

,Sygn. akt: KIO 1528/23

WYROK
z dnia 12 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Iżabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez Odwołującego – **E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą REVITA E.K.**, Podamirowo 30, 76-031 Mścice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Pabianickie Centrum Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice

przy udziale

Wykonawcy – **A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „REAL” A.J.Z.**, ul. Kasztanowa 27, 10-156 Olsztyn Zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – E.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą REVITA E.K. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 1528/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, w trybie podstawowym bez negocjacji na *dostawę łóżek szpitalnych – 6kpl (5kpl anesteziologicznych i 1kpl bariatryczne) Foteli ginekologicznych 2 szt., Fotela ginekologicznego z funkcją łóżka porodowego 1 szt. oraz Materacy przeciwośluzynowych 32 szt.* (sygn. postępowania: 14/ZP/TP1/D/23), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.04.2023 r., 00185953, wobec czynności dotyczącej części IV zamówienia z 24.05.2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawca REVITA E.K. (Odwołujący) wniosła w dniu 29.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1528/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 239 ust. 1 pzp – poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty PPH „Real” A.J.Z. i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu jako niezgodnej z dokumentami zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na część IV zamówienia, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenia oferty PPH „Real” A.J.Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

Niezgodność oferty z wymaganiami dotyczyć ma oferowanych parametrów materacy przeciwośluzynowych zmiennociśnieniowych wyposażonych w funkcję przechyłów bocznych i rotacji pacjenta dla pacjentów z odleżynami wszystkich typów – wskazanych w pkt 12 i 19 tabeli.

W załączniku nr 1d do swz, w pkt 12 Zamawiający nie dopuścił komór podnoszących ułożonych warstwami jedna nad drugą. W ofercie nie ma informacji dotyczącej tego parametru, co zdaniem Odwołującego oznacza, że oferent nie potwierdził jego spełnienia. Również w instrukcji obsługi nie ma potwierdzenia zgodności z tym parametrem.

W załączniku nr 1d do swz w pkt 19 Zamawiający opisując sposób mocowania komory materaca za pomocą złączek zapobiegających przypadkowemu wypięciu w czasie używania – nie dopuścił rozwiązań typu „szybkoszłączki”. O niezgodności oferty świadczyć ma brak potwierdzenia, iż zastosowane w materacu złączki nie są typem „szybkoszłączki”. Również w instrukcji obsługi nie ma takiego potwierdzenia, a zatem wykonawca nie potwierdził spełniania tego parametru.

Zamawiający nie może domyślać się cech oferowanego produktu, tym bardziej że załączone do oferty dokumenty także jednoznacznie nie wyjaśniają tych wątpliwości, tj. nie zawierają informacji w powyższym zakresie. Bez znaczenia jest przy tym, że oferta zawiera oświadczenie o zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy, poprzedzającym wypełnioną tabelę, w sytuacji gdy wypełniona tabela już tej zgodności nie potwierdza. Gdyby przyjąć, że oświadczenie to jest wystarczające, to całkowicie zbędnym byłoby wypełnienie samej tabeli.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 12.06.2023 r.). W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał przesłanek materialnoprawnych do rozpoznania odwołania, tj. poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia na skutek czynności objętych zarzutami. Odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu i argumentacji Odwołującego Zamawiający wskazał, iż dokumentem żądanym na potwierdzenie spełnienia parametrów wymaganych nie była instrukcja obsługi, ale deklaracja zgodności (rozdział 11 swz). Wykonawca Real załączył instrukcję dedykowaną kilku typom materacy, która nie była przygotowana na potrzeby tego konkretnego zamówienia (inaczej postąpił Odwołujący składając instrukcję przygotowaną pod zaoferowany wyrób). Zdaniem Zamawiającego wykonawcy nie mieli obowiązku potwierdzania w treści tabeli wszystkich odpowiedzi, jakich udzielił Zamawiający na pytania dotyczące parametrów zamówienia, które są wiążące w postępowaniu. Zamawiający nie sprecyzował, jakich informacji podania oczekuje w tabeli, co dotychczas nie budziło wątpliwości w postępowaniach

prowadzonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie zgadza się z interpretacją Odwołującego, iż brak wskazania konkretnego parametru oznaczać ma, iż zaofferowany przedmiot nie odpowiada wymaganiom zamówienia. Z doświadczenia życiowego wynika, iż instrukcja obsługi nie musi opisywać cech czy właściwości, których produkt nie posiada.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca A.Z. (PPH „REAL” A.J.Z.)
Przystępujący przedstawił stanowisko w piśmie złożonym do akt sprawy na posiedzeniu (pismo z 12.06.2023 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę PPH „Real” A.J.Z., wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów Zamawiającego i Przystępującego braku wykazania przez Odwołującego przesłanki materialnoprawnej dla wniesienia odwołania, jaką jest poniesienie szkody lub możliwość jej poniesienia, skład orzekający oddalił te zarzuty. Odwołujący wskazując na okoliczności, które prowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie wskazał, iż czynności Zamawiającego miały konsekwencję dla jego oferty w postępowaniu. To, że w odwołaniu nie ma sformułowania wskazującego na szkodę w postaci utraty korzyści, jakie dla Wykonawcy wiązałyby się z przyjęciem do realizacji zamówienia, nie oznacza, iż Wykonawca nie może ponieść szkody. Już wskazanie na utratę zamówienia w sytuacji utrzymania obecnego wyniku postępowania pozwala uznać, iż spełnione zostały przesłanki rozpoznania merytorycznego odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Na podstawie zapisów swz ustalono, iż przedmiot zamówienia podzielony został na części, a część IV dotyczy dostawy materacy przeciwoślizgowych zmiennościśnieniowych wyposażonych w funkcję przechyłów bocznych i rotacji pacjenta, dla pacjentów z odleżynami wszystkich typów 32 szt. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1d do SWZ – Formularz Ofertowy. Opisane tam parametry stanowią minimalne wymagania jakościowe i techniczne zamawianego asortymentu.

W rozdziale XI swz Zamawiający wskazał, jako przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie parametrów zamówienia, składany wraz z ofertą, tj. dokument potwierdzający dopuszczenie przedmiotu zamówienia z wymaganiami przewidzianymi w ustawie o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. oraz w aktach wykonawczych do niej, a także w obowiązujących przepisach Unii Europejskiej tj.: certyfikat CE lub deklaracja zgodności CE lub dokument potwierdzający dokonanie zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub dokument potwierdzający dokonanie powiadomienia Prezesa Urzędu o wprowadzeniu na terytorium RP wyrobu przeznaczonego do używania na tym terytorium.

Wraz z ofertą wykonawcy składali wypełnione formularze w tym załącznik nr 1d – stanowiący formularz ofertowy. Formularz ofertowy zawiera oświadczenie, którym wykonawca potwierdza realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a także opis wymaganych parametrów i warunków (tabela). Wykonawcy zobowiązani byli podać dane o oferowanym produkcie, w tym producenta/nazwę/model, jak również wypełnić tabelę w kolumnie „oferowane parametry”.

W poz. 12 Zamawiający opisał wymóg:

„Materac zbudowany z 20-22 komór: 16 komór poprzecznych, na których leży pacjent i 4-6 komór podnoszących (wchodzących w skład systemu rotacji/przechyłów pacjenta). Ze względu na stabilność materaca nie dopuszcza się komór podnoszących ułożonych warstwami jedna nad drugą. Wszystkie komory materaca wykonane z elastycznego, nie usztywnionego poliuretanu zapewniającego wieloletnie użytkowanie”.

W poz. 19 Zamawiający opisał wymóg:

„Wysokość każdej pojedynczej poprzecznej komory od 12cm do 13cm. Komory materaca pojedynczo wymienne mocowane za pomocą złączek zapobiegających przypadkowemu wypięciu w czasie używania (nie dopuszcza się rozwiązań typu „szybkoszczki”).

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty.

Wykonawca REAL w załączniku nr 1d zaofferował produkt: PPH „REAL” / MATERAC PRZECIWODLEŻYNOŚCIOWY MULTIDEC MD090-1301BTR, spełniający parametry wskazane w tabeli, w tym potwierdzone w poz. 12: „Materac zbudowany z 22 komór: 16 komór poprzecznych, na których leży pacjent i 6 komór podnoszących (wchodzących w skład systemu rotacji/przechyłów pacjenta). Wszystkie komory materaca wykonane z elastycznego, nie usztywnionego poliuretanu zapewniającego wieloletnie użytkowanie”, oraz w poz. 19: „Wysokość każdej pojedynczej poprzecznej komory 13cm. Komory materaca pojedynczo wymienne mocowane za pomocą złączek zapobiegających przypadkowemu wypięciu w czasie używania”.

Wraz z ofertą złożona została instrukcja użytkowania.

Do Zamawiającego wniesione zostało pismo wykonawcy Revita z 12.05.2023 r. zawierające wniosek o odrzucenie oferty REAL jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu wskazane zostały podstawy faktyczne tożsame z podniesionymi w odwołaniu.

Zamawiający pismem z 15.05.2023 r. wystąpił do wykonawcy REAL o ustosunkowanie się do wskazanych w piśmie zarzutów braku zgodności zaofferowanego materaca z wymaganiami. Wykonawca odniósł się do postawionych zarzutów w piśmie z 19.05.2023 r. wskazując na oświadczenia złożone w ofercie, którymi potwierdził zgodność przedmiotu oferty z wymaganiami Zamawiającego (formularz 1d). Wykonawca wskazał, iż instrukcja nie może posiadać opisu cech, których nie posiada produkt, co ma stanowić uzasadnienie dla stwierdzenia niezgodności oferty z swz. Wykonawca podniósł, iż Zamawiający zawarł w dokumentacji poprzedzającej oświadczenie o zgodności oferty z dokumentacją postępowania oraz nie wskazał szczegółowego sposobu wypełniania tabeli znajdującej się w załączniku 1d do SWZ, tym

samym Wykonawca był uprawniony do złożenia powyższego oświadczenia, a w kolumnie „Oferowane parametry”, wpisania jedynie parametrów oferowanych, a nie tych, które z uwagi na ograniczenia Zamawiające nie mogą być zaoferowane. Następnie wykonawca wskazał na niezgodność oferty Revita z wymaganiami, która powinna prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty REAL.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Decydującym dla wyniku sprawy było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, iż oferta REAL spełnia wymagania w zakresie dotyczącym parametrów i cech wyrobu objętego częścią IV zamówienia. Odwołujący kwestionując decyzję o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej wskazywał na brak potwierdzenia zgodności z wszystkimi wymaganiami, co miało mieć odniesienie również do opisu, w którym Zamawiający wykluczał szybkozłączki (pkt 19) oraz nie dopuścił komór podnoszących ułożonych warstwami jedna nad drugą (pkt 12). Zasadniczym argumentem na jakim Odwołujący opierał zarzut niezgodności oferty wybranej z wymaganiami był brak odniesienia się w załączniku nr 1d oraz instrukcji obsługi do rozwiązania, które wykluczył Zamawiający.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Wykonawca REAL złożył oświadczenie, iż zaoferowany przedmiot spełnia wszystkie parametry i jest zgodny z swz i dodatkowo opisał rozwiązanie w tabeli w formularzu ofertowym (załącznik 1d), jak również załączył instrukcję obsługi. Opis wyrobu nie zawiera pełnej informacji w tym znaczeniu, iż nie odnosi się do tych cech, które nie zostały przez Zamawiającego dopuszczone.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący formułując zarzut niezgodności oferty z swz zobowiązany był wykazać na czym ta niezgodność polega, co miało mieć związek z parametrami materaca, a nie sposobem prezentowania informacji o wyrobie. Wprawdzie Odwołujący wskazał z jakimi postanowienia swz oferta miała być niezgodna, to jednak nie wykazał, iż faktycznie zaoferowany wyrób narusza wymagania Zamawiającego. Jak wskazał w odwołaniu z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym, jak i załączonej instrukcji nie wynikają informacje na podstawie, których można stwierdzić, iż rozwiązanie oferowane w przetargu jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyłącznie w oparciu o brak tych informacji wnioskował, iż oferta podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Tymczasem dla stwierdzenia niezgodności oferty z swz koniecznym jest przedstawienie dowodu, który pozwoliłby inaczej ocenić oświadczenia wykonawcy złożone w ofercie. Te potwierdzały zgodność zaoferowanego wyrobu z wymaganiami opisanymi w swz. Ponieważ Zamawiający nie żądał złożenia dokumentów potwierdzających parametry deklarowane w formularzu ofertowym, to brak pełnej informacji uwzględniającej każdy aspekt wskazany w OPZ w załączonej instrukcji nie mógł prowadzić do stwierdzenia niezgodności z merytorycznej oferty, w sytuacji gdy z informacji zamieszczonych w instrukcji nie wynika, aby produkt naruszał wytyczne zamówienia. Logicznym jest argument podnoszony przez REAL w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu o braku uzasadnienia dla oczekiwania podania w instrukcji informacji o tym, czego produkt nie posiada lub jakich rozwiązań nie uwzględnia. W sytuacji gdy z opisu nie wynika wprost informacja wskazująca w sposób oczywisty na niezgodność z warunkami zamówienia, wykonawca kwestionując zgodność takiej oferty zobowiązany jest przedstawić dowód, który uzasadniałby przyjęcie wniosków o braku zgodności z swz.

Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby w sposób jednoznaczny na naruszenie wymagań dotyczących parametrów i cech produktu, Izba nie miała podstaw do uznania, iż oferta podlegać powinna odrzuceniu. Tym samym odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący:.....