

WYROK

z dnia 18 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 7 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **FULL-MED sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powyżej kwoty 207 000 euro na zakup sprzętu i wyposażenia dla komórek organizacyjnych Regionalnego Ośrodka Onkologicznego w budynku byłego Domu Pomocy Społecznej – zakup systemu biodekontaminacji niskotemperaturowej dla WSS im. M. Kopernika w Łodzi* (nr postępowania 185/ZP/15) prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi** przy udziale wykonawcy: **KLAROMED sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **FULL-MED sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów z siedzibą w Łodzi prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powyżej kwoty 207 000 euro na zakup sprzętu i wyposażenia dla komórek organizacyjnych Regionalnego Ośrodka Onkologicznego w budynku byłego Domu Pomocy Społecznej – zakup systemu biodekontaminacji niskotemperaturowej dla WSS im. M. Kopernika w Łodzi* (nr postępowania 185/ZP/15).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 września 2015 r. pod nr 2015/S_183-331832, z tym że 17 września 2015 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.kopernik.lodz.pl}, na której również od 22 września udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 listopada 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – FULL-MED sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „Full-Med”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KLAROMED sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku {dalej również: „Klaromed”}.

7 grudnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia Klaromedu z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez niewykluczenie z postępowania Klaromedu, pomimo złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
2. Art. 24 ust. 4 – przez nieuznanie oferty złożonej przez Klaromed za odrzuconą.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nieodrzuconie oferty Klaromedu, mimo jej niezgodności ze

2

Sygn. akt KIO 2656/15

specyfikacją, w szczególności z zapisami załącznika nr 3 do SIWZ.

4. Art. 7 ust. 1 – powyższe doprowadziło do naruszenia zasady nakazującej przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty sprzecznej z zapisami SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownej oceny złożonych ofert, w tym wykluczenia z postępowania Klaromedu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty.
3. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Full-Med.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{1}

Odwołujący podał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W załączniku nr 3 do SIWZ – zestawieniu parametrów technicznych, warunków gwarancji oraz szkoleń pracowników Zamawiający zamieścił tabelę, w której zawarł i opisał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Zamawiający zażądał ponadto, by do oferty dołączone zostały dane techniczne lub instrukcje oferowanego sprzętu, w oryginale lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem {pkt 3 *Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć a) Oryginalne ulotki producenta, katalogi, dokumentację techniczną w języku polskim potwierdzające wymagane parametry systemu biodekontaminacji niskotemperaturowej (jeśli oryginalna dokumentacja jest w innym języku niż to Wykonawca dostarczy wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – wraz z ofertą*}.
Do oferty Klaromed dołączył wypełnioną tabelę parametrów technicznych (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz folder oferowanego sprzętu w języku angielskim.

Analiza przeprowadzona przez Odwołującego doprowadziła go do wniosku, że oferowane parametry nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, a załączony folder nie jest oryginalny i zasadniczo różni się od oryginalnego folderu zaoferowanego aparatu Bioquell Z-2 udostępnionego w internecie przez firmę Bioquell, producenta tego urządzenia.

Pismem z 2 listopada 2015 Full-Med poinformował Zamawiającego, że Klaromed do oferty dołączył nieprawdziwe dokumenty mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a oferowany przez Wykonawcę produkt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, co skutkować winno odrzuceniem tej oferty. Jednocześnie Odwołujący się przesłał Zamawiającemu folder pobrany i wydrukowany ze strony internetowej.

3

Sygn. akt KIO 2656/15

Następnie Zamawiający zwrócił się do Klaromed o wyjaśnienie treści oferty, a w odpowiedzi uzyskał informacje, że oferowany przez niego produkt spełnia wymagania Zamawiającego, zaś foldery mogą się różnić między sobą.

Po otrzymaniu tych wyjaśnień Zamawiający dokonał wyboru oferty Klaromedu.

{2}

Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt A lp. 6 tabeli (załącznika nr 3 do SIWZ) wymagał zaofiarowania urządzenia, które daje *możliwość dekontaminacji pomieszczeń o kubaturze w jednostkowym procesie do 400 m³*.

Odwołujący zarzucił, że na str. 2 rzekomo oryginalnego folderu producenta (str. 34 oferty) Wykonawca dokonał samodzielnie zmiany treści paragrafu, w którym producent deklaruje kubaturę, jaką może obsłużyć to urządzenie na poziomie, jako „do 250 m³”, na zapis pozbawiony tej informacji. Odwołujący powołał się również na zapis w oryginalnej instrukcji obsługi i konserwacji pozyskanej od innych zamawiających w Polsce, gdzie w pkt 8 Programowanie cyklu wskazano: *Zakres objętości wynosi 10-250m³* (str. 30).

{3}

Odwołujący zarzucił, że na tej samej stronie folderu Wykonawca wprowadził nieautoryzowane zmiany w paragrafie dotyczącym środka wykorzystywanego w urządzeniu, traktującego o dostępnych pojemnościach tego preparatu. Według Odwołującego domniemywać należy, że zmiana ta została dokonana celowo bez zgody producenta, tak aby swobodnie było preparat jako aktywny można dobierać wykorzystywany

środek

w oferowanym rozwiązaniu.

Odwołujący zaznaczył, że w przypadku stosowania środka aktywnego zgodnie z instrukcją obsługi (str. 51) producent wymaga stosowania

środka: *Nadtlenek wodoru 30-*

35%, tylko z zatwierdzonym przez firmę Bioquell systemie doprowadzania.

Według Odwołującego nierozdzielnie z tym łączy się wprowadzony w pkt B lp.3 tabeli (załącznika nr 3 do SIWZ) następujący wymóg: *kompatybilność czynnika aktywnego pozwalającego na dekontaminację pomieszczeń wraz z meblami, aparaturą medyczną, sprzętem elektronicznym, instalacjami elektrycznymi*, oczekując tę okoliczność dołączenia poświadczenia producenta.

Odwołujący podał, że Klaromed nie zamieścił w swojej ofercie poświadczenia producenta urządzenia, a jedynie poświadczenie producenta środka biobójczego – firmy Ciech Trading S.A., które zostało podpisane przez starszego handlowca S. P. .

Odwołujący zarzucił, że poświadczenie to należy uznać za nieważne, gdyż osoba ta nie posiada kompetencji do wydawania tego typu oświadczeń, jak również producent urządzenia, czyli firma Bioquell nie wystawiła właściwej rekomendacji dla tego preparatu.

Odwołujący zakwestionował również jako wątpliwą wartość merytoryczną

4

Sygn. akt KIO 2656/15

załączonego oświadczenia, gdyż sam czynnik, jakim jest niewątpliwie silnie reagenny i utleniający nadtlenek wodoru (H₂O₂) w postaci płynnej oferowanej przez Ciech Trading SA, z pewnością nie posiada kompatybilności materiałowej, jakiej wymagał Zamawiający. Odwołujący dodał, że to jedynie właściwa technologia wykorzystywana w urządzeniach do tego przeznaczonych pozwala, aby używany w procesie czynnik, przy równoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa przedmiotom poddawanych dekontaminacji (w tym wypadku sprzętowi medycznemu), skutecznie realizowała cały proces dekontaminacji.

{4}

Odwołujący zarzucił również zatajenie, czy też celowe usunięcie przez Wykonawcę z opisu schematu technologii umieszczonego w rzekomo oryginalnym katalogu producenta na str. 5 (str. 37 oferty) kluczowych informacji opisujących zasadę działania urządzenia oraz cykle, jakie charakteryzują oferowaną przez niego technologię. Mowa tu o pkt (fazie) nr 3 schematu *HPV gassing plateau – sustained micro-condensation effecting bio-deactivation*.

Według Odwołującego z opisu tego jasno wynika, że firma Bioquell deklaruje przebieg właściwego dla tego urządzenia procesu biodekontaminacji nierozdzielnie z fazą nr 3, czyli podtrzymaniem stanu mikrokondensacji biodegradacyjnej (*sustained micro-condensation effecting bio-deactivation*).

Odwołujący nadmienił, że zarówno urządzenie zaproponowane przez niego, jak i Klaromed działają w technologii gazowej, a różnica występuje w samym procesie dekontaminacji. W urządzeniu firmy Steris, które zaproponował Full-Med, proces podlega ścisłej kontroli, tak aby wprowadzane do pomieszczenia powietrze zawierające nadtlenek wodoru było suche (stężenie wody i nadtlenku wodoru są utrzymywane poniżej punktu rosy – brak zjawiska mikrokondensacji). Natomiast zaofiarowane przez Klaromed urządzenie firmy

Bioquell przeprowadza proces dekontaminacji powyżej punktu rosy, w związku z czym cząsteczki wody osiadają na powierzchni, kondensując się w postaci mikrowarstwy (zjawisko mikrokondensacji / skraplania). Odwołujący dodał, że taka technologia może destrukcyjnie wpływać na wrażliwą aparaturę medyczną znajdującą się w dekontaminowanych pomieszczeniach, doprowadzając do jej uszkodzenia.

W związku z tym Odwołujący zarzucił, że powyższe urządzenie nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż przy tej technologii nie ma możliwości wyeliminowania fazy mikrokondensacji w prowadzonym procesie.

Na potwierdzenie, jak to określił Odwołujący, takiego stanu rzeczy do odwołania załączono fragment biuletynu wydanego przez Stowarzyszenie Higieny Lecznictwa (2012, nr 3-4 (44) str. 74-77) oraz materiał reklamowo-informacyjny Klaromedu pobrany z serwisu portalu branży medycznej „medicalonline.pl”, które opisują te procesy i z których jednoznacznie ma wynikać, że zjawisko mikrokondensacji, czyli skraplania, przy oferowanej

5

Sygn. akt KIO 2656/15

przez Klaromed technologii rzeczywiście zachodzi.

{5}

Odwołujący podał, że w pkt A lp. 5 tabeli (załącznika nr 3 do SIWZ) Zamawiający wymagał, by urządzenie było *możliwe do zastosowania w procesach dekontaminacji systemów wentylacyjno-klimatyzacyjnych oraz kubatur zamkniętych poprzez dostarczenie gazu za pomocą portów przyłączeniowych*.

Ponadto Zamawiający w toku postępowania wyjaśnił, że *oczekuje zaoferowania urządzenia gwarantującego możliwość dekontaminacji pomieszczeń poprzez wprowadzenie aparatu do wnętrza pomieszczenia jaki i przez dekontaminację za pomocą portów przyłączeniowych, daje to możliwość dekontaminacji pomieszczeń o niewielkiej kubaturze, gdzie wprowadzenie aparatu jest niemożliwe*.

Odwołujący zrelacjonował również, że Wykonawca potwierdził spełnienie powyższych wymagań, jednakże pod warunkiem przygotowania przez Zamawiającego odpowiedniej infrastruktury.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie oczekiwał urządzenia pod które będzie musiał przygotowywać oddzielną infrastrukturę, a Oferent nie opisał też, jak taka infrastruktura winna wyglądać oraz czy jest to związane z poniesieniem dodatkowych nakładów pieniężnych.

Odwołujący zrelacjonował, że w tym zakresie Zamawiający wezwał Oferenta do wyjaśnień. Oferent przedłożył Zamawiającemu na tę okoliczność fragment instrukcji obsługi opisanej w pkt 13.3 Połączenie w trybie stacjonarnym, opatrzonego schematem: *ilustracja typowego wykorzystania jako urządzenie stacjonarne*.

Odwołujący domniemywa, że powyższy materiał został przygotowany tylko i wyłącznie na potrzeby tego postępowania, gdyż w oryginalnej instrukcji obsługi urządzenia Bioquell Z-2 przedstawione rozwiązanie nie występuje. Według Odwołującego podyktowane jest to zapewne faktem, że oferowane urządzenie obsługuje kubatury nie mniejsze niż 10 m³, a minimalna odległość od przeszkody (ściany, bariery) przy której może pracować urządzenie, producent określił na poziomie nie mniej niż 60 cm (str. 54 oryginalnej instrukcji). Biorąc powyższe pod uwagę urządzenie należałoby zamknąć w komorze o wymiarach nie mniejszych niż 1860 x 2042 x 1914 mm (determinują to wymiary urządzenia – szer. x wys. x gł. wynoszące odpowiednio 660 x 1442 x 714 mm z pulpitem), co jest rozwiązaniem nielogicznym i praktycznie eliminującym możliwość wykorzystania go jako urządzenie mobilne umożliwiające dekontaminację małych przestrzeni jak brudowniki czy magazynki podręczne będące głównym siedliskiem zanieczyszczeń szpitalnych.

Odwołujący dodał, że z załączonych materiałów wynika, że zasada działania tego urządzenia polega na rozpylaniu czynnika poprzez obrotowy ruch głowicy umieszczonej

6

Sygn. akt KIO 2656/15

na górze jednostki. W związku z tym według Odwołującego brak jest możliwości podłączenia do rotacyjnej głowicy portów przyłączeniowych.

{6}

Odwołujący podał, że w pkt A lp. 23 Zamawiający oczekiwał zaofiarowania urządzenia wyposażonego w czujnik wilgotności względnej i bezwzględnej, które w sposób kontrolowany będzie monitorowało ciągle wilgotność pomieszczenia, zapobiegając tym samym pojawieniu się tak niepożądanego zjawiska, jakim jest skroplenie się czynnika biobójczego.

Odwołujący zarzucił, że oferta Klaromed powinna zostać odrzucona z powodu zaofiarowania urządzenia zaopatrzonego w peryferyjne urządzenie do monitorowania wyłącznie wilgotności bezwzględnej. Odwołujący domniemywa, że Klaromed oferuje w tym pkt zwykły higrometr, który w żaden sposób nie komunikuje się z jednostką główną i pozostaje bez wpływu na jego pracę, wskazując jedynie aktualną wilgotność pomieszczenia. Odwołujący podejrzewa, że jest to próba wprowadzenia Zamawiającego w błąd, przez dostarczenie rozwiązania niezapewniającego odpowiedniej kontroli procesu dekontaminacji.

{7}

Odwołujący podał, że w pkt A lp. nr 11 tabeli (załącznika nr 3 do SIWZ) Zamawiający dopuścił w drodze odpowiedzi na pytania, aby zakres dozowanej substancji aktywnej (biobójczej) wynosił w zakresie 1 - 20 g/min. Odwołujący zarzucił, że co prawda Klaromed w ofercie potwierdza ten parametr, jednakże instrukcja obsługi stanowi inaczej. Treść pkt 8.2 (strona nr 32) wskazuje, że zakres dozowanej substancji aktywnej (biobójczej) dla urządzeń 230 V wynosi od 4 g/min do 20 g/min. Odwołujący zarzucił, że jest to kolejny punkt, w którym zaofiarowane urządzenie nie spełnia minimalnych warunków wymaganych przez Zamawiającego.

Pismem z 9 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 7 grudnia 2015 r. przesłał faksem zawiadomienie o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

10 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez KLAROMED sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

7

Sygn. akt KIO 2656/15

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a ponadto w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

{1. Zarzut dotyczący katalogu producenta Bioquell}

Odnosząc zarzutu, że złożony folder nie jest oryginalny w stosunku do opracowania, które znajduje się na stronie internetowej, co miałyby świadczyć o załączeniu do oferty nieprawdziwych dokumentów, Przystępujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Przystępujący zrelacjonował, że 16 listopada 2015 r. otrzymał wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień, m. in. w zakresie folderu załączonego do oferty. W odpowiedzi wyjaśnił, że dokument złożony w języku polskim jest katalogiem produktu dedykowanym na rynek polski. Wynika to z faktu, że producent ze względu na różne wymagania i potrzeby dla poszczególnych krajów opracowuje foldery na różnym poziomie szczegółowości.

Przystępujący dodał, że w celu potwierdzenia wszystkich parametrów, nawet tych, które nie wynikały z folderu złożonego wraz z ofertą, zgodnie z wymaganiami SIWZ załączył do wyjaśnień instrukcję oferowanego urządzenia. W piśmie z wyjaśnieniami wskazał zaś, w którym konkretnie miejscu oferty lub instrukcji znajduje się potwierdzenie parametrów stanowiących przedmiot wezwania Zamawiającego.

Przystępujący oświadczył, że Odwołujący błędnie sądzi, że dokument w języku polskim jest tłumaczeniem jakiegokolwiek innego dokumentu lub też, że został on zmieniony w zakresie poszczególnych punktów, a zarzut dokonywania nieautoryzowanych zmian jest niezrozumiały.

Przystępujący dodał, że w związku z wniesieniem odwołania podjął próbę uzyskania folderu, na który powołuje się Odwołujący – jest to w oczywisty sposób inny dokument aniżeli folder złożony wraz z ofertą w języku polskim.

Przystępujący powołał się na to, że na końcu zarówno polskiego, jak i angielskiego dokumentu producent Bioquell odsyła do przykładowych oddziałów w poszczególnych regionach - Bioquell UK, Bioquell USA, Bioquell Ireland, Bioquell Asia Pacific, Bioquell France, Bioquell China. Według Przystępującego potwierdza to fakt, o którym informował uprzednio w wyjaśnieniach, że produkty firmy Bioquell są sprzedawane na całym świecie, zaś ze strony internetowej nie można pobrać folderu w zależności od kraju, a jedynie folder o dużym stopniu ogólności opisujący niektóre, generalne cechy danego rozwiązania sprzedawanego na potrzeby rynku angielskiego.

Produkty oferowane przez Bioquell w poszczególnych krajach różnią się m.in. językiem oprogramowania (z instrukcji wynika, iż oferowane urządzenie obsługiwane jest w języku polskim – str. 57 instrukcji, na której wskazano wyświetlane ekrany operatora urządzenia).

8

Sygn. akt KIO 2656/15

Ponadto różnice pomiędzy poszczególnymi krajami występują w zakresie dozowania środka biobójczego oraz rodzaju użytej butli na środek biobójczy, stąd m.in. odmienność parametrów pomiędzy folderem angielskim i polskim w zakresie dozowania tego środka czy obsługiwanej kubatury. W Wielkiej Brytanii np. środek biobójczy jest dystrybuowany w butlach 4 litrowych, stąd kubatura dekontaminowanych pomieszczeń jest mniejsza. W Polsce zaś są stosowane butle 5 litrowe, co automatycznie przekłada się na kubaturę.

Przystępujący oświadczył, że zaoferował konkretne urządzenie, które obecnie funkcjonuje w wielu placówkach opieki zdrowotnej w Polsce, stąd jest ono dostosowane przez producenta Bioquell dla tego typu jednostek.

Jako argument potwierdzający, że złożony wraz z ofertą folder producenta nie został zmieniony bądź przygotowany wyłącznie na potrzeby tego postępowania Przystępujący wskazał, że na ostatniej stronie tego folderu (str. 32 oferty) widnieje 2011 rok, zaś Odwołujący usiłuje wykazać, iż dokonano nieautoryzowanych zmian w stosunku do dokumentu pobranego ze strony internetowej opatrzono datą 2012. Odwołujący stwierdził, że logika nakazuje uznać ten zarzut za chybiony.

Przystępujący podniósł, że na Odwołującym ciąży ciężar wykazania zasadności zarzutu podania nieprawdziwych informacji (art. 6 kc), aby wywodzić z niego skutki prawne. Zaś na obecnym etapie postępowania brak jakichkolwiek dowodów, że informacje zawarte w ofercie oraz uzupełnieniu są nieprawdziwe. Przystępujący dodał,

że aby rozwiać wszelkie wątpliwości, załącza dodatkowe dokumenty w postaci oświadczenia producenta i autoryzowanego dystrybutora potwierdzające spełnianie wszelkich parametrów. {2.

Zarzut dotyczący nie spełniania parametru kubatury (pkt A.6 załącznika nr 3)}

Zdaniem Przystępującego zarzut, że obsługiwana przez urządzenie Bioquell kubatura wynosi do 250 m³ należy uznać za nieudowodniony, gdyż twierdzenia Odwołującego stoją w sprzeczności z oficjalnym folderem producenta Bioquell złożonym wraz z ofertą (str. 27).

Według Przystępującego nie sposób uznać za wiarygodny dowód instrukcji uzyskanej od innego podmiotu, gdyż przedmiotem tamtego zamówienia mogło być inne urządzenie o innych parametrach.

Odwołujący nadmienił, że w instrukcji dla urządzenia sprzedawanego w Wielkiej Brytanii opisany jest szczegółowo tryb automatyczny urządzenia, który rzeczywiście obsługuje inną kubaturę. Jednak urządzenie Bioquell Z2 pracuje również w trybie czasowym, ustawionym przez operatora. Z instrukcji angielskiej wynika jednoznacznie, że kubatura 250 m³ obsługiwana jest w trybie automatycznym, zaś instrukcja dotycząca polskiego urządzenia wskazuje obsługiwaną kubaturę w trybie czasowym, który w polskiej rzeczywistości jest najczęściej stosowany. Do operatora urządzenia należy wybór trybu. Jeśli zaistnieje

9

Sygn. akt KIO 2656/15

koniczność dekontaminacji kubatury ok. 500 m³, zastosuje tryb ręczny, jeśli zaś dekontaminacja będzie miała nastąpić w pomieszczeniu o kubaturze mniejszej, będzie możliwość zastosowania trybu automatycznego. Wybór trybu jest możliwy zgodnie z instrukcją obsługi (str. 57 instrukcji – Wybór cyklu: automatyczny/czasowy).

{3. Zarzut dotyczący kompatybilności czynnika aktywnego (pkt. B.3 załącznika nr 3)}

Przystępujący podał, że wymogiem Zamawiającego była w tym zakresie:

Kompatybilność czynnika aktywnego pozwalająca na dekontaminację pomieszczeń wraz z meblami, aparaturą medyczną, sprzętem elektronicznym, instalacjami elektrycznymi – dołączyć poświadczenie producenta.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący stosując nadinterpretację usiłuje dowieść, że wymagane było poświadczenie producenta urządzenia, co nie znajduje odzwierciedlenia w treści SIWZ. Intencją Zamawiającego wyrażoną wprost było załączenie poświadczenia producenta o kompatybilności. W ofercie Przystępującego producent środka biobójczego potwierdził zaś spełnianie ww. parametru.

Ponadto według Przystępującego kwestionowanie dokumentu na podstawie podpisu jest niezasadne, gdyż nie jest to dokument o charakterze oświadczenia woli, lecz oświadczenia wiedzy. Nie ma więc podstaw, by oczekiwać, aby tego typu poświadczenie podpisane było zgodnie z reprezentacją wynikającą z dokumentów rejestrowych spółki.

Odnosząc się do zarzutu, że kompatybilność nie jest spełniona, Przystępujący ponownie podniósł brak jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność.

{4. Zarzut dotyczący mikrokondensacji (pkt. A.2 załącznika nr 3)}

Przystępujący podniósł, że wbrew zarzutowi odwołania, z oferty wprost wynika, że w trybie ręcznym środek biobójczy pozostaje w postaci gazowej. Powyższe znalazło potwierdzenie w załączonych dokumentach, m.in. na str. 31 oferty, na której – wbrew twierdzeniom Odwołującego – zawarto wykres rozkładu stężenia w czasie trwania procesu, który odnosi się do poszczególnych faz cyklu pracy urządzenia.

Zdaniem Przystępującego z odwołania nie wynika z jakim dokumentem Odwołujący porównuje w tym zakresie ofertę Przystępującego, tj. w stosunku do czego Przystępujący dopuścił się zatajenia.

Przystępujący podkreślił, że rozważania na temat mikrokondensacji nie mają znaczenia dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, w obliczu odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego 14 października 2015 r., w której na pytanie o dopuszczenie urządzenia z kontrolowaną mikrokondensacją, Zamawiający dopuścił: *urządzenie o identycznej skuteczności i kompatybilności sprzętowej, pod warunkiem, że czynnik biobójczy przez cały cykl pracy będzie występował w fazie gazowej.*

Natomiast powyższe według Przystępującego nie wymaga dowodzenia, gdyż sam

10

Sygn. akt KIO 2656/15

Odwołujący potwierdził w treści odwołania spełnianie przez Przystępującego tego wymagania, gdyż wskazał, że oba zaoferowane w postępowaniu urządzenia *działają w technologii gazowej.*

Przystępujący powołał się na to, że zgodnie z art. 190 ust. 5 zd. 2 pzp nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną. Przystępujący wniósł o uznanie, że spełnianie wymagania z pkt A.2 załącznika SIWZ jest faktem i nie podlega dowodzeniu.

W ocenie Przystępującego dalsze rozważania Odwołującego dotyczące stężenia poniżej czy też powyżej punktu rosy nie mają znaczenia, gdyż Zamawiający nie ustanowił w tym zakresie jakiegokolwiek warunku w SIWZ. Zamawiający nie mógł więc oceniać oferty Przystępującego w oparciu o wymagania niezwerbalizowane wprost.

{5. zarzut dotyczący dostarczania gazu za pomocą portów przyłączeniowych (pkt A. 5 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Przystępujący podniósł, że Odwołujący zarzucając niespełnianie pkt A.5 załącznika 3 powołuje się na swoje wyliczenia niepoparte jakimikolwiek dowodami oraz instrukcję urządzenia funkcjonującego w Wielkiej Brytanii, gdzie powszechnie stosuje się dostarczanie gazu z dysz. Jednak zgodnie z instrukcją urządzenia sprzedawanego w Polsce istnieją dwie możliwości dostarczania gazu – za pomocą dysz rotacyjnych lub portów przyłączeniowych (str. 53 instrukcji). Przystępujący, przy założeniu, że pomieszczenia Zamawiającego są przystosowane do tego typu przyłączy, potwierdził zgodnie z prawdą,

że jego urządzenie

spełnia ww. parametr. Nie jest zasadne sugerowanie, że Przystępujący oczekiwał poniesienia dodatkowych nakładów pieniężnych przez Zamawiającego, gdyż zapis ten został zastosowany celem dochowania zgodności z instrukcją obsługi urządzenia, która wskazuje

(str. 53), że: *podłączenia urządzenia do dysz zależy od warunków infrastruktury dostępnych u użytkownika*. Wobec tego, że Zamawiający oczekiwał możliwości połączenia przez porty, Przystępujący wychodził z założenia, że posiada ku temu możliwości infrastrukturalne.

Przystępujący dodał, że urządzenie Bioquell Z2 pracuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w wielu jednostkach, również w małych pomieszczeniach, takich jak brudowniki, gdyż m.in. z tego wynika jego przewaga konkurencyjna, że jest urządzeniem mobilnym.

Dla, jak to oświadczył, weryfikacji Przystępujący załączył listę referencyjną zrealizowanych dostaw tego urządzenia, które mogą zostać zweryfikowane przez Zamawiającego poprzez kontakt z wystawcą i uzyskanie informacji o pracy tego urządzenia.

{6. Zarzut dotyczący czujników wilgotności względnej i bezwzględnej
(pkt. A. 23 załącznika nr 3)}

Przystępujący podniósł, że potwierdzenie tego wymagania zostało wskazane na str.nr

11

Sygn. akt KIO 2656/15

28 i 30 oferty.

Przystępujący ponownie zarzucił Odwołującemu nieudowodnienie swoich twierdzeń.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował, że czujnik wilgotności bezwzględnej ma być urządzeniem integralnym, jako wyposażenie podstawowe.

Przystępujący oświadczył, że w związku z technologią urządzenia wystarczający jest czujnik jako urządzenie zewnętrzne, opcjonalne.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący upatruje niezgodności oferty Przystępującego z jego ofertą opartą na rozwiązaniu Steris, zaś niezgodność oferty w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powinna być weryfikowana w stosunku do treści SIWZ.

{7. Zarzut dotyczący zakresu dozowania środka biobójczego (pkt A 11 załącznika nr 3)}

Przystępującemu nieuzasadnione wydaje się twierdzenie, że dozowanie substancji biobójczej jest w innym zakresie niż wymagany w SIWZ (z uwzględnieniem modyfikacji).

Przystępujący na str. 30 oferty potwierdził ww. parametr przez informację z folderu producenta *zakres dozowania H₂O₂: 1/20 gr/ minutę*.

Przystępujący dodał, że oferowanym przez niego urządzeniu istnieje w trybie ręcznym możliwość ustawienia zakresu dozowania środka biobójczego na poziomie wymaganym. W zależności więc od potrzeb i warunków pomieszczenia dekontaminowanego Zamawiający ma możliwość samodzielnego zarządzania ustawieniami. Wartość 4/20 g/min wskazana jest prawdopodobnie w dokumentach dla produktu oferowanego w Wielkiej Brytanii, gdzie takie ustawienia w trybie automatycznym są standardowo wykorzystywane.

{podsumowanie}

Przystępujący podsumował, że biorąc pod uwagę, że Odwołujący dokonuje badania i oceny oferty Przystępującego na podstawie dokumentów o bliżej nie sprecyzowanym pochodzeniu (jak instrukcja obsługi z innego zamówienia publicznego) oraz na podstawie folderu dla produktu oferowanego na rynek UK, nie zaś na rynek polski, zaś Przystępujący na poparcie wymagań Zamawiającego złożył wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż żaden zarzut nie został należycie i wystarczająco udowodniony.

18 grudnia 2015 r. Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{1. zarzut dotyczący katalogu producenta Bioquell}

Zamawiający zrelacjonował, że otrzymał wraz z ofertą dwa foldery na potwierdzenie spełnienia parametrów przez zaoferowany aparat w przedmiotowym postępowaniu – jeden w języku polskim i drugi w języku angielskim.

12

Sygn. akt KIO 2656/15

Następnie Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 pzp zażądał wyjaśnień odnośnie różnic pomiędzy parametrami wskazanymi w tych katalogach, przyjmując, że wersja katalogu w języku polskim jest tłumaczeniem katalogu w języku angielskim.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał od Klaromed wyjaśnienia, że dokument

w języku polskim nie jest tłumaczeniem dokumentu w języku angielskim, a oba katalogi należy traktować jako równoważne. Jednocześnie Wykonawca poinformował, że katalog w języku polskim jest oryginalnym dokumentem producenta. Wskazał także, że zgodnie z polityką producenta urządzenia, firmy Bioquell, materiały reklamowe dostosowywane są do danego rynku lokalnego.

Zamawiający podniósł, że fakt ten ponownie został potwierdzony w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że ulotki przekazane mu przez Full-Med, zarówno w trakcie postępowania, jak i załączona do odwołania, opatrzone są datą 2010 r. Z kolei dokumenty dostarczone Zamawiającemu wraz z ofertą, tj. ulotka w języku polskim oraz ulotka w języku angielskim datowane są na rok 2011 r.

Zamawiający dodał, że badając zarzut odwołania natrafił również na inne ulotki dotyczące aparatu Bioquell Z-2 {które zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie jako dowód nr 1}:

– zamieszczoną na stronie: https://www.terrauniversal.com/uploads/tech_resources/z_2_product_sheet_Is001_mkt_014_110_414184941.pdf

– przesłaną bezpośrednio przez firmę Bioquell - w załączeniu ulotka oraz e-mail.

Zamawiający stwierdził, że ulotki te różnią się od ulotki, którą jako oryginalną dostarczyła firma Full-Med.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Klaromed, że producent Bioquell wydaje różne ulotki, została jak najbardziej potwierdzona i udowodniona. Nie ma zatem żadnych podstaw, by nie dać wiary dokumentom przedstawionym przez wybranego Wykonawcę, na czym w dużej mierze opiera się pozostała argumentacja Odwołującego.

{2. zarzut dotyczący niespełnienia parametru kubatury (pkt A.6 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający potwierdził, że w SIWZ wymagał możliwości dekontaminacji w jednostkowym procesie pomieszczeń o kubaturze do 400 m³.

Zdaniem Zamawiającego Klaromed potwierdził spełnianie wskazanego parametru:

- 1) w złożonej ofercie – składając oświadczenie woli, że spełnia warunek (str. 27 oferty);
- 2) w przesłanej na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień instrukcji obsługi urządzenia (str. 32 instrukcji).

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie bierze pod uwagę, że urządzenie Bioquell Z2 może pracować w dwóch rodzajach cykli: po pierwsze – w cyklu automatycznym, przy

13

Sygn. akt KIO 2656/15

ustawieniu, którego zakres objętości wynosi 1 - 250 m³; po drugie – w cyklu czasowym, gdzie objętość jest odpowiednia do wymogów SIWZ. Zamawiający dodał, że fakt ten potwierdza także pośrednio ulotka, którą sam Odwołujący załączył do odwołania, a wcześniej przesłał Zamawiającemu jako oryginalną ulotkę, gdzie na stronie drugiej zamieszczono następującą informację: *The system is easily operated with user-friendly touch screen controls and can bio-decontaminate areas up to 250m³, using parametric control (larger volumes can be validated using timec cycles)* {Zamawiający podkreślił zdanie w nawiasie}.

Zamawiający dodatkowo załączył do odwołania {jako dowód nr 2} wydruk ekranu strony firmy Bioquell, w którym zawarte są informacje odnośnie urządzenia Bioquell Z-2, gdzie wyraźnie zaznaczono, że istnieje możliwość biodekontaminacji powierzchni do 400 m³. (DOWÓD NR 2 - print screen ze strony Bioquell).

Ponadto Zamawiający wskazał, że dysponuje oświadczeniem producenta o spełnieniu wymagań opisanych w SIWZ, przedstawionym przez Klaromed w załączeniu do przystąpienia do odwołania {załączony do odpowiedzi na odwołanie jako dowód nr 3} {3. zarzut dotyczący kompatybilności czynnika aktywnego (pkt B.3 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający zrelacjonował, że jego wymogiem postawionym w SIWZ była: *Kompatybilność czynnika aktywnego pozwalająca na dekontaminację pomieszczeń wraz z meblami) aparaturą medyczną, sprzętem elektronicznym, instalacjami elektrycznymi – dołączyć poświadczenie producenta.*

Na potwierdzenie spełnienia powyższego parametru w ofercie znalazło się poświadczenie z firmy Ciech Trading S.A., że oferowany przez nią nadtlenek wodoru jest kompatybilny z urządzeniem Bioquell Z2.

Zamawiający potwierdził, że dla niego takie poświadczenie było wystarczające, gdyż w SIWZ nie było wymogu dołączenia poświadczenia producenta sprzętu, a jedynie

dołączenie poświadczenia odnoszącego się do czynnika aktywnego.

Zamawiający poparł także stanowisko Przystępującego, że było to oświadczenie wiedzy.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że z materiałów załączonych do odwołania jasno wynika, że firma Bioquell dopuszcza zakup H₂O₂ u dostawców na wolnym rynku, co znacząco obniża koszty eksploatacji urządzenia [str. 76 Biuletynu Stowarzyszenia Higieny Lecznictwa, 2012, 3-4 (44)]. Fakt ten potwierdzony jest na str. 28 oferty Klaromedu, gdzie w ulotce znajduje się zapis: *Urządzenie Bioquell-Z2 może skutecznie przeprowadzać proces przy użyciu nadtlenu wodoru zakupionego u dowolnego producenta.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że zawarte w odwołaniu stwierdzenie o nieposiadaniu kompatybilności materiałowej środka wskazanego w ofercie Klaromedu jest jedynie

14

Sygn. akt KIO 2656/15

domniemaniem Odwołującego, a nie potwierdzonym faktem, gdyż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie, a to na nim zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywał ciężar udowodnienia faktu, z wywodzi skutki prawne.

{4. zarzut dotyczący mikrokondensacji (pkt A.2 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający zrelacjonował, że w SIWZ wymagał: *Środek biobójczy jest w formie gazowej podczas całej procedury /nie zachodzi zjawisko mikrokondensacji.*

W odpowiedzi z 14 października 2015 r. na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający stwierdził, że *dopuszcza do zaoferowania urządzenia o identycznej skuteczności i kompatybilności sprzętowej, pod warunkiem, że czynnik biobójczy przez cały cykl pracy będzie występował w fazie gazowej. Technologia, która nie jest w stanie utrzymać środka w fazie gazowej jest destrukcyjna dla możliwej aparatury medycznej znajdującej się w dekontaminowanych pomieszczeniach, może być czynnikiem niszczącym systemy elektroniczne aparatury medycznej.*"

Klaromed w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 pzp potwierdził w piśmie z 23 listopada 2015 r. że w trybie ręcznym istnieje możliwość przeprowadzenia procesu biodekontaminacji bez wykorzystania zjawiska mikrokondensacji, tak aby czynnik aktywny przez cały czas znajdował się w fazie gazowej przez cały czas trwania procesu.

Zamawiający podniósł, że jest to zgodne z jego wymogami. Ponadto Zamawiający ponownie powołał się na posiadane oświadczenia producenta Bioquell o spełnieniu wymagań SIWZ {dowód nr 3}.

Dodatkowo Zamawiający przedstawił opinię dotyczącą użycia oraz skuteczności urządzenia Bioquell Z-2, wystawioną przez Szpital Specjalistyczny

św. Wojciecha

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gdańsku, w której stwierdzono, co następuje *Zarówno podczas procesu jak i po jego zakończeniu, nie zauważono zaparowanych wilgotnych miejsc. Nie stwierdzono również uszkodzenia sprzętu medycznego, ani nacieków po wykonaniu procesu {załączono jako dowód nr 4}.*

{5. zarzut dotyczący dostarczania gazu za pomocą portów przyłączeniowych (pkt A.5 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający zrelacjonował, że w SIWZ sformułował następujące wymaganie: *Możliwe do zastosowania w procesach dekontaminacji systemów wentylacyjno-klimatyzacyjnych oraz kubatur zamkniętych poprzez dostarczanie gazu za pomocą portów przyłączeniowych.*

Następnie w toku oceny i badania ofert Zamawiający zwrócił się do Klaromedu o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca wyjaśnieniach potwierdził spełnienie powyższego wymogu na str. 53 instrukcji obsługi, według której istnieją dwa sposoby

15

Sygn. akt KIO 2656/15

dostarczania gazu: przy pomocy rotacyjnych dysz rozpraszających oraz za pomocą portów przyłączeniowych.

Zdaniem Zamawiającego jest to bezpośrednio potwierdzenie spełnienia jego wymagań.

{6. zarzut dotyczący czujników wilgotności względnej i bezwzględnej
(pkt A.23 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający zrelacjonował, że w SIWZ sformułował następujące wymaganie:
Dostarczone urządzenie powinno zawierać: czujnik H2O2, czujnik wilgotności względnej i bezwzględnej, pełną dokumentację techniczną, oznakowanie CE, czujnik temperatury.

Następnie w toku oceny i badania ofert Zamawiający wystąpił do Klaromedu o wyjaśnienie, czy zaofferowany ręczny detektor posiada funkcję czujnika wilgotności względnej i bezwzględnej.

Zamawiający powołał się na to, że w odpowiedzi Klaromed potwierdził, że samo urządzenie posiada wbudowane czujniki mierzące parametry krytyczne w sposób ciągły, jak również potwierdził, że dostarczy ręczny miernik stężenia H2O2 jako opcję dodatkową.

{7. Zarzut dotyczący zakresu dozowania środka biobójczego
(pkt A.11 załącznika nr 3 do SIWZ)}

Zamawiający zrelacjonował, że w SIWZ sformułował pierwotnie następujące wymaganie: *Zakres dozowania substancji aktywnej (biobójczej) w zakresie od 2 do 12 gram/min.* Następnie 14 października 2015 r. w odpowiedzi na pytanie dopuścił urządzenie, którego zakres dozowania substancji aktywnej wynosi 1 do 20 g/min.

Klaromed potwierdził spełnienie wymogu zarówno na str. 30 oferty w katalogu w języku polskim, jak i na str. 36 oferty w katalogu w języku angielskim.

{podsumowanie}

Zamawiający podsumował, że w jego ocenie wszystkie parametry wymagane w SIWZ (w tym zmodyfikowane odpowiedziami pytania z 14 października 2015 r.) zostały przez Klaromed prawidłowo poświadczane w dostarczonych w trakcie trwania postępowania dokumentach, które opatrzone są logo firmy Bioquell. Dlatego też Zamawiający nie miał żadnych podstaw, by uznać ofertę Klaromedu za niezgodną z SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z ustalonymi w SIWZ zasadami i kryteriami oceny ofert.

Zamawiający zwrócił uwagę, że oba oferowane urządzenia spełniają jego wymagania i są porównywalne, gdyż pracują w technologii gazowej (dekontaminacji suchej), co potwierdza sam Odwołujący w treści odwołania na str. 4, a ponadto w załączonym do odwołania biuletynie Stowarzyszenie Higieny Lecznictwa.

Zamawiający ponownie podkreślił, że ogólnie dostępne ulotki wydawane przez firmę

16

Sygn. akt KIO 2656/15

Bioquell posiadają różną treść i różne daty, w związku z czym trudno podnosić o braku oryginalności przedstawionych folderów i popierać go dowodem w postaci ulotki ściągniętej ze strony producenta, przez co Odwołujący sugeruje, że jest to jedyna oryginalna ulotka dotycząca urządzenia Bioquell-Z2

Zamawiający zwrócił także uwagę na fakt, że zarówno instrukcja obsługi i konserwacji dostarczona przez Odwołującego jako dowód do odwołania, jak instrukcja obsługi i konserwacji dostarczona przez Klaromed posiadają logo firmy Bioquell-Z2, stanowią jednak dwie różne wersje – do odwołania załączono wersję 1.0, a Klaromed przedstawił wersję 1.1.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba uznała za oczywiste niezasadny zgłoszony na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp z uwagi na przekazanie kopii odwołania bez załączonych dowodów, gdyż jak sam przyznał Zamawiający, do upływu terminu na wniesienie odwołania na swój wniosek otrzymał od Odwołującego te załączniki.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również

biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę na pakiet nr 13, czyli drugą ofertę obok oferty Przystępującego. Odwołujący tym samym może

17

Sygn. akt KIO 2656/15

ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Izba ustaliła, że łącznie w odwołaniu, zgłoszeniu i przystąpieniu adekwatnie zacytowano lub opisano wymagania wynikające z s.i.w.z. i załącznika nr 3 do s.i.w.z., a także treść dokumentów oferty Klaromedu, a także przebieg badania tej oferty, w tym odnośnie uzupełnionych dokumentów i złożonych wyjaśnień.

Izba ustaliła również, że Klaromed zadeklarował w ofercie spełnianie kwestionowanych przez Odwołującego parametrów, a także załączył do oferty lub uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające treść oferty w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

{zarzut niezgodności oferty Klaromed z treścią s.i.w.z.}

Izba stwierdziła, że Odwołujący bezpodstawnie domaga się odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie można stwierdzić, aby treść tej oferty nie odpowiadała treści s.i.w.z w zakresie parametrów objętych zarzutami odwołania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz

18

Sygn. akt KIO 2656/15

wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności. Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu

cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Samo nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp obejmuje również sytuację sporządzenia oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

19

Sygn. akt KIO 2656/15

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem znaleźć potwierdzenie w dokumentach – co do zasady – pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, a których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i (przede wszystkim) materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją niezpełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez

wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

20

Sygn. akt KIO 2656/15

Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lub którzy złożyli takie dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiście jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 13 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1863/10) nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba zważyła, że niemal wszystkie zarzuty odwołania opierają się na twierdzeniu o bezskuteczności potwierdzenia spełniania przez urządzenie Bioquell Z-2 parametrów wymaganych w treści s.i.w.z., a zadeklarowanych w treści oferty przez Klaromed, za pomocą folderów załączonych do oferty oraz uzupełnionej w trybie art. 26 ust. 3 pzp instrukcji obsługi i konserwacji (z uwzględnieniem złożonych przez Klaromed w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust 1 pzp wyjaśnień), gdyż są to dokumenty, które zawierają w stosunku do oryginalnych dokumentów (folderu i instrukcji załączonych do odwołania) nieautoryzowane przez producenta zmiany, które prezentują nieprawdziwe informacje.

Odwołujący do zamknięcia rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że wyłącznie dokumenty załączone do odwołania mają walor oryginalnych dokumentów autoryzowanych przez producenta urządzenia Bioquell Z-2.

Natomiast Zamawiający i Przystępujący przedstawili oświadczenie z 8 grudnia 2015 r. w którym Bioquell UK Ltd z Wielkiej Brytanii w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 4 grudnia 2015 r. o wyjaśnienie kwestii podnoszonych przez Full-Med w toku badania ofert, odesłał do swojego autoryzowanego przedstawiciela na polskim rynku, którego wskazał

21

Sygn. akt KIO 2656/15

z imienia i nazwiska, jako osoby, która posiada zarówno duże doświadczenie, jak i pełną wiedzę na temat wszystkich produktów produkowanych przez Bioquell, załączając również certyfikat Bioquell dla tej osoby w zakresie m.in. urządzenia Z-2. Osoba ta w oświadczeniach pisemnych z 9 i 16 grudnia 2015 r. potwierdziła, że urządzenie zaoferowane przez Klaromed, pracując w trybie czasowym, spełnia wszystkie wymagania i warunki określone w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w szczególności przedstawiona przez Klaromed instrukcja w wersji 1.1 dotyczy urządzenia w opcji z potami przyłączeniowymi, zaś instrukcja w wersji 1.0 dotyczy urządzenia w wersji standardowej, co jest przyczyną

rozbieżności w parametrach technicznych urządzenia. Dodatkowo ta osoba autoryzowana przez producenta urządzenia wyjaśniła, że ponieważ instrukcja obsługi jest dokumentem, który ma pomóc użytkownikowi danego urządzenia w jego eksploatacji, musi być dostosowana do tego, w jaki sposób użytkownicy chcą korzystać z urządzenia. Dodatkowo osoba ta, na wniosek Przystępującego powołana na świadka, również w zeznaniach złożonych przed Izba potwierdziła złożone uprzednio oświadczenia pisemne, a także ponownie potwierdziła adekwatność i prawidłowość dokumentów złożonych przez Klaromed.

Wynik postępowania dowodowego jest taki, że Odwołujący nie udowodnił swojego twierdzenia, natomiast strona przeciwna udowodniła jego bezzasadność.

Wobec tego Izba stwierdziła, że Zamawiający i Przystępujący w swoich pisemnych stanowiskach adekwatnie zidentyfikowali i wskazali sposób potwierdzenia w dokumentach załączonych do oferty lub uzupełnionych spełnianie wszystkich zakwestionowanych przez

Odwołującego parametrów, nie ma potrzeby powtarzania tych stwierdzeń, które Izba podziela i uznaje za swoje. Na marginesie Izba zauważa, że Odwołujący przechodzi do porządku nad tym,

że urządzenie Bioquell Z-2 może również pracować w trybie tzw. cykli czasowych, w którym: po pierwsze – gazowy nadtlenek wodoru jest wytwarzany z zaprogramowaną szybkością, wynoszącą od 1 g/min do 20 g/min, po drugie – maksymalna dopuszczalna kubatura pomieszczenia wynosi 500 m³, po trzecie – istnieje możliwość przeprowadzenia procesu dekontaminacji bez wykorzystywania zjawiska mikrokondensacji, tak aby czynnik aktywny znajdował się w fazie gazowej przez cały czas trwania procesu, co znajduje oparcie w instrukcji w wersji 1.1, a w odniesieniu do drugiej kwestii również w informacjach dostępnych na stronie internetowej producenta Bioquell.

Zgłoszony przez Odwołującego dowód z artykułu w specjalistycznym biuletynie nie podważa istnienia takiej możliwości, gdyż prezentuje dostępne na rynku rozwiązania na dużym stopniu ogólności. Autorzy artykułu uważają zresztą, że mimo mikrokondensacji zachodzącej, jak zaznaczają, dzięki pełnej automatyzacji cyklu utworzona warstwa jest natychmiast osuszana, metoda ta nadal zalicza się tzw. dekontaminacji suchej, czyli takiej, gdzie nadtlenek wodoru jest dystrybuowany w fazie gazowej, dzięki której nie występuje

22

Sygn. akt KIO 2656/15

problem zalegających kropeł H₂O₂, co zapewnia bardzo wysoką kompatybilność sprzętowa. Ponadto w artykule wspomniano, że Bioquell dopuszcza zakup H₂O₂ u dostawców na wolnym rynku, a oferowane rozwiązanie sprawdza się dekontaminacji pomieszczeń do 500 m³

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego i Przystępującego odnośnie zarzutów sformułowanych na tle oferowanego środka – czynnika aktywnego.

W szczególności z literalnego sformułowania wymagania odnośnie potwierdzenia tzw.

sprzętowej czynnika wynika, chodzi o kompatybilności oferowanego aktywnego ze o producenta tego czynnika, bo przecież, nie producenta mebli, aparatury medycznej lub sprzętu elektronicznego, którymi ma on być kompatybilny, czyli nie powodować ich uszkodzenia. Zamawiający przewidział w ten sposób sytuację, że producent urządzenia do dekontaminacji nie jest jednocześnie producentem stosowanego w nim środka.

Izba uznaje również za nieudowodnione twierdzenie, że osoba, która złożyła w imieniu Ciech Trading S.A. z siedzibą w Warszawie takie poświadczenie, była nieuprawniona do składania tego typu oświadczeń wiedzy. Nie zostało również udowodnione, że treść tego oświadczenia nie ma pokrycia w rzeczywistości. Również w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który temu nie podołał, poprzestając na nieudowodnionych twierdzeniach czy wręcz domniemaniach.

Z kolei wobec niesprecyzowania przez Zamawiającego oczekiwanych parametrów portów przyłączeniowych, nie stanowi sprzeczności z s.i.w.z. sprecyzowanie przez Klaromed w ofercie, że połączenie takie wymaga odpowiedniej infrastruktury po stronie użytkownika.

Ponadto wbrew twierdzeniu Odwołującego jakoby z materiałów załączonych do odwołania wynikał zasada działania urządzenia Bioquell Z-2 polegająca na rozpylaniu czynnika poprzez obrotowy ruch głowicy umieszczonej na górze jednostki, co ma z kolei prowadzić do braku możliwości podłączenia do takiej głowicy portów przyłączeniowych, Odwołujący nie wskazał żadnego konkretnego dowodu w tym zakresie, a twierdzenie to zostało zaprzeczone przez stronę przeciwną. Brak ruchomej głowicy został także potwierdzony osobą autoryzowaną przez producenta Bioquell. Wydaje się, że Odwołujący

błędnie utożsamiał rotacyjne dysze rozprowadzające gaz w pomieszczeniach, o których mowa na str. 53 instrukcji w wersji 1.1, z wielokierunkowością zintegrowanych dysz na nieruchomej głowicy urządzenia. Tym bardziej zarzut należy uznać za niezasadny, a wręcz bezprzedmiotowy, bo oparty na błędnych ustaleniach co do rzeczywistego stanu rzeczy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaoferowania urządzenia niewyposażonego w czujnik wilgotności względnej i bezwzględnej, Izba stwierdziła, że zadeklarowanie w ofercie spełniania tego parametru znajduje potwierdzenie: w zakresie czujnika wilgotności względnej – w folderze załączonym do oferty (str. 30 oferty), a w zakresie czujnika

23

Sygn. akt KIO 2656/15

wilgotności bezwzględnej – w uzupełnionej instrukcji w wersji 1.1 (str. 12). Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że ze sformułowania wymagania w s.i.w.z., po uwzględnieniu udzielonych następnie wyjaśnień, że oczekuje urządzenia wyposażonego w czujnik wilgotności bezwzględnej – niezbędny do kontrolowania prawidłowego i skutecznego przebiegu procesu dekontaminacji {wyjaśnienia z 14 października 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7}, nie wynika, że nie mogło to być urządzenie peryferyjne umieszczone w schowku urządzenia.

Wreszcie należy zauważyć, że zgodnie z powszechnie przyjmowanym w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych stanowiskiem ewentualne niejasności postanowień s.i.w.z. należy zawsze interpretować na korzyść wykonawców, którzy działali w dobrej wierze w zaufaniu do ich treści. Odwołujący zdaje się wyznawać zasadę przeciwną. Bezpodstawnie przy tym zarzuca Przystępującemu, że wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż Zamawiający miał wszelkie dane {katalogi i instrukcję obsługi} i jako szpital dysponuje niezbędną wiedzą, aby stwierdzić, co zostało mu zaoferowane i czy odpowiada to jego wymaganiom określonym w s.i.w.z.

{rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów}

Ponieważ pozostałe zarzuty mają zdaniem Izby charakter niesamoistny, gdyż są pochodną zarzutu podstawowego, muszą zostać uznane za oczywiście niezasadne.

Dotyczy to również zarzutu zaniechania wykluczenia Klaromedu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro Odwołujący nie wykazał, że treść oferty i dokumenty złożone na jej potwierdzenie zawierają nieprawdziwe informacje.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

24