

WYROK
z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez Odwołującego **Globus Medical Poland sp. z o.o. (Al. Stanów Zjednoczonych 61, 04-028 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie (ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów)**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy „ChM” sp. z o.o. w zakresie pakietów nr 2, 3, 6, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy „ChM” sp. z o.o. w zakresie pakietów nr 2, 3, 6,
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie (ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Globus Medical Poland sp. z o.o. (Al. Stanów Zjednoczonych 61, 04-028 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie (ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów)** na rzecz Odwołującego **Globus Medical Poland sp. z o.o. (Al. Stanów Zjednoczonych 61, 04-028 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 1699/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Zakup i dostawy jednorazowego sprzętu do systemu robotyki medycznej.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 06 marca 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 046-135269.

Odwołujący Globus Medical Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy ChM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów 2, 3 i 6, zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o. - również w zakresie pakietów 2, 3 i 6, wdrożenia procedury wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych wobec Wykonawcy ChM sp. z o.o. w okolicznościach, które Zamawiającego do tego nie uprawniały, a także w sposób wadliwy - bez konkretnego wskazania charakteru wątpliwości powziętych przez Zamawiającego (także w zakresie pakietów 2, 3 i 6).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o., pomimo tego, że treść oferty tego Wykonawcy nie jest zgodna z warunkami zamówienia; art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty ChM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w ramach pakietów 2,3 i 6, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona; art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wdrożenie procedury wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych ChM sp. z o.o. w okolicznościach, które Zamawiającego do tego nie uprawniały, a także w sposób wadliwy - bez konkretnego wskazania charakteru wątpliwości powziętych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty ChM sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także o potwierdzenie przez Izbę, że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do próby wprowadzenia Zamawiającego przez ChM sp. z o.o. w błąd w sposób określony w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez złożenie nieprecyzyjnych wyjaśnień mających błędnie sugerować, że przedmiot oferty ChM sp. z o.o. odpowiada warunkom zamówienia oraz zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący stwierdził, że czynność wyboru oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o. została dokonana z naruszeniem przepisów prawa - oferta powinna zostać odrzucona wskutek niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

PAKIET NR 2 - Stabilizacja transpedicularna przezskórna krótko i długoodcinkowa - BLOK OPERACYJNY OGÓLNY

Zamawiający wymagał aby Wykonawcy zaoferowali zestaw implantów kompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. W ocenie Odwołującego Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował system niekompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. Wskazał na brak predefiniowanych w oprogramowaniu ramienia robotycznego Excelsius GPS implantów zaoferowanym przez ChM sp. z o.o., co prowadzi do braku możliwości wizualizacji wprowadzanych implantów.

Zamawiający postawił wymagania co do śruby wieloosiowej, samogwintującej, o modularnej budowie, o kącie wychylenia od osi o 30°, gwint dwuzwojowy, ujemny kąt pióra gwintu śruby. Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował system niekompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS - zaoferował „Śruby poliaksjalne oferują ruch łba śruby w każdym kierunku, ruchomość śruby zawiera się w stożku o rozpiętości minimum 45°”, co powoduje, że kąt wychylenia

od osi śruby wynosi jedynie 22,5 stopnia (kął wychylenia jest równy połowie kąta rozpiętości (rozwarcia) stożka), a nie wymagane 30 stopni.

Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował śruby jednoczęściowe (brak budowy modularnej) „Śruby kaniulowane do stabilizacji przezskórnej o średnicy: 4,5mm; 5,0mm; 5,5mm; 6,0mm; 6,5mm; 7,0mm; 7,5mm; 8,5mm; i długościach w zakresie 30 -100 mm w zależności od średnicy."

Zamawiający postawił wymagania co do Trzpienia śruby o średnicy: 4.5 mm; 5.0mm; 5.5mm; 6.5mm; 7.5mm; 8.5mm i długościach w zakresie 20 - 120 mm. Głowa śruby modułowej o średnicy 12 mm i możliwości redukcji o 10 i 30 mm.

Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował śruby o średnicy głowy max 14mm, śruby nieposiadające możliwości redukcji o 10 i 30 mm, śruby o maksymalnej długości 100 mm.

Zamawiający postawił wymagania co do Prętów do 150 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm", Prętów od 160 mm do 300 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm."

Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował wyłącznie pręty o średnicy 6.0 „pręty wstępnie wygięte i proste, dostępne w dwóch sztywnościach (stop tytanu i stop kobaltu) o średnicy 6mm."

Zamawiający postawił wymaganie: Blokery - nakrętka gwintowana, blokowanie nakrętki za pomocą klucza dynamometrycznego (8 Nm). Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował: Wkręt blokujący o podciętym (ujemnym) zarys gwintu, zapobiegającym rozchylaniu się ramion śruby i zmniejszający ryzyko przekoszenia gwintu, dokręcanie kluczem dynamometrycznym 12 Nm).

PAKIET NR 3 - Stabilizacja MIS śrubami przeznasadowymi z możliwością przezskórnego podawania cementu kostnego do trzonu kręgu kręgosłupa – Blok Operacyjny Ogólny.

Zamawiający wymagał aby Wykonawcy zaoferowali zestaw implantów kompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. W ocenie Odwołującego Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował system niekompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. Wskazał na brak predefiniowanych w oprogramowaniu ramienia robotycznego Excelsius GPS implantów zaoferowanym przez ChM sp. z o.o., co prowadzi do braku możliwości wizualizacji wprowadzanych implantów.

Zamawiający postawił wymagania co do śruby wieloosiowej, samogwintującej, o modularnej budowie, o kącie wychylenia od osi o 30°, gwint dwuzwojowy, ujemny kął pióra gwintu śruby. W opinii Odwołującego Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował system niekompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS - zaoferował „Śruby poliaksjalne oferują ruch 1ba śruby w każdym kierunku, ruchomość śruby zawiera się w stożku o rozpiętości minimum 45°", co powoduje, że kął wychylenia od osi śruby wynosi jedynie 22,5 stopnia (kął wychylenia jest równy połowie kąta rozpiętości (rozwarcia) stożka) a nie wymagane 30 stopni.

Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował śruby jednoczęściowe (brak budowy modularnej) „Śruby kaniulowane do stabilizacji przezskórnej o średnicy: 5,5mm; 6,0mm; 6,5mm; 7,0mm; 7,5mm; 8,5mm; i długościach w zakresie 30 - 90 mm w zależności od średnicy."

Zamawiający postawił wymaganie: Głowa śruby modułowej o średnicy 12 mm i możliwości redukcji o 10 i 30 mm. Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował śruby o średnicy głowy maks 14mm, śruby nieposiadające możliwości redukcji o 10 i 30 mm.

Zamawiający wymagał: „Pręty do 150 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm". „Pręty od 160 mm do 300 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm." Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował wyłącznie pręty o średnicy 6.0 „pręty wstępnie wygięte i proste, dostępne w dwóch sztywnościach (stop tytanu i stop kobaltu) o średnicy 6mm".

Zamawiający wymagał: Blokery - nakrętka gwintowana, blokowanie nakrętki za pomocą klucza dynamometrycznego (8 Nm), Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował: Wkręt blokujący o podciętym (ujemnym) zarys gwintu, zapobiegającym rozchylaniu się ramion śruby i zmniejszający ryzyko przekoszenia gwintu, dokręcanie kluczem dynamometrycznym 12 Nm

W zaoferowanym systemie brak było również igły biopsyjnej.

PAKIET NR 6 - Stabilizacja piersiowo-lędźwiowa - BLOK OPERACYJNY OGÓLNY

Zamawiający wymagał aby Wykonawcy zaoferowali zestaw implantów kompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. W ocenie Odwołującego Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował system niekompatybilny z ramieniem robotycznym Excelsius GPS. Wskazał na brak predefiniowanych w oprogramowaniu ramienia robotycznego Excelsius GPS implantów zaoferowanym przez ChM sp. z o.o., co prowadzi do braku możliwości wizualizacji wprowadzanych implantów.

Zamawiający postawił wymaganie co do śruby wieloosiowej lub sztywnej o średnicy od 4.0 mm do 10.5 mm, o długościach od 20- 120 mm, o kącie wychylenia 60 st.". Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował „Śruba wieloosiowa o kącie wychylenia 45 st. lub sztywna o średnicy od 4.0 mm do 10.5 mm, o długościach od 25-100 mm w zależności od średnicy".

Zamawiający postawił wymaganie: „Pręty do 150 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm".

Zamawiający postawił wymaganie: „Pręty od 160 mm do 300 mm o średnicy 5.5 oraz 6.0 mm." Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował wyłącznie pręty o średnicy 6.0mm „pręty proste, o średnicy 6mm, dostępne w dwóch gradacjach sztywności - standardowe (wykonane ze stopu tytanu) oraz bardzo sztywne (wykonane ze stopu kobaltu) i w zakresie długości od 40 do 500mm;" „pręty odgięte, o średnicy 6mm, dostępne w dwóch gradacjach sztywności - standardowe (wykonane ze stopu tytanu) oraz bardzo sztywne (wykonane ze stopu kobaltu), ułatwiające połączenie śrub wprowadzonych w odcinku lędźwiowo-krzyżowym ze śrubą wprowadzoną w talerz kości biodrowej; dostępne w 3 odmianach kątowych: 50°, 60° i 70°", „pręty zakrzywione (wygięte lordycznie) o średnicy 6mm, dostępne w dwóch głębokościach wygięcia dla danej długości pręta, dostępne w zakresie długości od 35 do 85mm."

Zamawiający postawił wymaganie: Śruba o zmiennej średnicy 5.5/4.5 mm, 6.5/5.0 mm, 7.5/6.0 mm, 8.0/6.5 mm, 8.5/7.0 mm, 9.5/8.0 mm, 10.5/9.0 mm i długości 30-120 mm. Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował: „Śruby poliaksjalne do miednicy w 2 rozmiarach średnicowych 6,5mm i 7,5mm długości ze skokiem co 5 mm w zakresie od 25mm do 90mm" – Wykonawca ChM sp. z o.o. nie zaoferował śrub o zmiennej średnicy.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. nie spełnia parametrów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ, powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

W jego ocenie także Zamawiający podjął błędną decyzję, wzywając ChM sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. jest różny od przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego. Wykonawca ChM sp. z o.o. przedstawił w Formularzu cenowym produkty, których parametry nie spełniają wymagań SWZ. Nie było zatem podstaw do wzywania Wykonawcy ChM sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i

przedmiotowych środków dowodowych, gdyż treść tych dokumentów sama w sobie była jasna i jednoznaczna. Z dokumentacji ofertowej ChM możliwe było bez większych trudności ustalenie, że parametry oferowanych urządzeń odbiegają od parametrów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się jedynie wówczas, gdy oferta lub przedmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości. Tych jednak w opisywanych okolicznościach trudno się dopatrywać. Tym samym, wdrożenie procedury wyjaśnień odbyło się bezpodstawnie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że formułując wezwanie wyjaśnienia Zamawiający powinien był wskazać precyzyjnie i konkretnie na czym polegają jego wątpliwości, co jest ewentualnie niezrozumiałe, co wymaga uszczegółowienia, czego Zamawiający chce się od wykonawcy dowiedzieć. Tymczasem, wezwanie do wyjaśnień było niezwykle ogólne i sprowadzało się do prośby Zamawiającego o potwierdzenie przez Wykonawcę ChM sp. z o.o., że przedmiot oferty jest zgodny z warunkami zamówienia. Odpowiedź wykonawcy nie może zastąpić takiej oceny Zamawiającego, co całkowicie niweczy sens żądania wyjaśnień w omawianej sprawie.

Odwołujący wskazał również na inny aspekt proceduralny, który, jak wyjaśnił, może skutkować wykluczeniem ChM sp. z o.o. z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Wezwanie Zamawiającego zawierało między innymi pytanie, czy zaoferowany przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. sprzęt jest kompatybilny ze sprzętem opisanym w Formularzu cenowym, tj. z ramieniem robotycznym Excelsius GPS, zaś ChM sp. z o.o. na to pytanie nie odpowiedział wprost. Potwierdził jednak, że zaoferował asortyment służący do wykonywania operacji kręgosłupowych zgodnych z nazwami poszczególnych pakietów. W ocenie Odwołującego oświadczenie Wykonawcy ChM sp. z o.o. stanowi rażące i celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, spełniające cechy nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zamawiający nie przewidział w SWZ wykluczenia wykonawcy, który przedstawił nieprawdziwe informacje, tj. art. 109 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał na art. 111 Pzp, który ustanawia okresy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na zaistnienie konkretnych przypadków, w tym tych, o których mowa w art. 109 ust. 10 Pzp. I tak art. 111 pkt 6 Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy nastąpi w przypadku, o którym mowa art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający naruszył ww. artykuł poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o., pomimo tego, że treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta Wykonawcy ChM sp. z o.o. nie odpowiada SWZ w zakresie parametrów, które Odwołujący wyszczególnił w odwołaniu (wskazanych powyżej) oraz co do których odniósł się w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zamawiający wymagał w zakresie pakietu nr 2, aby wykonawca m. in. zaoferował śrubę o modularnej budowie o kącie wychylenia od osi o 30°. Tymczasem z oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o. wprost wynika kąt wychylenia 45°, co zostało przedstawione w formularzu cenowym na 1 stronie w tabeli dla pakietu nr 2. Wskazany parametr nie spełnia wymagań SWZ.

Ponadto Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali pręty do 150 mm o średnicy 5,5 mm oraz 6 mm. Zamawiający zatem wymagał dwóch rodzajów prętów. Tymczasem Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował wyłącznie pręty o średnicy 6 mm. Zatem Wykonawca zaoferował zbyt wąski zakres zamówienia. Zamawiający w pkt. 5 wymagał, aby wykonawcy zaoferowali: blokery – blokowanie nakrętki za pomocą klucza dynamometrycznego 8 Nm, tymczasem Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował blokowanie nakrętki za pomocą klucza dynamometrycznego 12 Nm, co nie spełnia wymagań SWZ. Nie jest uprawnione stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że: „parametr klucza nie jest elementem oczekiwanym bezwzględnie przez Zamawiającego.” Skoro Zamawiający postawił konkretne wymagania w SWZ, zobowiązany jest do jego egzekwowania na etapie badania i oceny ofert od wszystkich wykonawców. W przeciwnym razie Zamawiający narusza podstawową zasadę równego traktowania wykonawców (o czym poniżej).

Powyżej wskazane przykłady ukazują jednoznacznie, że zaoferowany przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. przedmiot zamówienia nie odpowiada temu, co wymagał Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia.

Wskazane powyżej parametry dotyczą pakietu nr 2; powtarzają się także w pakiecie nr 3 i 6. Ponadto w pakiecie nr 3 w pkt. 10 został opisany element: igła biopsyjna. W zaoferowanym przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. systemie brak jest zaoferowanej igły biopsyjnej. Zamawiający wskazał, że Wykonawca ChM sp. z o.o. zaoferował drut kierunkowy, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby drut kierunkowy stanowił igłę biopsyjną. Samo stwierdzenie Zamawiające wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron: „ordynator potwierdził, że wystarczy drut kierunkowy, który zaoferował wykonawca ChM” nie jest wykazaniem prawidłowego dokonania badania i oceny ofert przez Zamawiającego. To z oferty Wykonawcy powinno wprost wynikać jednoznaczne spełnienie wymagań Zamawiającego opisanych w SWZ. Zamawiający nie wskazał w treści SWZ, aby dopuścić rozwiązania równoważne do opisanych w SWZ, nie opisał sposobu spełnienia równoważności.

Należy zauważyć, że Zamawiający wymagał zapewnienia zarówno kompatybilności z robotem Excelsius, jak i spełnienia opisanych w SWZ parametrów. Jak wskazał Odwołujący, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, spełnienie wyłącznie wymogu kompatybilności z robotem Excelsius nie oznacza automatycznie spełniania wymagań Zamawiającego co do parametrów oferowanych produktów.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca ChM sp. z o.o. nie wykazał również, aby zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia był kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego robotem Excelsius.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył dowód w postaci wyciągu z podręcznika użytkownika systemu Excelsius GPS na okoliczność potwierdzenia, że produkty oferowane przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. nie spełniają wymagania kompatybilności z ramieniem robotycznym Excelsius.

Na str. 58 wskazanego dokumentu znajdują się wyszczególnione systemy kompatybilne do robota Excelsius GPS – są to wskazane rodziny systemu. Na str. 60 znajduje się screen z ekranu robota, z którego można wybrać systemy kompatybilne – jest to wskazany element listy, która jest znacznie dłuższa. Pośród wyszczególnionych brak jest systemu oferowanego przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. Jak wyjaśnił Odwołujący (czemu nie przeczył Zamawiający), implanty zaoferowane przez Wykonawcę ChM sp. z o.o., które nie spełniają parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego, nie będą mogły zostać odczytane przez system tego robota z uwagi właśnie na brak kompatybilności. Zamawiający wskazywał, że pojęcie kompatybilny oznacza „odpowiadający czemuś lub przystosowany do czegoś pod każdym względem”. Skoro może wystąpić sytuacja, że implanty zaoferowane przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. nie będą mogły zostać odczytane przez system Zamawiającego, to oznacza, że produkt nie jest przystosowany pod każdym względem, a zatem niekompatybilny.

Odwolujący złożył również instrukcję obsługi sprzętu oferowanego przez Wykonawcę ChM sp. z o.o., w której znalazły się ostrzeżenia: „Zakładanie, usuwanie i korekcję położenia implantów należy przeprowadzać tylko za pomocą instrumentów przeznaczonych specjalnie do tych implantów produkowanych przez firmę ChM.”, „Stosowanie implantów i instrumentów firmy ChM w kombinacji z implantami innych wytwórców może prowadzić do uszkodzenia lub zniszczenia implantów lub narzędzi oraz niewłaściwego przebiegu zabiegu operacyjnego i procesu leczenia.” Powyższe wskazuje na możliwość wystąpienia szkód w sytuacji, gdy zostaną zastosowane inne (niż firmy ChM sp. z o.o.) instrumenty, a więc np. Zamawiającego. Powyższe może wskazywać na brak kompatybilności, która stanowiła wymaganie Zamawiającego.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał: że „uznał, że zaoferowane przez wykonawcę ChM rozwiązanie jest kompatybilne i odpowiada temu, co wymagał Zamawiający. Zamawiający ustalił to na podstawie rozmów z personelem lekarskim w szpitalu (tj. chirurgami), który to personel uznał, że takie rozwiązanie spełnia oczekiwania Zamawiającego”. Zamawiający nie przedstawił jednak dowodu, ani na okoliczność jakichkolwiek rozmów z personelem lekarskim, ani na fakt, że rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. jest rzeczywiście kompatybilne i odpowiada temu, czego wymagał Zamawiający. Przede wszystkim jednak Zamawiający jest zobowiązany do dokonania badania i oceny spełnienia wymagań opisanych w SWZ na podstawie dokumentów załączonych przez wykonawcę do oferty. Zamawiający nie wykazał, aby załączone do ofert dokumenty potwierdzały, że oferowany przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. przedmiot zamówienia odpowiada temu, czego wymagał Zamawiający (w zakresie parametrów i kompatybilności). Co więcej, brak potwierdzenia spełnienia wymogów Zamawiającego przez oferowane przez Wykonawcę ChM sp. z o.o. urządzenia potwierdził sam Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron oświadczając, że: „Wprawdzie oferowane przez ChM rozwiązanie nie odpowiada parametryzacji 100/100, jednak daje możliwość wykonania zabiegów urządzeniami innych firm”.

Zamawiający w skierowanym pytaniu do Wykonawcy ChM sp. z o.o. oczekiwał odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowany przez tego Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania, a ponadto, czy jest kompatybilny ze sprzętem opisanym przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SWZ.

Na tak zadane pytanie Wykonawca ChM sp. z o.o. nie potwierdził jednoznacznie, w sposób jasny, ani kompatybilności, ani zgodności z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Wykonawca ChM sp. z o.o. wskazał, że Zamawiający (na podstawie dotychczasowych doświadczeń w praktyce klinicznej) może sam ocenić jakość zaoferowanych implantów pod kątem stawianych przez siebie oczekiwań: „Zamawiający może więc sam najlepiej ocenić jakość zaoferowanych implantów pod kątem spełnienia stawianych przez siebie oczekiwań i potrzeb”.

Odpowiedź Wykonawcy ChM sp. z o.o. (jak słusznie zauważył Odwołujący) wskazywać może, że Wykonawca unika jednoznacznego potwierdzenia, że zaoferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Wykonawca ChM sp. z o.o. nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego i nie zdecydował się bronić prawidłowości swojej oferty.

Wykonawca stwierdził, że: „Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę, iż ograniczenia które mogłyby wystąpić poprzez określenie postanowień wykluczających wykonawców skutkowałyby naruszeniem podstawowej zasady prawa zamówień publicznych dotyczącej uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe, podtrzymujemy nasze stanowisko jak w petitum.” Jednakże celem składanych wyjaśnień jest usunięcie wątpliwości Zamawiającego, nie zaś ocena przez wykonawcę sposobu prowadzenia przez Zamawiającego postępowania przetargowego. Ewentualne uwagi co do treści SWZ Wykonawca miał możliwość przedstawić Zamawiającego przed terminem składania ofert.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwolujący złożył ofertę kierując się wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SWZ. Jak wskazał w trakcie rozprawy, gdyby posiadał wiedzę, że Zamawiający dopuści rozwiązania o niższej jakości niż opisana przez Zamawiającego w SWZ, również miałby możliwość zaoferowania takich rozwiązań.

Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany wymagań na etapie badania i oceny ofert. Po złożeniu ofert, brak jest możliwości odstąpienia od wymagań przewidzianych wprost w SWZ.

Bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Zamawiającego kwestia dotycząca braku możliwości i umiejętności opisanego w dokumentach zamówienia równoważności. Opisany w sposób nieprawidłowy przedmiot zamówienia nie uprawnia Zamawiającego do dokonania wyboru oferty wykonawcy z naruszeniem zasady opisanej powyżej, a zatem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz braku możliwości odstąpienia (na etapie badania i oceny ofert) od wymagań postawionych w SWZ.

Zgodnie z artykułem 107 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

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

Wezwanie Wykonawcy ChM sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych było bezpodstawne. Treść oferty Wykonawcy była jednoznaczna, wynikały z niej informacje co do parametrów zaoferowanego urządzenia. Na podstawie tych danych Zamawiający mógł dokonać oceny spełnienia wymagań wynikających z SWZ przez oferowane urządzenia.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty (jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń) w sytuacji, gdy są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była jednoznaczna ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Wyjaśnienia służą do rozwiania wątpliwości w treści oferty. W ofercie Wykonawcy ChM sp. z o.o. nie było wątpliwości. Przedmiot zamówienia zaoferowany przez tego Wykonawcę jest różny od przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego. Wykonawca już w treści oferty przedstawił w Formularzu cenowym produkty, których parametry nie spełniają wymagań SWZ. Nie było zatem podstaw do wzywania go do wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający zatem naruszył art 107 ust. 4 w zw. z 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wdrożenie procedury wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych Wykonawcy ChM sp. z o.o. w okolicznościach, które Zamawiającego do tego nie uprawniali, a także w sposób wadliwy - bez konkretnego wskazania

charakteru wątpliwości powziętych przez Zamawiającego.

W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy ChM sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w ramach pakietów 2, 3 i 6, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona. Zgodnie ze wskazanym artykułem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ponieważ oferta Wykonawcy ChM sp. z o.o. nie odpowiadała wymaganiom opisanym przez Zamawiającego w SWZ, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że w jego ocenie oświadczenie Wykonawcy ChM sp. z o.o. stanowi rażące i celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, spełniające cechy nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie przewidział w SWZ wykluczenia wykonawcy, który przedstawił nieprawdziwe informacje, tj. art. 109 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Zamawiający nie miał podstawy do dokonywania czynności w zakresie powyżej wskazanego artykułu.

Ocenie Izby podlega czynność lub zaniechanie dokonania określonej czynności przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający wykluczył badanie oferty pod kątem przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, to Izba nie jest uprawniona do dokonywania ustaleń zarówno za Zamawiającego jak i wbrew postanowieniom określonym w dokumentach postępowania.

Odwołujący również nie postawił w tym zakresie zarzutu w petitum odwołania.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że art. 111 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołuje się m. in. do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc znajduje zastosowanie, gdy Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykluczenie w niniejszym postępowaniu na podstawie artykułu 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może nastąpić z uwagi na fakt, że - jak zauważył sam Odwołujący - Zamawiający nie przewidział w dokumentach postępowania wykluczenia wykonawcy, który przedstawił nieprawdziwe informacje, tj. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....