

**WYROK**  
**z dnia 11 grudnia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Kot**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę Wolfmed sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu z siedzibą w Sosnowcu,

przy udziale wykonawcy IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 zamówienia;
  - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 3 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 253,00 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt trzy złote 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu: wpisu od odwołania w kwocie 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę w kwocie 636,00 zł (słownie: sześćset trzydzieści sześć złotych 00/100) oraz kosztów za inne uzasadnione wydatki tj. kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:** .....

**Uzasadnienie**

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający” oraz „Szpital”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa aparatury medycznej dla Bloku Operacyjnego Neurochirurgii w ramach inwestycji: „Modernizacja i przebudowa oraz wyposażenie sal operacyjnych Centralnego Traktu Operacyjnego wraz z zapleczem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu” (Nr referencyjny: 50/PNE/DOT/2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 września 2023 r. pod numerem: 2023/S 180-564502.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

10 listopada 2023 r. wykonawca Wolfmed sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący” oraz „Wolfmed”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu oraz na zaniechanie czynności w Postępowaniu, do której Szpital był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp w zakresie części nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „IMC”) w zakresie części nr 3, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. urządzenie nie posiada wyświetlacza dotykowego i sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 3, w tym odrzucenie oferty wykonawcy IMC.

W uzasadnieniu odwołania Wolfmed wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia intencją Zamawiającego było otrzymanie produktu wyposażonego w wyświetlacz dotykowy, za pomocą którego miało odbywać się sterowanie urządzeniem. Odwołujący zaznaczył, że pojęcie „wyświetlacz dotykowy” jest powszechnie używane w języku potocznym i ma takie samo znaczenie w języku specjalistycznym i branżowym. Ekrany dotykowe, które spotykane są w telefonach, tabletach czy komputerach, są również stosowane w takim samym znaczeniu w branży wyrobów medycznych. W języku technicznym „wyświetlacz dotykowy” należy rozumieć jako rodzaj ekranu wyświetlacza, który pozwala użytkownikom na bezpośrednią interakcję z urządzeniem przez dotyk. Ekrany dotykowe są szeroko stosowane w urządzeniach takich jak smartfony, tablety, komputery, samochody i systemy sterowania oparte na dotyku. W ekrany dotykowe wbudowane są czujniki dotykowe, które rozpoznają dotyk użytkownika i wywołują odpowiednie działanie. W ocenie Odwołującego zaoferowany przez wykonawcę IMC produkt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, ponieważ nie posiada wyświetlacza dotykowego, a sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza. Wolfmed podniósł, że fakt ten wynika jednoznacznie z kilku okoliczności. Przede wszystkim wynika ze

złożonej przez wykonawcę IMC wraz z ofertą (jak również złożonej ponownie w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych) instrukcji obsługi. Instrukcja ta zawiera grafiki poglądowe produktu. Z grafik jednoznacznie wynika, że zaoferowany produkt nie ma wyświetlacza dotykowego, a sterowanie urządzeniem odbywa się za pomocą klasycznych przycisków fizycznych (a nie ekranu dotykowego). Ponadto – jak wskazał Odwołujący – sam wykonawca IMC w ramach uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych poinformował Zamawiającego, że urządzenie posiada przyciski, a nie jest sterowane ekranem dotykowym. Ze strony numer 12 przywołanej przez IMC instrukcji również nie wynika, by urządzenie posiadało ekran dotykowy, za pomocą którego odbywa się sterowanie. Wolfmed zauważył, że na stronie 12 instrukcji nie pada nawet słowo „wyświetlacz”, „ekran”, „monitor” lub podobne. Także ze strony numer 16 i 17 przywołanej instrukcji nie wynika, by urządzenie posiadało ekran dotykowy, za pomocą którego odbywa się sterowanie. Na tych stronach instrukcji też nie pada słowo „wyświetlacz”, „ekran”, „monitor” itp. Odwołujący podniósł, że dodatkowo na tych stronach zawarte są informacje, iż sterowanie urządzeniem odbywa się za pomocą przycisków („Przycisk do zwiększania wydajności odsysania”, „Przycisk do włączania i wyłączania pompy odsysającej”, „Przycisk redukcji wydajności odsysania”, „Przycisk do zwiększania mocy ultradźwięku”, „Przycisk do redukcji mocy ultradźwiękowej”, „Przycisk do wybierania jednego z czterech predefiniowanych stopni mocy ultradźwiękowej”, „Przycisk do zwiększania wydajności płukania”, „Przycisk do aktywacji napełniania przewodu do płukania”, „Przycisk do redukcji wydajności płukania” oraz „W polu kontrolnym ustawień można odpytać informacje o ustawieniach, naciskając odpowiedni przycisk”). Wolfmed wskazał, że zaferowanie produktu niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia, a w konsekwencji oferta taka podlega odrzuceniu, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W niniejszym stanie faktycznym oferta wykonawcy IMC jest niezgodna z warunkami zamówienia, a konkretnie z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wymagał, by produkt posiadał wyświetlacz dotykowy, a sterowanie urządzeniem odbywało się przy pomocy wyświetlacza. Tymczasem IMC zaferował produkt, który nie posiada wyświetlacza dotykowego, a sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza. W związku z tym – zdaniem Wolfmed – treść oferty wykonawcy IMC jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że na obecnym etapie nie ma możliwości, żeby zamienić oferowany produkt na inny, zgodny z warunkami zamówienia. Przedmiot świadczenia określony w ofercie jest ściśle związany z jej treścią, a zmiana treści oferty po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Wolfmed podniósł, że tym samym jeśli wykonawca IMC wskazał w treści oferty produkt, który zamierza dostarczyć, to takie wskazanie stanowi treść oferty i nie jest możliwa zmiana zaferowanych urządzeń na inne. Wykonawca nie ma więc możliwości naprawienia niezgodności swojej oferty, co wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach.

W złożonej pismem z dnia 23 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa aparatury medycznej dla Bloku Operacyjnego Neurochirurgii w ramach inwestycji: „Modernizacja i przebudowa oraz wyposażenie sal operacyjnych Centralnego Traktu Operacyjnego wraz z zapleczem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu” (Rozdział IV ust. 1 SWZ).

Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części: Część nr 1 – Aparat USG – 1 szt., Część nr 2 – Diatermia – 3 szt. oraz Część nr 3 – Cavitrony (Aspirator ultradźwiękowy) – 3 szt. (Rozdział IV ust. 7 SWZ).

W Rozdziale IV ust. 11 SWZ Zamawiający wskazał, że szczegółowe informacje oraz sposób realizacji zamówienia zawierają załączniki do SWZ, w tym m.in.: załącznik nr 1 – Formularz ofertowy, Załącznik nr 2 – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) oraz załącznik nr 8 – Projektowane postanowienia umowy (dalej: „PPU”).

W myśl postanowień Rozdziału XIV ust. 2 i ust. 3 pkt 3) i 4) SWZ:

„(...)”.

2. Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ.

3. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

„(...)”.

3) przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w Rozdziale X SWZ;

4) Załącznik nr 2 – Opis przedmiotu zamówienia, który stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu na zasadach określonych 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca winien złożyć wraz z ofertą w/w załącznik wypełniony zgodnie z zaleceniami w ich treści wskazanymi. W przypadku niezłożenia wraz z ofertą w/w załącznika oferta podlega będzie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 uPzp jako niezgodna z dokumentami zamówienia.

„(...)”.

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 1 SWZ:

„Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą:

1) W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ:

a) Oświadczenie, że oferowany asortyment posiada dokumenty wymagane przez polskie prawo, na podstawie których może być wprowadzony do obrotu i stosowania w placówkach ochrony zdrowia w RP – wzór oświadczenia stanowi

Załącznik nr 6 do SWZ

b) Karty katalogowe/opisy/foldery/fotografie/informacje producenta/ulotki/prospekty oferowanego asortymentu z opisem produktów, potwierdzające spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów, w których został zaznaczony oferowany przedmiot zamówienia (pozycja z numerami katalogowymi); Dokumenty lub oświadczenia sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

c) Certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów;

d) w przypadku zaoferowania produktów równoważnych – analiza porównawcza wraz z parametrami.

e) Opis przedmiotu zamówienia tj. wypełniony Załącznik nr 2 do SWZ, stanowiący treść oferty i nie podlega uzupełnieniu na zasadach określonych 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca winien złożyć wraz z ofertą w/w załącznik wypełniony zgodnie z zaleceniami w ich treści wskazanymi. W przypadku niezłożenia wraz z ofertą w/w załącznika oferta podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 uPzp jako niezgodna z dokumentami zamówienia

2) Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca składa wraz z ofertą (art. 107 ust.1 ustawy Pzp).

3) Jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (art. 107 ust.2 ustawy Pzp).

4) Postanowienia ust. 1 pkt 3 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 107 ust.3 ustawy Pzp).

5) Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 ustawy Pzp).

6) 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 (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp)".

W Załączniku nr 2 do SWZ – OPZ, który wykonawcy mieli wypełnić i złożyć wraz z Formularzem ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wymagał uzupełniania takich danych jak model oferowanego urządzenia, jego typ oraz podania producenta. Szpital wskazał w rzeczonym Załączniku nr 2 do SWZ, co następuje:

„UWAGA!!!

1) Załącznik stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu i/lub wyjaśnieniu na zasadach określonych w art. 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 107 ust. 2 uPzp.

2) (...).

3) Wykonawca wypełnia kolumnę „wartość oferowana” we wszystkich punktach poniżej tabeli.

(...).

W wyżej wymienionym dokumencie znajduje się również tabela zawierająca następujące kolumny:

1) „Parametry wymagane” – opis szczegółowego parametru technicznego;

2) „Parametr wymagany” – określenie, czy dany parametr jest wymagany przez Zamawiającego;

3) „Wartość oferowana” – w której wykonawcy mieli podać konkretne parametry urządzeń;

4) „Sposób oceny”.

Jednocześnie pod tabelą Szpital zamieścił adnotację o następującej treści: „Wszystkie parametry liczbowe lub zaznaczone słowem „Tak” podane w rubryce „Wymagania” stanowią wymogi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty”.

Wśród szczegółowych parametrów technicznych dla części numer 3 w pozycji numer 3 Szpital wskazał: „Wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza” oraz jednocześnie zaznaczył, że jest to parametr wymagany.

Wykonawca IMC zaoferował produkt o nazwie modelu „Sonoca 300”, którego producentem jest: „Söring GmbH, Niemcy”. W Załączniku nr 2 do SWZ, w tabeli z wymaganymi parametrami w pozycji „Wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza” w kolumnie „Wartość oferowana” Przystępujący wpisał „TAK”. Tym samym wykonawca IMC oświadczył, że zaoferowany przez niego produkt posiada wyświetlacz dotykowy, a sterowanie urządzeniem odbywa się przy pomocy wyświetlacza. Wraz z ofertą Przystępujący przedłożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe takie jak karty katalogowe, instrukcje, certyfikaty, w tym m.in. instrukcję obsługi dla zaoferowanego aspiratora ultradźwiękowego „Sonoca 300”. Ponadto w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ) wykonawca IMC złożył następujące oświadczenie: „Oświadczam, iż zaoferowany model, typ i nazwa producenta sprzętu podanego w Załączniku nr 2 do SWZ spełnia wymogi postawione w opisie przedmiotu zamówienia. (UWAGA! Załącznik 2 do SWZ należy załączyć do oferty, ponieważ stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu.)”.

W dniu 23 października 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę IMC do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Szpital skierował do Przystępującego pismo o następującej treści:

„Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Barbary w Sosnowcu zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wzywa Państwa o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w w/w postępowaniu tj.:

- Karty katalogowe/opisy/foldery/fotografie/informacje producenta/ulotki/prospekty oferowanego asortymentu z opisem produktów, potwierdzające spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów, w których został zaznaczony oferowany przedmiot zamówienia (pozycja z numerami katalogowymi);

Dołączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe nie zawierają, nie potwierdzają że zaoferowane urządzenie

Model: SONOCA 300

Typ: ASPIRATOR ULTRADŹWIĘKOWY

Rok produkcji: 2023, fabrycznie nowy nieużywany

Producent: Söring GmbH, Niemcy

posiada Wymagany: „Wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza”.

Pismem z dnia 25 października 2023 r. Przystępujący wskazał, co następuje:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 23.10.2023 w załączeniu przesyłam instrukcję obsługi zaoferowanego urządzenia: SONOCA 300.

Instrukcja potwierdza posiadanie wymaganego parametru: „wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza”.

Ponadto, wyjaśniam, że na przedniej ścianie aspiratora ultradźwiękowego Sonoca 300 umieszczony jest jeden,

zintegrowany, płaski, elektroniczny panel zmywalnego wyświetlacza (strona 12 instrukcji), który podświetla suwakowo poziom irygacji i mocy ultradźwięków (strona 16 instrukcji) oraz aspiracji i kody ustawień/błędów generatora (strona 17 instrukcji). Na panelu wyświetlacza znajdują się przyciski sterowania (góra, dół) poziomu ustawień parametrów”.

Pismem z dnia 30 października 2023 r. (doręczonym w dniu 31 października 2023 r.) Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie części nr 3 zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)”.

W myśl art. 239 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”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutu odwołania należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29) ustawy Pzp 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”. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1618/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 720/23). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaferowanego 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 niniejszej 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. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: 1) zaferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaferowania urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi (...)” (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Należy zauważyć, że w doktrynie ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia (tak: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 226 ustawy Pzp). Tym samym konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 858/22).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że Zamawiający w pozycji nr 3 dla części nr 3 zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ – OPZ) wymagał, aby oferowany aspirator ultradźwiękowy spełniał określony parametr techniczny tj. posiadał wyświetlacz dotykowy, a ponadto aby sterowanie urządzeniem odbywało się przy pomocy wyświetlacza. Ponadto bezsporne było, że Przystępujący zaferował aspirator ultradźwiękowy o nawie modelu „Sonoca 300” producenta „Söring GmbH, Niemcy” posiadający na przedniej ścianie panel wyświetlacza, który podświetla suwakowo poziom irygacji i mocy ultradźwięków oraz aspiracji i kody ustawień/błędów generatora, a także znajdują się na nim przyciski sterowania poziomu ustawień parametrów. Powyższe wynika z pisma IMC z dnia 25 października 2023 r. oraz z przedłożonej przez tego wykonawcę instrukcji obsługi „Generatora ultradźwięków Sonoca 300”. Osią sporu pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego było to, czy zaferowany przez Przystępującego aspirator ultradźwiękowy spełnia wymagany parametr techniczny, o którym mowa w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy daje podstawy do uznania, że aspirator zaferowany przez wykonawcę IMC nie posiada wyświetlacza dotykowego i sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza. Na powyższą okoliczność wskazuje zarówno szereg dowodów złożonych w postępowaniu odwoławczym przez Wolfmed, jak również w szczególności przedłożony przez Przystępującego w toku Postępowania przedmiotowy środek dowodowy w postaci instrukcji obsługi zaferowanego generatora ultradźwięków. Zauważenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący przedstawił stosowną argumentację oraz dowody, które nie zostały obalone przez Zamawiającego i Przystępującego. W zgromadzonym w niniejszej sprawie materiale dowodowym brak jest jakiegokolwiek dowodu pochodzącego od Szpitala czy też wykonawcy IMC, z którego wynikałoby wprost, w sposób jednoznaczny i klarowny, że urządzenie zaferowane przez Przystępującego posiada wyświetlacz dotykowy i sterowane jest przy pomocy wyświetlacza. Mając na uwadze powyższe należy przypomnieć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradiktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń

bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontrydymatoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97). Skład orzekający w niniejszej sprawie dokonując wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego uznał, że Odwołujący sprostał ciężącemu na nim ciężarowi dowodu i znalazł powody do zaakceptowania stanowiska Wolfmed. Izba dokonała obiektywnej oceny złożonych dowodów kierując się zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, co nie pozwoliło na przyjęcie, że generator ultradźwiękowy zaoferowany przez IMC spełnia wymagania techniczne w zakresie aspiratora postawione przez Szpital w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z przedstawionych przez Odwołującego nagrań prezentujących funkcjonowanie aspiratora ultradźwiękowego „Sonoca 300” (załącznik nr 1 i nr 2 do pisma procesowego z dnia 27 listopada 2023 r.) wynika jednoznacznie, że zaoferowane przez wykonawcę IMC urządzenie nie posiada wyświetlacza dotykowego oraz sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza, lecz sterowanie urządzeniem odbywa się za pomocą tradycyjnych, fizycznych przycisków. Na nagraniach widoczne jest, że aspirator ultradźwiękowy „Sonoca 300” nie posiada wyświetlacza dotykowego, na którym wyświetlałyby się aktualne parametry urządzenia i na którym parametry te można by było zmieniać. Przy naciskaniu przycisków na urządzeniu słychać mechaniczne kliknięcie przycisków fizycznych. Jednocześnie Wolfmed przedstawił nagrania prezentujące funkcjonowanie aspiratora ultradźwiękowego „Nexus”, którego producentem jest „Misonix Inc.” (załącznik nr 3 i nr 4 do pisma procesowego z dnia 27 listopada 2023 r.) na okoliczność wykazania, że na rynku występują aspiratory ultradźwiękowe z wyświetlaczem dotykowym, sterowane przy pomocy wyświetlacza dotykowego, zgodne z wymogiem Zamawiającego postawionym w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ. Z nagrań tych wynika, że wyżej wymieniony aspirator posiada wyświetlacz, na którym wyświetlane są zarówno aktualne parametry urządzenia, jak również wirtualne przyciski i suwaki, za pomocą których steruje się urządzeniem. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że zgodnie z definicją wyświetlacza ze Słownika języka polskiego PWN (><https://sjp.pwn.pl/><) wyświetlacz to „urządzenie elektryczne w postaci ekranu do wyświetlania liter, liczb itp.”. Z kolei w Wielkim słowniku języka polskiego (WSJP) (>) pojęcie wyświetlacza zostało zdefiniowane jako „część urządzenia elektronicznego mająca formę ekranu, na którym wyświetlane są litery, cyfry, grafika i zdjęcia”. Mając zatem na względzie przytoczone definicje wyświetlacza nie sposób uznać, że aspirator ultradźwiękowy zaoferowany przez Przystępującego spełnia wymagane parametry techniczne. Wbrew regułom logicznego rozumowania byłoby bowiem przyjęcie, że urządzenie, które na przedniej ścianie posiada panel, na którym podświetlane są suwakowo poziomy igrzyci, mocy ultradźwięków, aspiracji czy też inne parametry na wskaźnikach diodowych, a sterowanie urządzeniem odbywa się wyłącznie przy pomocy przycisków (fizycznych) zlokalizowanych na panelu, spełnia wymogi Zamawiającego postawione w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ – „Wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzeniem przy pomocy wyświetlacza”. Pola kontrolne: systemu odsysania, zabiegów ultradźwiękowych, systemu płukania oraz ustawień służą wyłącznie do wyświetlania informacji, natomiast nie są one dotykowe i nie umożliwiają sterowania urządzeniem, a sterowanie odbywa się wyłącznie przy pomocy przycisków zlokalizowanych na panelu. Powyższe jednoznacznie wynika z opinii zewnętrznych ekspertów przedłożonych przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że aspirator ultradźwiękowy zaoferowany przez IMC nie ma wyświetlacza dotykowego, a sterowanie urządzeniem nie odbywa się przy pomocy wyświetlacza, ale za pomocą przycisków fizycznych (załącznik nr 5 do odwołania, załącznik nr 5 i nr 6 do pisma procesowego z dnia 27 listopada 2023 r. oraz załącznik do pisma z dnia 5 grudnia 2023 r. pn. „Wniosek o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu”). Odnotowania wymaga, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie podważyli merytorycznej zawartości przedmiotowych opinii. Stanowisko Szpitala i IMC opierało się wyłącznie na twierdzeniu, że do spełnienia wymaganego parametru technicznego opisanego w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ wystarczające jest, aby aspirator ultradźwiękowy posiadał fizyczny panel lub moduł urządzenia, a sterowanie urządzeniem odbywało się poprzez fizyczny dotyk manualny. Taka argumentacja nie znajduje jednak żadnego pokrycia w dokumentach zamówienia, gdzie wprost oraz w sposób jednoznaczny i precyzyjny zostało określone, że urządzenie ma posiadać wyświetlacz dotykowy i sterowanie urządzeniem ma odbywać się przy pomocy wyświetlacza. Odnosząc się z kolei do dowodów przedłożonych przez wykonawcę IMC należy podkreślić, że – jak słusznie podniósł Odwołujący podczas rozprawy – w dokumentach tych osoby je sporządzające posługują się zupełnie innymi pojęciami niż te, które zostały użyte przez Szpital w OPZ dla części nr 3 zamówienia (pozycja nr 3) i – co istotne – nie udzielają one odpowiedzi na pytanie, czy produkt zaoferowany przez wykonawcę IMC posiada wyświetlacz dotykowy i sterowanie urządzeniem odbywa się przy pomocy wyświetlacza. I tak oto w „Opinie technicznej dotyczącej wyposażenia aparatu aspirator ultradźwiękowy Sonoca 300 firmy Söring w wyświetlacz dotykowy i sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza”, której autorem jest mgr inż. elektronik K. A. złożonej przez Przystępującego na okoliczność wykazania, że zaoferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania SWZ, w szczególności w zakresie wyświetlacza dotykowego czytamy, co następuje: „Generator ultradźwiękowy Sonoca 300 firmy Söring na przedniej ścianie (rys. 1, instrukcja w j. polskim strona 12) posiada panel wyświetlacza o wymiarach: 11,5 x 42 cm do wyświetlania analogowej wartości funkcji: ssania, mocy ultradźwięków, płukania oraz innych parametrów na wskaźnikach diodowych (...); W opisie pól odsysania, ultradźwięków oraz płukania wskazane są przyciski panelu wyświetlacza służące do zwiększenia lub zmniejszania wartości parametru (sterowania) wyświetlanego na wskaźniku (...). Z powyższego wynika zatem, że aspirator ultradźwiękowy zaoferowany przez IMC posiada panel, na którym znajdują się przyciski (fizyczne) służące do sterowania urządzeniem. Nadto zauważenia wymaga, że autor rzeczony opinii posługuje się pojęciem „panelu wyświetlacza”, co jednak nie było wymogiem Zamawiającego w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ. Natomiast słowo panel pojawia się w pozycji nr 9 dla części nr 1 OPZ. Tym samym – jak trafnie podniósł Wolfmed – powyższe okoliczności wskazują na to, że Zamawiający rozróżnia pojęcie panelu i wyświetlacza. Odnosząc się z kolei do oświadczenia producenta aspiratora o modelu Sonoca 300 firmy Söring GmbH z dnia 20 listopada 2023 r. przedłożonego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski na okoliczność wykazania, iż sterowanie aspiratorem ultradźwiękowym zaoferowanym przez Przystępującego odbywa się za pomocą wyświetlacza dotykowego należy wskazać, co następuje. Wykonawca IMC złożył do akt sprawy dwa oświadczenia producenta firmy Söring GmbH datowane na dzień 20 listopada 2023 r. podpisane przez tę samą osobę – Regionalnego Menedżera Sprzedaży. W pierwszym oświadczeniu złożonym na posiedzeniu w dniu 27 listopada 2023 r. czytamy: „My, Söring GmbH, jesteśmy producentem aspiratora model SONOCA 300 i akcesoriów potwierdzamy, że sterowanie aspiratorem ultradźwiękowym SONOCA 300 odbywa się za pomocą wyświetlacza dotykowego”. Z kolei oświadczenie przesłane do Izby 1 grudnia 2023

r. w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski jest następującej treści: „My, Söring GmbH, jesteśmy producentem aspiratora model SONOCA 300 i akcesoriów potwierdzamy, że aspirator model SONOCA 300 jest wyposażony w panel sterowania operatora i wyświetlacz elementów sterujących do kontroli aspiracji, mocy ultradźwiękowej i irygacji”. Podczas rozprawy w dniu 5 grudnia 2023 r. Przystępujący oświadczył, że 1 grudnia 2023 r. do Izby został przekazany dokument prawidłowy wraz z tłumaczeniem na język angielski. Izba zaliczyła oba oświadczenia producenta firmy Söring GmbH na poczet materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie i uznała, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy również oświadczenie złożone w dniu 27 listopada 2023 r. stanowi dowód, który ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Znamiennym jest bowiem, że w oświadczeniu z dnia 20 listopada 2023 r. złożonym przez IMC w dniu 27 listopada 2023 r. producent urządzenia potwierdził, że sterowanie aspiratorem ultradźwiękowym zaoferowanym przez Przystępującego odbywa się za pomocą wyświetlacza dotykowego, natomiast w treści drugiego oświadczenia przesłanego 1 grudnia 2023 r. nie ma już takiej jednoznacznej informacji. W oświadczeniu tym przedstawiciel producenta firmy Söring GmbH (notabene ta sama osoba, która podpisała pierwsze oświadczenie) operuje zupełnie innymi pojęciami niż te, które zostały użyte przez Zamawiającego w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ, co w konsekwencji nie daje podstaw do przyjęcia, że z przedmiotowego dowodu wynika wprost sporna okoliczność. Innymi słowy oświadczenie producenta, które Przystępujący uznał za dokument prawidłowy nie potwierdza, iż urządzenie zaoferowane przez wykonawcę IMC posiada wyświetlacz dotykowy i sterowanie urządzeniem odbywa się przy pomocy wyświetlacza. Z kolei złożony przez IMC dowód w postaci poglądowych zdjęć urządzeń, które wykorzystywane są w jednej z warszawskich klinik nie miał dla Izby przesądzającego znaczenia w okolicznościach tej sprawy. Analizując całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała zatem twierdzenia i dowody przedstawione przez Przystępującego częściowo za pozbawione wiarygodności (mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej), a w pozostałej części za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Niezależnie od powyższego zasadnym jest wskazanie, że – jak słusznie podniósł Odwołujący – fakt niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę IMC z warunkami zamówienia wynika przede wszystkim wprost z przedłożonych przez Przystępującego przedmiotowych środków dowodowych – „Instrukcji obsługi generatora ultradźwiękowego SONOCA 300” oraz wyjaśnień IMC zawartych w piśmie z dnia 25 października 2023 r. Izba dostrzega, że Zamawiający pismem z dnia 23 października 2023 r. działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał IMC do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych uznając, że środki dowodowe dołączone do oferty nie zawierają, nie potwierdzają, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiada wymagany „wyświetlacz dotykowy, sterowanie urządzenia przy pomocy wyświetlacza”. Tym samym należy przyjąć, że Szpital nie miał wątpliwości w zakresie treści przedmiotowych środków dowodowych przedłożonych wraz z ofertą. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy znamiennym jest, że Zamawiający w odpowiedzi na powyższe wezwanie otrzymał ten sam dokument, który został złożony przez wykonawcę IMC wraz z ofertą, z zatem instrukcją obsługi urządzenia, z której nie wynika, że zaoferowany aspirator ultradźwiękowy spełnia wymagania określone w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ w zakresie wyświetlacza dotykowego i sterowania urządzeniem przy pomocy wyświetlacza. W instrukcji obsługi aspiratora ultradźwiękowego zaoferowanego przez Przystępującego znajdują się bowiem m.in. grafiki poglądowe oraz opisy wyraźnie obrazujące brak wyświetlacza dotykowego i sterowanie urządzeniem za pomocą klasycznych przycisków fizycznych. Innymi słowy przedłożona przez IMC instrukcja obsługi zaoferowanego urządzenia nie potwierdza, że generator ultradźwiękowy SONOCA 300 spełnia wymagane parametry techniczne wskazane przez Zamawiającego w pozycji nr 3 dla części nr 3 OPZ.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał zasadność postawionego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty złożonej przez Przystępującego z warunkami zamówienia odnoszącymi się do pozycji nr 3 dla części nr 3 Załącznika nr 2 do SWZ – OPZ, wobec czego uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 3 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy IMC Impomed Centrum S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**