadających funkcję pomiarową”.

Tym samym, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby „Zarówno producent urządzenia ani wykonawca składający ofertę, nie dochowali staranności i posiadają lukę o znacznej wielkości ponad rok kalendarzowy w dopuszczeniu do rynku UE”.

Poza tym stwierdzenie Odwołującego, że „proces certyfikacji jest niewłaściwy i może ona mieć istotny wpływ jeśli takie urządzenie zostałyby dostarczone i użytkowane na pacjencie” jest w ocenie Izby stwierdzeniem gołosłownym i opartym wyłącznie na przypuszczeniu Odwołującego, o czym świadczą słowa: „zostałyby dostarczone”.

Nadto należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w SWZ nie wymagał dostarczenia wraz z ofertą aktualnego certyfikatu/deklaracji zgodności, co już samo to powoduje w ocenie Izby, że zarzut ten jest niezasadny.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z rozdziałem 10 ust. 3 pkt 6 SWZ, Zamawiający przewidział „możliwość skorzystania z art. 107 ust. 2, w zakresie uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego: Certyfikatu CE/deklaracji zgodności”. Oznacza to, iż Zamawiający w razie jakichkolwiek wątpliwości co do certyfikatu CE/deklaracji zgodności byłby zobligowany w pierwzastosować procedurę uzupełniającą co do ww. przedmiotowego środka dowodowego.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut podniesiony przez Odwołującego w ramach części B (oferty Przystępującego), tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, jak również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TDZ albowiem wykonawca ten nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń, które potwierdzałyby spełnienie warunków zamówienia, są w ocenie Izby zasadne, co do pkt 29 i pkt 80 formularza parametrów technicznych.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez wzgląd na okoliczność, że oferta TDZ złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; z kolei w myśl art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby, Odwołujący w treści odwołania w żaden sposób nie wykazał wystąpienia ww. przesłanek, jak również nie wykazał wystąpienia przesłanek wynikających z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzając jedynie lakonicznie, iż: „czyn ten polega na działaniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku i wymuszaniu na zamawiającym wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy”.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TDZ albowiem wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczność, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP) oraz z uwagi na okoliczność, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Natomiast zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, zaś w myśl 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.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, ma wyłącznie charakter fakultatywny, o czym świadczy użycie słów przez ustawodawcę „zamawiający może wykluczyć wykonawcę”, co oznacza, że wykluczenie wykonawcy zależy od tego, czy Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia, wskazując ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy PZP).

W związku z powyższym, należy podkreślić, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu w ogóle nie przewidział przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, co już samo to w ocenie Izby świadczy o tym, iż zarzut ten jest chybiony.

Poza tym, zdaniem Izby, w realiach przedmiotowej sprawy Izba nie doszukała się, wbrew twierdzeniom Odwołującego wprowadzenia w błąd Zamawiającego czy to umyślnie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Nadto, pozostałe dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu w ramach części C, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Viridian albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, jest w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, iż powyższy zarzut dotyczył punktu 29 formularza parametrów technicznych.

Izba zważa, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 29 opisał wymóg w następujący sposób: „Wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, nadający się do demontażu bez użycia narzędzi i sterylizacji parowej”, gdzie wykonawca Viridian Polska sp. z o.o. w ww. formularzu wskazał: „Tak, Wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, nadający się do demontażu bez użycia narzędzi i sterylizacji parowej”.

W ocenie Izby, na podstawie „Instrukcji użytkownika” (pierwsza strona) zaoferowanego urządzenia Caelus Lite wer. 1.5. przez wykonawcę Viridian Polska sp. z o.o., jak również dowodu Odwołującego złożonego na rozprawie, Izba doszła do przekonania, że układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych w zaoferowanym urządzeniu przez ww. wykonawcę, nie mieści się w zarysie podstawy jezdnej aparatu. Tym samym rację ma Odwołujący, iż: „wyłącznie pochłaniacz, zastawka APL są elementami wbudowanymi, podczas gdy pozostałe elementy są powieszane na wysięgniku”.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zaoferowane urządzenie przez wykonawcę Viridian Polska sp. z o.o. nie spełnia wymagań opisanych w pkt 29 formularza parametrów technicznych, a co za tym idzie treść oferty wykonawcy Viridian Polska sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji, zarzut ten jest w ocenie Izby zasadny.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu w ramach części D, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważy, iż powyższy zarzut dotyczył punktu 29 i 82 formularza parametrów technicznych.

Izba zważy, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 29 opisał wymóg w następujący sposób: „Wbudowany, wewnętrzny (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, nadający się do demontażu bez użycia narzędzi i sterylizacji parowej”, gdzie Odwołujący w ww. formularzu wskazał: „Tak”.

W ocenie Izby, na podstawie na podstawie złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (folderu aparatu x66, instrukcji obsługi aparatu X66 oraz zamieszczonych w nich zdjęć urządzenia), Izba doszła do przekonania, że układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych w zaoferowanym urządzeniu przez Odwołującego, nie mieści się w zarysie podstawy jezdnej aparatu, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 listopada 2024 r., wskazując: „układ oddechowy okrężny do wentylacji dzieci i dorosłych, jest zewnętrzny i wystaje poza obrys podstawy jezdnej aparatu”.

Poza tym, stwierdzenie Odwołującego, że wymóg „wbudowanego, wewnętrznego (mieszczący się w zarysie podstawy jezdnej aparatu) układ oddechowy...” stanowi „ewidentny błąd zamawiającego, gdyż nie istnieje aparat do znieczulenia, w którym układ oddechowy gotowy do pracy z pacjentem byłby w zarysie podstawy jezdnej aparatu”, jest w ocenie Izby zarzutem spóźnionym, ponieważ odnosi się on do wymagań opisanych w SWZ, co za tym idzie, jeśli Odwołujący nie zgadzał się z opisanym wymaganiem przez Zamawiającego, mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zaoferowane urządzenie przez Odwołującego nie spełnia wymagań opisanych w pkt 29 formularza parametrów technicznych, a co za tym idzie treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z kolei odnosząc się do pkt 82 formularza parametrów technicznych, Izba zważy, iż Zamawiający w formularzu parametrów technicznych, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 82 opisał wymóg w następujący sposób: „Wymiar przestrzenny aparatu: wysokość [cm] × szerokość [cm] × głębokość [cm]. Maksymalne dopuszczalne wymiary: szerokość max. 90 cm, głębokość max. 80 cm, wysokość max. 150 cm. Wymiary, w szczególności szerokość i głębokość aparatu są podyktowane wielkością sal operacyjnych; szerokość 90 cm – 0 pkt. poniżej 90 cm do 65 cm – 2 pkt. poniżej 65cm – 5 pkt”, gdzie Odwołujący w ww. formularzu wskazał: „Wysokość 141 [cm] Szerokość 95 [cm] Głębokość 65 [cm]”.

Nadto Izba zważy, iż z folderu aparatu x66 – parametry fizyczne (całe urządzenie) jednoznacznie wynika, iż wymiar szerokości urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego to 950 mm, zaś z instrukcji obsługi aparatu X66 (Specyfikacje techniczne) wymiar ten wynosi 95 cm (strona 134 instrukcji).

Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący nie spełnia wymogu opisanego w pkt 82 formularza parametrów technicznych, zwłaszcza, że Zamawiający wyraźnie wskazał w ww. punkcie, iż: „Maksymalne dopuszczalne wymiary: szerokość max. 90 cm, głębokość max. 80 cm, wysokość max. 150 cm. Wymiary, w szczególności szerokość i głębokość aparatu są podyktowane wielkością sal operacyjnych”.

Poza tym stwierdzenie Odwołującego, iż „nie określono w opisie przedmiotu zamówienia sposobu jego mierzenia”, czy też „w przypadku określenia zapisów tego punktu jako wymiar szerokości minimalnej danego aparatu oferent Lifemed nie miałby problemów ze spełnieniem powyższych wartości” są w ocenie Izby po pierwsze nie tylko zarzutami spóźnionymi, ponieważ powyższe stwierdzenia odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia (tj. dotyczą wcześniejszego etapu postępowania), a po drugie wszelkie wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ, w tym formularzu parametrów technicznych należy interpretować ściśle, zgodnie z wykładnią literalną.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zaoferowane urządzenie przez Odwołującego nie spełnia wymagań opisanych w pkt 82 formularza parametrów technicznych, a co za tym idzie treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut postawiony przez Odwołującego w części D jest niezasadny.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby, okazał się zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, które zostały postawione w ramach zarzutów części A.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 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 Odwołującego w części 3/8 i Zamawiającego w części 5/8.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

