

WYROK
z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2023 r. przez wykonawcę:

Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, z udziałem wykonawcy

SKAMEX S.A w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego kwoty: 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesioną przez odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 Zespolony w Kielcach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze w trybie podstawowym pn.: „Sukcesywne dostawy materiałów zużywalnych jednorazowego użytku dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” (dalej: Postępowanie). Warunki udziału i zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 31 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku (dalej Odwołujący lub Biameditek) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skamex S.A. w Łodzi (dalej: Przystępujący lub Skamex), mimo że oferta ta winna zostać odrzucona.

Pismem z dnia 3 listopada 2023 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 2 listopada 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana Skamex. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że:

1. zaniechał odrzucenia oferty Skamex w ramach Pakietu nr 2 Postępowania mimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp,
2. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Skamex w ramach Pakietu nr 2 Postępowania, mimo że oferta ta winna być odrzucona przez Zamawiającego jako oferta złożona warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 uznk w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 uznk i w związku z art. 16 i art. 17 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że oferta złożone przez Skamex w ramach Pakietu nr 2 jest niezgodna z postawionymi wymaganiami i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp i tym samym wynikowo podane przez Skamex w ofercie oraz wyjaśnieniach do ofert informacje wprowadzają w błąd, co do cech jakie powinny posiadać oferowane przez tego wykonawcę bronchofiberoskopy, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, co wobec wskazania w ramach warunków udziału w Postępowaniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie oraz 109 ust pkt 8) Ustawy winno skutkować wykluczeniem Skamex i odrzuceniem jego oferty również w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a Pzp.

W związku z opisanymi powyżej naruszeniami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 października 2023 r. w ramach Pakietu nr 2; odrzucenie oferty Skamex; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty Skamex.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący złożył dowody dokumentowe w postaci:

1. zamówienia wystosowane przez Zamawiającego na bronchoskopy jednorazowe, rozmiar 5.0/2.2 realizowane przez Odwołującego na przestrzeni ostatniego roku w liczbie 9 zamówień wraz z fakturami sprzedaży na okoliczność tego, że Zamawiający zamawia m.in. bronchoskopy w średnim rozmiarze, tj. 5.0 pasujące do rurek intubacyjnych o średnicy 6.0 oraz, że bronchoskopy te zamawiane są na potrzeby różnych oddziałów szpitalnych, w tym m.in. klinicznego oddziału anestezjologii i intensywnej terapii a tym samym, że zamawiane bronchoskopy, średnica 5.0, są kompatybilne do rurek intubacyjnych o średnicy 6.0;
2. oświadczenie z 13 listopada 2023 r. lekarza współpracującego z Zamawiającym, że średnica części roboczej bronchoskopu nie może być większa niż 5.0 a kanał roboczy nie może być mniejszy niż 2 mm do przeprowadzenia zabiegu polegającego na poszerzeniu zwężenia tchawicy co potwierdza także, że oferowany produkt przez Przystępującego nie może być wykorzystany do powyższego zabiegu, które to oświadczenie wskazuje również, że szpital „jest jedynym szpitalem w województwie świętokrzyskim, z oddziałami pediatrycznymi, z zawartym kontraktem z Chirurgiem Klatki Piersiowej”;
3. oświadczenia z 14 listopada 2023 r. dwóch pracowników Zamawiającego (lekarzy) na okoliczność tego, że Zamawiający korzysta także z rurek intubacyjnych o średnicy mniejszej niż 7 mm, w tym rurek 6 mm;
4. wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej do Zamawiającego z 13 listopada 2023 r. o wskazanie liczby rurek dotchawicznych intubacyjnych o rozmiarach od 5 do 6,5 mm i wskazanie na jakich oddziałach są wykorzystywane;
5. zestawienie sprzedaży bronchoskopów Odwołującego przedstawiające ilość zamówień zrealizowanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w okresie 2023 r., gdzie na kolor niebieski zaznaczono te z bronchoskopów, które mają średnicę umożliwiającą zastosowanie w rurkach 6 mm.
Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z oględzin i eksperymentu polegającego na wprowadzeniu produktu Vortex oferowanego przez Przystępującego do rurki intubacyjnej 6 mm

Przystępujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

1. instrukcję obsługi bronchoskopu oferowanego w ramach Postępowania na potwierdzenie kompatybilności produktu z rurkami intubacyjnymi średnicy powyżej lub równy 5 mm dla rozmiaru mniejszego (Agile) i średnicy powyżej lub równy 6 mm dla rozmiaru większego (Vortex) – strona trzecia, strona piąta pkt 2 na potwierdzenie spełniania powyższych parametrów;
2. pismo od producenta produktu z 13 listopada 2023 r. wraz z tłumaczeniem potwierdzające kompatybilność Vortex z minimalnym rozmiarem rurki 6 mm;
3. oficjalny katalog producenta produktów na okoliczność jak w pkt 1 i 2, również na okoliczność możliwości stosowania produktu na różnych oddziałach, w szczególności strona czwarta i szósta na górze, gdzie wskazuje się na możliwość zastosowania produktu w pełnym zakresie wskazań do giętkiej bronchoskopii.
Przystępujący wnosił również o dopuszczenie dowodu z nagrania eksperymentu polegającego na wprowadzeniu produktu Vortex do rurki intubacyjnej 6mm na kompatybilność produktu z rurką intubacyjną.

Izba dopuściła wnioskowane dowody. Wobec przeprowadzenia eksperymentu na posiedzeniu oraz nagranych niezgodnie z zaleceniami używania produktu medycznego, przez osoby niebędące personelem medycznym i w warunkach innych niż kliniczne Izba pominęła ich wyniki. Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: SWZ, pytań i odpowiedzi do SWZ, oferty Przystępującego, notatek Odwołującego z dnia 9 i 26 października 2023 r. wraz ze zdjęciami z notatki z dnia 30 października 2023 r. informujących o niezgodnościach oferty Skamex z SWZ, wyjaśnień oferty Skamex, decyzji z dnia 26 października 2023 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach pakietu nr 2, i złożonych w odpowiedzi wyjaśnień wraz z załącznikami oraz dodatkowo przedłożonych przez strony i uczestnika dokumentów oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był sporny. Spór sprowadzał

się do oceny zgodności oferowanego przez Skamex produktu z SWZ wobec tego, że dokumenty i oświadczenia złożone przez Skamex nie potwierdzają, że zaoferowany przez tego wykonawcę produkt, dopuszczony w ramach odpowiedzi na pytanie nr 20 do SWZ jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego, ponieważ nie zapewnia deklarowanego całkowitego pokrycia pełnego zakresu procedur giętkiej bronchofibroskopii.

W powyższym zakresie Izba ustaliła bezsporne pomiędzy stronami okoliczności, że:

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie na Sukcesywne dostawy materiałów zużywalnych jednorazowego użytku dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Kielcach w podziale na pakiety. Przedmiotem dostaw w ramach Pakietu nr 2 są bronchoskopy jednorazowe. W ramach ww. pakietu złożone zostały dwie oferty tj. oferta Skamex i oferta Biameditek.
2. Zgodnie z SWZ Zamawiający oczekiwał bronchoskopów jednorazowego użytku o określonych parametrach; Zamawiający nie precyzował funkcjonalności produktów – nie wskazywał procedur do jakich wykorzystywane mają być produkty; Zamawiający nie precyzował oddziałów na zabezpieczenie potrzeb, których zamawiane są produkty;
3. Na pytanie nr 20 opublikowane wraz z odpowiedzią w dniu 26 września 2023 r. o treści: „Pytanie nr 20 Pakiet 2 pozycja 1 Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie sterylnego bronchofibroskopu jednorazowego użytku występującego w dwóch rozmiarach/wersjach całkowicie pokrywających pełny zakres procedur giętkiej bronchofibroskopii: Agile i Vortex, dzięki maksymalizacji szerokości kanału roboczego i minimalizacji średnicy zewnętrznej. Zakres regulacji do góry 220° do dołu 220° dla wersji Agile oraz do góry 200° do dołu 200° dla wersji Vortex, Kanał roboczy o średnicy minimum 1.4 mm wersja Agile, 2.8 mm wersja Vortex oraz średnicy zewnętrznej maksymalnie 3,9 mm wersja Agile oraz 5,6 mm wersja Vortex. Pole widzenia powyżej 85°, głębia ostrości 5-50 mm, długość części roboczej 605 mm. Wejście do kanału roboczego umieszczone poniżej uchwytu, łącznik schodkowy do połączenia z drenem do odsysania w osi długiej bronchofibroskopu. Kanał roboczy wykonany z PU (poliuretan), w komplecie fabrycznie zamontowana silikonowa zatyczka uszczelniająca port narzędziowy, końcówka dystalna wykonana z HPP (polimer wysokiej wydajności) mieści kamerę, źródło światła (dwie diody LED) oraz wyjście kanału roboczego w kształcie elipsy co wpływa na lepszą wydajność odsysania. Rozmiary bronchoskopów oznaczone kolorystycznie. Rozmiar do wyboru przez Zamawiającego. Rękojeść endoskopu wykonana z ABS-PC (kopolimer akrylonitrylo-butadieno- styrenowy i poliwęglan) ze specjalnym okrągłym otworem poprawiającym ergonomię urządzenia, matowa powierzchnia rękojeści, dominujący kolor rękojeści czarny. Bronchoskopy kompatybilne z monitorami Screeni HD, które Wykonawca bezpłatnie dostarczy Zamawiającemu na czas trwania umowy lub do wyczerpania bronchofibroskopów jednorazowych w ilości zgodnej z zapotrzebowaniem Zamawiającego, do 5 sztuk. Produkt nie zawiera lateksu, produkt sterylizowany tlenkiem etylenu, pakowany pojedynczo, opakowanie PET i Tyvek.” „Zamawiający wskazał, że: „Przedmiotowe pytanie nie stanowi pytania o wyjaśnienie wątpliwości SWZ, a jest wnioskiem o zmianę zapisów SWZ. Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy.” Następnie w dniu 29 września 2023 r. Zamawiający opublikował sprostowanie do odpowiedzi na pytania i wskazał, że odpowiedź na cytowane wyżej pytanie nr 20 została zmieniona następująco: „Winno być: (...) Zamawiający dopuszcza
4. Przystępujący zaoferował opisane pytaniem nr 20 bronchoskopy Vortex i Agile’;
5. W dniu 9 października 2023 r., po dokonaniu wglądu do ofert, Biameditek przesłała do Zamawiającego notatkę o niezgodnościach oferty Skamex z warunkami zamówienia.
6. W dniu 26 października 2023 r. Zamawiający opublikował decyzję o rozstrzygnięciu Postępowania w ramach pakietu nr 2, w którym to jako najkorzystniejsze oferty wybrał ofertę Skamex.
7. W dniu 30 października 2023 r. Biameditek przesłała do Zamawiającego kolejną notatkę o niezgodnościach oferty Skamex z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, znajdującym oparcie w brzmieniu SWZ wraz z pytaniami i odpowiedziami, że Zamawiający, wbrew założeniu odwołania, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 20 nie zmienił wymagań co do produktu na opis funkcjonalny zobowiązujący wykonawców do zapewnienia produktów pokrywających pełny zakres procedur bronchoskopii giętkiej w rozumieniu podręcznika pod redakcją prof. dr. hab. Andrzeja Szczeklika Choroby wewnętrzne Stan wiedzy na rok 2010, Kraków 2010 (str. 556-558), tj. 1 Biopsja ściany oskrzeli, 2 Wymazy szczoteczkowe, 3 Popłuczyny celowane, 4 Popłuczyny oskrzelowo-pęcherzykowe, 5 Przewoskrzelowa biopsja płucna – TBLB, 6 Przewoskrzelowa aspiracyjna biopsja igłowa – TBNA, 7 Ultrasonografia wewnątrzoskrzelowa – EBUS, 8 Bronchoskopia fluorescencyjna - AFL i bronchoskopia wąskiego pasma – NBI, 9 Bronchoskopia terapeutyczna, lecz nadal domagał się produktów spełniających konkretne parametry.

Dalej, dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, co było również niesporne, Izba ustaliła, że:

1. Zamawiający dysponuje, korzysta i zamierza nadal korzystać z bronchoskopów wielorazowego użytku, które zapewniają pokrycie realizowanych przez szpital procedur medycznych.
2. Bronchoskopy jednorazowego użytku wykorzystywane są przez szpital dodatkowo w stosunku do bronchoskopii wielorazowego użytku, w zasadzie od czasu pandemii choroby zakaźnej COVID-19, jako że są wygodniejsze –

pozwalające na szybkie zastosowanie kolejnego jednorazowego bronchoskopu – ale jednocześnie droższe od bronchoskopii wielorazowego użytku;

3. Liczba świadczeń medycznych z wykorzystaniem bronchoskopii jednorazowego użytku rośnie z roku na rok;
4. Szpital korzysta z różnych średnic rurek intubacyjnych i bronchoskopów oraz z różnych urządzeń wprowadzanych przy wykorzystaniu bronchoskopów wielorazowego użytku oraz jednorazowego użytku;
5. Bronchoskopy wykorzystywane są najczęściej na oddziale intensywnej terapii i anestezjologii,
6. Zalecenia międzynarodowego stosowania bronchoskopów jednorazowych nie są wiążące dla podmiotów leczniczych.

Izba ustaliła również, że zgodnie z instrukcjami użytkowania produktów oraz oświadczeniem ich producenta bronchoskopy Vortex są kompatybilne z rurkami intubacyjnymi 6 mm oraz, że Agile i Vortex wprowadzają innowacje dzięki dwóm rozmiarom, które obejmują pełen zakres wskazań do giętkiej bronchoskopii.

Zarzut odwołania sprowadzał się do twierdzenia, że produkty Przystępującego nie zapewniają wykonania wszystkich procedur opisanych w przywołanym w odwołaniu podręczniku, wskazanie przez Przystępującego, że produkty umożliwiają przeprowadzenie procedur na oddziale anestezjologii i intensywnej terapii ogranicza możliwości używania produktów do jednego oddziału szpitalnego oraz, że bronchoskop w wersji Vortex nie jest kompatybilny z rurką intubacyjną 6mm i „oświadczenia Skamex zawarte w ofercie oraz wyjaśnianych mogą wprowadzić w błąd, gdyż oferowany produkt nie zapewnia właściwego dopasowania endoskopu do pacjenta i prawidłowego wykonania procedury medycznej. Kanał roboczy 1.4 mm jest zdecydowanie zbyt mały do wykonania procedur, w których kluczową rolę pełni kanał roboczy. Dodatkowo, co opisano powyżej, bronchoskop w wersji Vortex nie jest kompatybilny z rurką 6mm, co sprawia, że pacjenci będący zaintubowani taką rurką, nie będą mogli mieć wykonanej w prawidłowy sposób procedury tj. odessania gęstej wydzieliny, włożenia narzędzi m.in. w celu usunięcia ciała obcego lub pobrania materiału, pobrania popłuczyn (BAL).”

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał żadnego z twierdzeń odwołania. Zamawiający nie wymagał zapewnienia przez produkty pokrycia wszystkich realizowanych procedur medycznych, nie wskazywał oddziałów dla których zamawiane są bronchoskopy. Wykorzystanie produktów jest możliwe i dopuszczalne teoretycznie na każdym z oddziałów szpitala - w ocenie Izby Przystępujący nigdzie nie wprowadził ograniczenia w tym zakresie a Odwołujący nie wykazał, by ograniczenia takie obiektywnie istniały w tym w szczególności, że wprowadził je producent. Odwołujący nie wykazał, że bronchoskop Vortex jest niekompatybilny z rurką intubacyjną 6 mm. Nie wykazał też w konsekwencji powyższego, że naruszone zostały jakiegokolwiek przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł twierdzenie o niezgodności produktu z SWZ na błędnym w ocenie Izby założeniu, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców produktu zapewniającego realizację wszystkich procedur medycznych tj. w rozumieniu funkcjonalnym podczas gdy na takie rozumienie SWZ nie pozwala jego treść ani treść zapytania nr 20 do SWZ wraz z odpowiedzią Zamawiającego poparte stanowiskiem Zamawiającego. Jednocześnie za przyjęciem wykładni rozszerzającej wymagania, co do oczekiwanych cech i funkcjonalności produktów a tym samym zawężającej krąg bronchoskopów nie może przemawiać treść instrukcji obsługi czy kart katalogowych produktu ani przywołanie fragmentu podręcznika pod redakcją prof. dr. hab. Andrzeja Szczeklika Choroby wewnętrzne Stan wiedzy na rok 2010, Kraków 2010 (str. 556-558).

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia a więc skonkretyzowanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023) Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (podobnie wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 uznk w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 uznk i w związku z art. 16 i art. 17 Pz zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk a więc w sytuacji gdy wykonawca dopuścił się działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, przy czym czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzając w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama; organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi – 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: 1)

osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej. 3. Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się: 1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;- 2) nieprawdziwymi atestami; 3) nierzetelnymi wynikami badań; 4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

Jednocześnie Izba wskazuje, że art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny oferty i wyjaśnień było niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił ofertę czy wyjaśnienia złożone w ramach Postępowania. Podobnie jak na tym ostatnim ciąży obowiązek wykazania, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny oferty a odwołanie nie sprostало wymogom ciężaru dowodowego. Treść odwołania nie pozwala też na sprecyzowanie, jakim zachowaniem i w jaki konkretnie sposób Przystępujący naruszył uznk z uszczegółowieniem przesłanek czynu niedozwolonego z uznk. Naruszenia Odwołujący zdaje się doszukiwać w interpretacji własnej treści zapytania nr 20 a także oświadczeń i karty katalogowej producenta, nie przedstawiając jednak w tym zakresie dowodów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek odrzucenia ofert wobec ich niezgodności z warunkami zamówienia. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, które mogłoby mieć wpływ na sporządzenie oferty w sposób niezgodny z Ustawą lub uznk. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

Wobec niewykazania niezgodności ofert z warunkami Izba stwierdziła, że również zachowaniu Zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia innych przepisów. Pozostałe podlegające oddaleniu zarzuty stanowiły konsekwencje zachowania Zamawiającego polegające na pominięciu nie wykazanej niezgodności ofert z SWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :.....