

Sygn. akt: KIO 2816/23

WYROK

z dnia 12 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**,

przy udziale wykonawcy **MEDILAB Firma Wytwórczo-Uslugowa sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- c) odrzucenie oferty wykonawcy MEDILAB Firma Wytwórczo-Uslugowa sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku,
- d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2816/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

Dostawa wyposażenia i adaptację pomieszczeń Centralnej Sterylizatorni, na potrzeby Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu w ramach projektu pn. Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK), Znak sprawy: PN-46/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28.06.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 122-387810.

W dniu 25 września 2023 r. wykonawca MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o. z siedzibą ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok;
3. art. 239 ust. 1 poprzez wybór oferty wykonawcy Medilab, mimo że ta oferta podlegała odrzuceniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Medilab jako niezgodnej z dokumentami zamówienia,
4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że:

Zarzut 1 dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego

W dniu 15 września 2023 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo zawierające informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę – Medilab oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

dowód: kopia pisma Zamawiającego – z 15 września 2023 r.

Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na niezgodność oferty z dokumentami zamówienia z uwagi na to że:

- 1) Odwołujący zaoferował termin przydatności czynnika sterylizującego 10 dni od daty jego otwarcia;
- 2) złożone prawidłowe przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają części parametrów wymaganych i punktowanych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty pozbawiona jest podstawy faktycznej i prawnej. Uzasadniając powyższe wskazać należy na następującą argumentację.

Ad. pkt 1)

Zgodnie z **pkt 15** załącznika nr 5g do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami (załącznik nr 3 do SWZ) - *Sterylizator plazmowy, przelotowy - 1 szt.* Zamawiający wymagał *terminu przydatności czynnika sterylizującego min. 30 dni od daty jego otwarcia*. W odpowiedzi na pytanie nr 203 do SWZ (pismo w wyjaśnieniach do SWZ z 31.07.2023 r.) o następującej treści: „*sterylizator, pkt. 15) Prosimy o dopuszczenie do oceny sterylizatora ylazmoweoo, w którym z jednej kasety jest możliwość wykonania 5 cykli sterylizacyjnych w czasie 10 dnu Termin ten umożliwia zużycie całego środka sterylizującego bez obawy utraty niewykorzystanego nadtlenu wodoru i bez generowania dodatkowych kosztów dla szpitala. Dodatkowo nasze urządzenie posiada cykl ekonomiczny, gdzie koszt cyklu jest trzykrotnie niższy niż u innych producentów, co da znaczne korzyści ekonomiczne szpitalowi*” Zamawiający udzielił wyjaśnień, iż **dopuszcza wskazany sterylizator**. Co istotne podkreślić należy, iż pytający wprost wskazał we wniosku o wyjaśnienie SWZ na parametr SWZ - *pkt 15 sterylizator*, w którego treści jedynym wymogiem było *termin przydatności czynnika sterylizującego min. 30 dni od daty jego otwarcia*. Udzielona odpowiedź jednoznacznie wskazuje na dopuszczenie przez Zamawiającego (jako alternatywnie spełniającego ww. parametr SWZ) sterylizatora zaoferowanego przez Odwołującego. Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż wcześniej udzielona odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ (pismo w wyjaśnieniach SWZ z 25.07.2023 r.) uniemożliwia późniejsze dopuszczenie przez Zamawiającego urządzenia na wniosek jednego z potencjalnych wykonawców. Udzielając w późniejszym terminie odpowiedzi na pytanie nr 203 do SWZ Zamawiający ponad wszelką wątpliwość dopuścił możliwość zaoferowania sterylizatora wskazanego w ofercie Odwołującego jako spełniającego wymogi pkt 15 Załącznika nr 5g do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie oferta Odwołującego uwzględniająca alternatywnie dopuszczony przez Zamawiającego sterylizator plazmowy jest zgodna z treścią SWZ.

dowód: kopia wyjaśnień do SWZ z 31.07.2023 r.

Ad. pkt 2)

Zgodnie z **pkt 19.9 pkt 2)** SWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą jako przedmiotowych środków dowodowych kart katalogowych (broszur technicznych, instrukcji, folderów, dokumentacji technicznych) oferowanych rozwiązań **zawierających co najmniej informacje o parametrach punktowanych**. Zamawiający wymagał aby karty katalogowe były wystawione w pierwszej kolejności przez producenta sprzętu, a jeśli takowe nie są dostępne to przez dystrybutora. Zamawiający dopuścił potwierdzenie wymaganych parametrów poprzez oświadczenie producenta tylko wówczas, gdy dany parametr nie występuje w dokumentacji technicznej wystawionej przez producenta, jak karta katalogowa, broszura, dokumentacja techniczno-ruchowa, instrukcja użytkowania, instrukcja instalacji. Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy *jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia*. Zamawiający w pkt 19.9 SWZ wskazał, iż *nieprzedłożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych skutkuje tym, że Zamawiający wzywa Wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych, pod rygorem odrzucenia oferty (z wyłączeniem przedmiotowych środków dowodowych lub ich części odnoszących się do punktowanych pozycji w ramach kryterium „parametry techniczne”, o których mowa w pkt 15 SWZ – zgodnie z art. 107 ust. 3 PZP)*. Braki w przedmiotowych środkach dowodowych odnoszące się do parametru punktowanego, nie podlegają uzupełnieniu: - W sytuacji gdy dotyczą punktowanego, a nie wymaganego parametru Zamawiający nie przyzna punktów oceny technicznej w tym zakresie. Ponadto w pkt 15.1.2 SWZ Zamawiający wskazał, iż jeśli Wykonawca nie wypełni opisu w pozycji dotyczącej parametru punktowanego a nie wymaganego i /lub nie załączy odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego, ofercie nie zostaną przyznane punkty za ten parametr.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kart katalogowych (broszur technicznych, instrukcji, folderów, dokumentacji technicznych) oferowanych rozwiązań zawierających co najmniej

informacje o parametrach punktowanych. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Zamawiający dopuścił możliwość wezwania wykonawców do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z wyłączeniem składanych – odnoszących się do punktowanych pozycji w ramach kryterium „parametry techniczne” (zgodnie z art.107 ust. 3 ustawy). W przypadku braku złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie parametrów punktowanych Zamawiający zastrzegł, iż nie będą one podlegały uzupełnieniu, a ofercie nie zostaną przyznane punkty za oceniany parametr.

Mimo powyższych jednoznacznych zapisów SWZ Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego za brak złożenia wraz z ofertą części przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia parametrów wymaganych i punktowanych. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego narusza zarówno przepisy ustawy jak i wyżej przywołane zapisy SWZ. Ponadto wskazać należy, iż dokonując ww. czynności odrzucenia oferty Zamawiający naruszył również zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 16 pkt 1 ustawy. Wykonawca Medilab, którego oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza również nie złożył wraz z ofertą części przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia parametrów wymaganych i punktowanych (w zakresie oferowanych mebli), a Zamawiający nie odrzucił jego oferty jak w przypadku Odwołującego. Jediną sankcją było nieprzyznanie Wykonawcy Medilab pkt w kryterium parametry techniczne w części meble, co wynika w szczególności z otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji w ramach wniosku o przesłanie protokołu z postępowania wraz z załącznikami – punktacja Medilab – ocena techniczna oferty.

- dowód: kopia pisma – punktacja Medilab - ocena techniczna oferty.

Dodatkowo wskazać należy, iż niezasadnie odrzucona oferta Odwołującego zawiera cenę o ponad 2.200.000 zł niższą od oferty Wykonawcy Medilab. Utrzymanie wadliwej czynności odrzucenia doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydatkowania przez Zamawiającego środków finansowych w ww. wysokości.

Zarzut 2 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - Medilab

Zgodnie z **pkt 4 i 5** załącznika nr 5g do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami (załącznik nr 3 do SWZ) - *Sterylicator plazmowy, przelotowy - 1 szt.* Zamawiający wymagał zaoferowania sterylicatora plazmowego:

-o wymiarach zewnętrznych (S/W/G) nie przekraczających: 900 x 1800 x 1.100 mm,

-posiadającego komorę sterylicatora o wymiarach min. (S/W/G): 330 x 380 x 750 mm., pojemność komory min. 1351.

Wykonawca Medilab Zaoferował Sterylicator plazmowy, przelotowy MATACHANA 130HPO-2 niespełniający ww. parametrów granicznych SWZ. Z zestawienia parametrów

Warunków wymaganych (Załącznik nr 5G) oraz Karty katalogowej” 5G - STERYLICATOR NISKOTEMPERATUROWY 130HPO karta techniczna załączonych do oferty Medilab wynika, iż zaoferowany Sterylicator plazmowy posiada:

-wymiary zewnętrzne 900 x 1.864 x 1.100mm,

-komorę sterylicatora o wymiarach 335 x 363 x 972mm i pojemności 1481.

Wykonawca Medilab wskazał w złożonej ofercie, iż ww. parametry zostały dopuszczone przez Zamawiającego w odpowiedzi do SWZ z 14.07.2023 r. W tym miejscu wskazać należy, iż analiza wszystkich udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SWZ w przedmiotowym postępowaniu zarówno z 14.07.2023 r. jak i pozostałych z 25 i 31.07.2023 r. nie wskazuje na dopuszczenie przez Zamawiającego jako spełniających wymogi SWZ ww. wymiarów zewnętrznych sterylicatora jak i komory. Co istotne Wykonawca Medilab również nie wskazał szczegółowo w złożonej ofercie, w którym punkcie udzielonych wyjaśnień do SWZ z 14.07.2023 r. Zamawiający rzekomo dopuścił ww. parametry sterylicatora. Powyższe stanowi o niezgodności zaoferowanych parametrów technicznych sterylicatora z wymaganiami określonymi w SWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Medilab na podstawie **art. 226 ust. 1 pkt 5)** ustawy jako niezgodnej z warunkami zamówienia (parametrami granicznymi SWZ).

dowody: kopia oferta Medilab - (Załącznik nr 5G), Karta katalogowa 5G - STERYLICATOR NISKOTEMPERATUROWY 130HPO - karta techniczna, wyjaśnienia do treści SWZ z 14, 25 i 31.07.2023 r.

Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy, 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 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 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 (tak Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza – Urząd Zamówień Publicznych – Warszawa 2021 r.) Treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i ceny w formularzu cenowym (zob. wyrok z dnia 30 października 2014 r., sygn. akt. KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14).

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zatem na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (por. wyrok z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy na przykładowe orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a w szczególności:

- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r., sygn. akt. V Ca 398/05 oraz Wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28.09.2005 r., sygn. akt II Ca 29/05 w których uzasadnieniach wskazane zostało m.in., iż: „postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy. Formalizm ten uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów siwz”,

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 218/08 w uzasadnieniu którego skład Izby podniósł, iż: „Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce wtedy, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w siwz, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”.

Wyżej przywołane orzecznictwo bezpośrednio wskazuje na obligatoryjność dokonania czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego w przypadku jej sprzeczności z warunkami

zamówienia m.in. gdy zachodzi sprzeczności co do parametrów technicznych wymaganych w treści SWZ z oferowanymi przez wykonawcę urządzeniami. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż oferta Wykonawcy Medilab winna zostać odrzucona z przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego na podstawie **art. 226 ust. 1 pkt 5** ustawy, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wskazanym powyżej.

Zarzut 3 - wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Zarzut naruszenia art. 239 ustawy ma charakter wynikowy i jest ściśle powiązany z pozostałymi zarzutami.

Reasumując powyższe wskazać należy, iż czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania odrzucenia oferty Medilab, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej zostały dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów wskazanych w treści odwołania, a jako pozbawione podstawy faktycznej i prawnej winny zostać uchylone. W ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione i konieczne. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia treści odwołania została przekazana Zamawiającemu 25 września 2023 r. za pośrednictwem platformy przetargowej Zamawiającego oraz pocztą elektroniczną na adres e-mail wskazany w treści SWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 października 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że:

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) poprzez odrzucenie oferty odwołującego, wskazuję, że zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko. Odwołujący zaoferował termin przydatności czynnika sterylizującego na 10 dni od daty jego otwarcia. Zgodnie z pkt. 15 załącznika 5G do SWZ zamawiający określił obowiązek zapewnienia przydatności czynnika sterylizującego na minimum 30 dni od daty jego otwarcia. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaakceptował zmianę tego wymagania poprzez alternatywne dopuszczenie stabilizatora plazmowego, „w którym z jednej kasety jest możliwość dokonania 5 cykli sterylizacyjnych w ciągu 10 dni”.

Stanowisko odwołującego nie znajduje potwierdzenia w dokumentach zamówienia. Zamawiający wyrażając zgodę na dopuszczenie sterylizatora posiadającego powyższą funkcję, nie wyraził zgody na skrócenie terminu przydatności

czynnika z 30 dni na 10 dni.

Zadane przez odwołującego w toku postępowania pytanie nie wskazuje na oczekiwanie zmiany tego wymagania. Możliwość wykonania przez oferowany sterylizator, (o którym na etapie zadawania pytań, zamawiający nic nie wie) 5 cykli w ciągu 10 dni, równie dobrze mogłaby oznaczać możliwość wykonania tej ilości cykli w dłuższym terminie – np. 15, 20 lub wymaganych 30 dni. Jeśli inna była intencja odwołującego (zadającego pytanie), należało zadać to pytanie precyzyjnie, bez wprowadzania zamawiającego w błąd.

Odwołujący pomija, że w dniu 25 lipca 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 49. Wykonawca zadał następujące pytanie: (sterylizator, pkt 15) Ze względu na właściwości fizyczno-chemiczne substancji jaką jest nadtlenuk wodoru – **prosimy Zamawiającego o dopuszczenie do oceny czynnika sterylizującego z terminem przydatności 10 dni od daty jego umieszczenia w sterylizatorze?**

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający wskazał: **Zgodnie z SWZ, zaproponowany termin przydatności jest zbyt krótki i może powodować zwiększenie kosztów obsługi urządzenia.** Zatem zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi wykluczającej zastosowanie czynnika, którego termin przydatności do użycia jest krótszy niż 30 dni od dnia otwarcia. Wobec powyższego odwołujący zaoferował urządzenie niezgodne z SWZ oraz, którego eksploatacja będzie dla zamawiającego znacznie kosztowniejsza niż urządzenia, którego czynnik sterylizujący będzie miał dłuższą datę przydatności.

Odnosząc się punktu 2 zarzutu 1 odwołania zamawiający podtrzymuje, że wykonawca nie przedłożył niepodlegających uzupełnieniu przedmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby wymagane i punktowane przez zamawiającego parametry techniczne przedmiotu umowy.

W punkcie 19.9 SWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia do oferty wykonawca dołączy przedmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt. 1 i pkt. 2. Przedłożone przez odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie pozwalają zamawiającemu stwierdzić, czy ofertowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia pełni wszelkie wymagania dokumentów postępowania. Zamawiający dopuszczał uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych z wyłączeniem przedmiotowych środków dowodowych lub ich części odnoszących się do punktowanych pozycji w ramach kryterium „parametry techniczne”, o którym mowa w pkt 15 SWZ – zgodnie z art. 107 ust. 3 Pzp. Wykonawca do oferty załączył oświadczenie własne dotyczące parametrów punktowanych, którego jednak zamawiający nie może uznać jako prawidłowy przedmiotowy środek dowodowy, gdyż w SWZ, jako wyjątek zamawiający dopuszczał potwierdzenie wymaganych parametrów poprzez oświadczenie producenta. Producentami oferowanych urządzeń są podmioty inne niż odwołujący. W ofercie zatem występują braki, które nie podlegają uzupełnieniu z uwagi na artykuł 107 ust. 3 Pzp. Złożone przez Wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wymienionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty parametrów wymaganych i punktowanych przez Zamawiającego, co uzasadniało odrzucenie oferty.

Odwołujący w zarzucie nr 2 wskazał, że oferta przystępującego nie spełnia warunków określonych przez zamawiającego dla Sterylizatora plazmowego, przelotowego w punkcie 4 i punkcie 5 załącznika nr 5g do szczegółowego OPZ. Zarzut ten jest chybiony.

Zamawiający w pkt. 4-5 ww. załącznika wymagał zaoferowania sterylizatora plazmowego:

- 1) o wymiarach zewnętrznych (S/W/G) nie przekraczających: 900 x 1800 x 1.100 mm,
- 2) posiadającego komorę sterylizatora o wymiarach min. (S/W/G): 330 x 380 x 750 mm, pojemność komory min. 135 litrów.

Zamawiający odpowiadając na pytania nr 27 (odnoszące się do ww. pkt. 4) i nr 28 (odnoszące się do ww. pkt 5) w dniu 14 lipca 2023 r. wskazał:

Pytanie 27: Dot. pkt. 4: Czy Zamawiający dopuści urządzenie o wymiarach zewnętrznych nieprzekraczających 680x1910x864 mm (szer. x wys. x głęb.)?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie.

Pytanie 28: Dot. pkt. 5: Czy Zamawiający dopuści komorę sterylizatora o wymiarach użytkowych min. 460x500x710 mm (szer. x wys. x głęb.) i pojemności 160 l?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie.

W zakresie wymogów określonych w pkt. 4 załącznika nr 5G zamawiający w odpowiedzi na pytanie 27 dopuścił większą niż w SWZ i ofercie przystępującego wysokość przy zachowaniu pozostałych dwóch parametrów. Urządzenie zaproponowane przez Medilab mieści się w parametrach określonych w SWZ w zakresie szerokości i głębokości. W zakresie wysokości mieści się w parametrze dopuszczonym w odpowiedzi na pytanie 27. Sterylizator zaoferowany przez przystępującego spełnia zatem wymagania określone w dokumentach postępowania.

W zakresie wymogów określonych w pkt 5 załącznika nr 5G najistotniejsze znaczenie ma pojemność komory sterylizatora. W odpowiedzi na pytanie 28 zamawiający dopuścił komorę sterylizatora, która nie spełnia wszystkich trzech wymiarów, gdyż spełnia wymagania w zakresie pojemności. Zamawiający nie mógł zatem odrzucić oferty

przystępującego, którego zaoferowane urządzenie (podobnie jak w pytaniu nr 28 nie spełnia jednego z wymiarów, a spełnia wymogi dotyczące pojemności). Zamawiający musiał się kierować zasadą, że wszelkie wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy.

Wobec powyższych rozważań bezzasadny jest zarzut nr 3 odwołującego.

Na marginesie zamawiający wskazuje, że powołane przez odwołującego na stronie 6 odwołania wyroki KIO i Sądów Okręgowych potwierdzają słuszność postępowanie zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28.06.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 122-387810.

W dniu 25 września 2023 r. wykonawca MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę - Medilab Firma Wytwórczo-Uslugowa Sp. z o.o. z siedzibą ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok;
- 3.art. 239 ust. 1 poprzez wybór oferty wykonawcy Medilab, mimo że ta oferta podlegała odrzuceniu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę MMM Muenchener Medizin Mechanik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca MEDILAB Firma Wytwórczo-Uslugowa sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2023 r. (pismo z dnia 4 października 2023 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

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

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 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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 skutkowało by 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.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba uważa, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przy dokonywaniu wykładni postanowień SWZ, aw szczególności przy ocenie i badaniu zgodności oferty z wymogami określonymi w SWZ, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa.

Powyższe stanowisko potwierdza również Sąd Okręgowy w Warszawie, wskazując w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 października 2008 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 446/08, że „postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SWZ”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że 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. Oznacza to, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w SWZ, tak by każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu wiedział jakie wymogi postawił Zamawiający.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z pkt 15 załącznika 5G do SWZ (Sterylizator plazmowy, przelotowy – 1 szt.) Zamawiający wymagał „Termin przydatności czynnika sterylizującego min. 30 dni od daty jego otwarcia”, w którym jednocześnie wprowadził wartość wymaganą słowem „TAK”.

W dniu 31 lipca 2023 r. w wyjaśnieniach do SWZ na zadane pytanie nr 203: „(sterylizator, pkt. 15) Prosimy o dopuszczenie do oceny sterylizatora plazmowego, w którym z jednej kasety jest możliwość wykonania 5 cykli sterylizacyjnych w ciągu 10 dni. Termin ten umożliwia zużycie całego środka sterylizującego bez obawy utraty niewykorzystanego nadtlenu wodoru i bez generowania dodatkowych kosztów dla szpitala. Dodatkowo nasze urządzenie posiada cykl ekonomiczny, gdzie koszt cyklu jest trzykrotnie niższy niż u innych producentów, co da znaczne korzyści ekonomiczne szpitalowi”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „dopuszcza”.

W ocenie Izby Zamawiający wyrażając zgodę na dopuszczenie sterylizatora, w którym „z jednej kasety jest możliwość wykonania 5 cykli sterylizacyjnych w ciągu 10 dni”, dopuścił jako alternatywnie spełniający wymóg w postaci terminu przydatności czynnika sterylizującego „min. 30 dni od daty jego otwarcia”. Inaczej mówiąc, Zamawiający dopuścił zarówno sterylizator plazmowy, w którym następuje wykonanie z jednej kasety 5 cykli sterylizacyjnych w ciągu 10 dni, jak i sterylizator, który spełnia wymóg określony w pkt 15 załącznika nr 5G do SWZ.

W związku z powyższym, Izba nie zgadza się z Zamawiającym, jakoby Odwołujący wprowadził „zamawiającego w błąd”.

Na marginesie Izba zważa, że w dniu 25 lipca 2023 r. w wyjaśnieniach do SWZ na zadane pytanie nr 49: „(sterylizator (sterylizator, pkt. 15) Ze względu na właściwości fizyczno-chemiczne substancji jaką jest nadtlenek wodoru – prosimy Zamawiającego o dopuszczenie do oceny czynnika sterylizującego z terminem przydatności 10 dni od daty jego umieszczenia w sterylizatorze?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SWZ, zaproponowany termin przydatności jest zbyt krótki i może powodować zwiększenie kosztów obsługi urządzenia”.

Jednakże Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający udzielając wcześniejszej odpowiedzi na pytanie nr 49, nie uniemożliwił późniejsze dopuszczenie sterylizatora plazmowego jako alternatywnie spełniający wymóg określony w pkt 15 załącznika nr 5G do SWZ, w związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 203.

W związku z powyższym, zarzut ten jest zdaniem Izby zasadny, a Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy w piśmie z dnia 15 września 2023 r. w zakresie punktu 1 zarzutu nr 1.

Odnosząc zaś punktu 2 zarzutu nr 1, Izba zważa, że Zamawiający w pkt 19.9 SWZ w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia do oferty Wykonawca dołączył przedmiotowe środki dowodowe, wskazując w pkt 2 „Karty katalogowe (broшуry techniczne, instrukcje, foldery, dokumentacje techniczne) oferowanych rozwiązań **zawierających co najmniej informacje o parametrach punktowanych**”. Zamawiający wymaga aby karty katalogowe były wystawione w pierwszej kolejności przez producenta sprzętu, a jeśli takowe nie są dostępne to przez dystrybutora. Zamawiający dopuszcza potwierdzenie wymaganych parametrów poprzez oświadczenie producenta tylko wówczas, gdy dany parametr nie występuje w dokumentacji technicznej wystawionej przez producenta, jak karta katalogowa, broшуra, dokumentacja techniczno-

ruchowa, instrukcja użytkowania, instrukcja instalacji, itp.. Potwierdzenie parametru poprzez oświadczenie może mieć charakter tylko wyjątkowy i dotyczyć pojedynczych punktów, a nie całego czy większości spośród wymaganych parametrów”.

Jednocześnie Zamawiający w pkt 19.9 SWZ wskazał, iż **Nieprzedłożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych skutkuje tym, że Zamawiający wzywa Wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych, pod rygorem odrzucenia oferty (z wyłączeniem przedmiotowych środków dowodowych lub ich części odnoszących się do punktowanych pozycji w ramach kryterium „parametry techniczne”, o którym mowa w pkt 15 SWZ – zgodnie z art. 107 ust. 3 PZP). Braki w przedmiotowych środkach dowodowych odnoszące się do parametru punktowanego, nie podlegają uzupełnieniu:**

- W sytuacji gdy dotyczą punktowanego, a nie wymaganego parametru Zamawiający nie przyzna punktów oceny technicznej w tym zakresie. (nawet jeśli Wykonawca w załączniku w załączniku nr 1 do OPZ „Tabela zbiorcza” (wraz z zał. 5A, 5B, 5C, 5D, 5E, 5F, 5G), a także w załączniku nr 3 do OPZ „Opisy mebli” zadeklaruje że zrealizuje zamówienie zgodnie z punktowanym wymogiem OPZ)”.

Powyższe potwierdza również pkt 15.1 (2) Parametry techniczne SWZ, w którym Zamawiający wskazał, że: „Jeśli Wykonawca nie wypełni opisu w pozycji dotyczącej parametru punktowanego a nie wymaganego i / lub nie załączy odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego, ofercie nie zostaną przyznane punkty za ten parametr”.

Tym samym, biorąc pod uwagę zapisy SWZ, Izba chciałaby zaznaczyć, iż Zamawiający wymagał w SWZ, aby karty katalogowe były wystawione w pierwszej kolejności przez producenta sprzętu, a jeśli nie są one dostępne, wówczas przez dystrybutora. W przedmiotowej sprawie, Odwołujący do oferty załączył oświadczenie własne dotyczące parametrów punktowanych z dnia 3 sierpnia 2023 r., a które to oświadczenie Zamawiający nie uznał jako prawidłowo złożony przedmiotowy środek dowodowy, ponieważ w SWZ jako wyjątek Zamawiający dopuszczał potwierdzenie wymaganych parametrów poprzez oświadczenie producenta.

Jednakże, co istotne, Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż „Wykonawca Medilab, którego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza również nie złożył wraz z ofertą części przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia parametrów wymaganych i punktowanych (w zakresie oferowanych mebli), a Zamawiający nie odrzucił jego oferty jak w przypadku Odwołującego. Jedyną sankcją było nieprzyznanie Wykonawcy Medilab pkt w kryterium parametry techniczne w części meble”, o czym świadczy dowód nr 4 załączony do odwołania (punktacja Medilab – ocena techniczna oferty).

Tym samym, biorąc powyższe pod uwagę oraz naczelną zasadę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy PZP, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, Zamawiający powinien był przyznać ofercie Odwołującego w parametrach ocenianych 0 pkt, a nie być ofertą odrzuconą, tak jak nie została odrzucona oferta Przystępującego, mimo niezłożenia wraz z ofertą części przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia parametrów wymaganych i punktowanych (w zakresie oferowanych mebli), lecz Zamawiający przyznał Przystępującemu 0 pkt.

Nawet, gdyby uznać, że oferta Odwołującego powinna być odrzucona w powyższym zakresie, to kierując się, jak już Izba powyżej wskazała naczelną zasadą zamówień publicznych, tj. zasadą równego traktowania wykonawców, to w przedmiotowym postępowaniu również powinna być odrzucona oferta Przystępującego z powodu niezłożenia wraz z ofertą części przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia parametrów wymaganych i punktowanych (w zakresie oferowanych mebli).

Tym samym, zarzut ten jest zdaniem Izby zasadny, a Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy w piśmie z dnia 15 września 2023 r. w zakresie punktu 2 zarzutu nr 1.

Z kolei przechodząc do zarzutu nr 2, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - Medilab Firma, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 4 i 5 załącznika 5G do SWZ (Sterylizator plazmowy, przelotowy – 1 szt.) Zamawiający wymagał odpowiednio: „Sterylizator o wymiarach zewnętrznych (S/W/G) nie przekraczających: 900x 1800 x 1.100 mm” oraz “Komora sterylizatora o wymiarach min. (S/W/G): 330 x 380 x 750 mm pojemność komory min. 135”, w których jednocześnie wprowadził wartość wymaganą słowem „TAK”.

W dniu 14 lipca 2023 r. w wyjaśnieniach do SWZ na zadane pytanie nr 27: „Dot. pkt. 4: Czy Zamawiający dopuści urządzenie o wymiarach zewnętrznych nieprzekraczających 680x1910x864 mm (szer. x wys. x głęb.) ? Uzasadnienie: Jedynie wysokość nieznacznie przekracza ograniczenia SWZ. Pozostałe wymiary mające wpływ na wielkość zajmowanej powierzchni pomieszczenia są mniejsze”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że: dopuszcza proponowane rozwiązanie. Z kolei na zadane pytanie nr 28: „Dot. pkt. 5: Czy Zamawiający dopuści komorę sterylizatora o wymiarach użytkowych min. 460x500x710 mm (szer. x wys. x głęb.) i pojemności 160 l? Uzasadnienie: Proponowana komora jest

szersza i wyższa od wymaganej. Jedynie głębokość jest nieznacznie mniejsza niż wymóg SWZ; Zamawiający udzielił odpowiedzi, że: „dopuszcza proponowane rozwiązanie”.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający udzielając powyższych odpowiedzi, nie zmienił ani nie uchylił parametrów wskazanych w pkt 4 i 5 załącznika nr 5G do SWZ, o czym świadczy słowo „dopuszcza”.

Jednakże należy zauważyć, iż zarówno pytanie nr 27, jak i pytanie nr 28 stanowi de facto wniosek o dopuszczenie konkretnego urządzenia o wymiarach zewnętrznych nieprzekraczających maks. 680x1910x864 mm (szer. x wys. x głęb.) oraz urządzenia posiadającego komorę sterylizatora o wymiarach użytkowych min. 460x500x710 mm (szer. x wys. x głęb.) i pojemności 160 l.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pytania dopuścił parametry konkretnego urządzenia, a nie dokonał zmiany jednego z parametrów, co próbowali wykazywać zarówno Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 4 października 2023 r. Należy zauważyć, że Przystępujący zaoferował urządzenie MATACHANA 130HPO-2 o wymiarach zewnętrznych 900 x 1.864 x 1.100mm oraz komorę sterylizatora o wymiarach 335 x 363 x 972 mm i pojemności 148 l.

W konsekwencji, biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że w ramach wymiarów zewnętrznych sterylizatora plazmowego, Zamawiający nie dopuścił większą niż w SWZ i w ofercie Przystępującego wysokość przy zachowaniu pozostałych dwóch parametrów (tj. szerokość, głębokość), na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym, Izba nie podziela argumentacji Przystępującego, jakoby Zamawiający ustalił maksymalne wymiary zewnętrzne sterylizatora plazmowego na 900 (szerokość) x 1910 (wysokość) x 1100 (głębokość) mm (maksymalne wartości podane w załączniku 5G do SWZ i maksymalne wartości podane w odpowiedzi na pytanie nr 27).

W związku z powyższym, zaoferowany sterylizator przez Przystępującego MATACHANA 130HPO-2 o wymiarach zewnętrznych 900 x 1864 x 1100 mm (S x W x G), zdaniem Izby nie spełnia warunki zamówienia określone w dokumentacji postępowania.

Odnosnie komory sterylizatora, Izba zważyła, że Zamawiający podał wymóg minimalnej szerokości, wysokości, długości (głębokości) oraz minimalnej pojemności w litrach, przy czym przez pojemność należy rozumieć objętość, czyli iloczyn wymiarów szerokości, wysokości i długości. W związku powyższym, Izba wskazuje, że iloczyn wymiarów szerokości, wysokości i długości zaoferowanej komory sterylizatora przez Przystępującego wynosi 118l, a nie deklarowane 148l, na co zwrócił uwagę Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 9 października 2023 r. Oznacza to, iż wysokość oraz pojemność komory sterylizatora są mniejsze od wymaganych minimalnych wymiarów określonych przez Zamawiającego w pkt 5 załącznika nr 5G do SWZ. Jednakże nawet, gdyby uznać, że komora sterylizatora Przystępującego spełnia wymóg określony przez Zamawiającego w zakresie pojemności komory (z karty technicznej sterylizatora plazmowego serii 130HPO wynika pojemność komory 148l), to różnica w wymiarach komory w zakresie wysokości wynoszącej 17 mm jest różnicą powodującą niezgodność przedmiotu zamówienia.

Nadto należy zwrócić uwagę, że „gdyby intencją pytającego była tylko zmiana jednego wybranego parametru SWZ spośród wskazanych (w analizowanym przypadku wysokości sterylizatora i komory) wówczas pytający wskazałby tylko na jeden wybrany parametr, a nie na urządzenie, które posiada wszystkie inne parametry niż wymagane w SWZ”, na co wskazywał Odwołujący w piśmie procesowym.

W konsekwencji, biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że w ramach komory sterylizatora plazmowego, Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 28 w rzeczywistości nie dopuścił komory sterylizatora, która „może nie spełniać wszystkich trzech wymiarów, ale spełnia wymóg w zakresie pojemności”, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Tym samym, zarzut ten jest zdaniem Izby zasadny.

W konsekwencji zasadny jest również zarzut nr 3, który jest zarzutem wynikowym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: