

**WYROK**

**z dnia 24 kwietnia 2015 r.**

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

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 10 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu specjalistycznego do operacji kardiochirurgicznych* (nr postępowania PN/553/ZP/D/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawcy: **Agencja Naukowo-Techniczna „SYMICO” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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”, „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa sprzętu specjalistycznego do operacji kardiochirurgicznych* (nr postępowania PN/553/ZP/D/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S\_203-358848 z 22 października 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.usk.umed.lodz.pl}, na której od tego dnia 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.

3 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Medtronic”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części 13 zamówienia {dalej również: „pakiet 13”} – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Naukowo-Techniczną „SYMICO” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Agencja” lub „Symico”}.

10 kwietnia 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 odrzucenia oferty Agencji.

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

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Agencji, która nie spełniała warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących:
  - a) wymogu zaofiarowania szantów wieńcowych w rozmiarach *1,0-3,0 mm (co 0,25 mm)* (pkt 4 pakietu 13), gdyż zaofiarowano wyłącznie szant wieńcowy o numerze katalogowym OF-1500, który odpowiada rozmiarowi 1,5 mm;
  - b) wymogu zaofiarowania *regulatora ciśnienia* (pkt 5 pakietu 13), gdyż zaofiarowane urządzenie (ssak chirurgiczny) nie współpracuje z zewnętrznymi źródłami ciśnienia, co jest immanentną cechą regulatora ciśnienia

– a tym samym zachodziła sprzeczność między treścią tej oferty a warunkami SIWZ.

2. Art. 38 ust. 4 – polegające na zmianie wymagań dotyczących regulatora ciśnienia (pkt 5 pakietu 13), przez dokonanie wyboru oferty Agencji oferującej ssak chirurgiczny, podczas gdy zmiana SIWZ dopuszczalna jest wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert i nie może być dokonana *w wyniku i w trakcie dowolnego badania i oceny ofert.*
3. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Agencji niespełniającej postawionych w SIWZ przez Zamawiającego wymagań.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w pakiecie 13:

1. Ponownego badania i oceny złożonych ofert.
2. Odrzucenia oferty Agencji.
3. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

{ad zarzutu nr 1a}

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4 pakietu 13 załącznika nr 2 do SIWZ wykonawca powinien zaferować szanty wieńcowe w rozmiarach od 1,0 mm do 3,0 mm, przy czym różnice między rozmiarami powinny wynosić 0,25 mm, co oznacza, że Zamawiający wymagał zaferowania ich w 9 rozmiarach (1,0 mm, 1,25 mm, 1,50 mm, 1,75 mm, 2,0 mm, 2,25 mm, 2,50 mm, 2,75 mm i 3 mm).

Ponadto Odwołujący zrelacjonował, że na wstępie załącznika nr 2 do SIWZ, przed opisem wymagań dotyczących poszczególnych pakietów, Zamawiający wyraźnie podał: *W pozycjach „Producent, nazwa handlowa, nr katalogowy produktu”, „Klasa wyrobu medycznego. Nazwa i nr dokumentu dopuszczającego do obrotu i używania” należy wymienić wszystkie dane zaferowanych produktów!*

Odwołujący podał, że Agencja w złożonej ofercie, w kolumnie oznaczonej jako *Producent, nazwa handlowa, nr katalogowy produktu*, wpisała, że oferuje Zamawiającemu szant wieńcowy o numerze katalogowym OF-1500 producenta Maquet.

Odwołujący podniósł, że powyższy numer katalogowy odnosi się wyłącznie do szantów o rozmiarze 1,5 mm. Według Odwołującego tym samym Agencja zaferowała Zamawiającemu wyłącznie szanty o takim rozmiarze, a oferta jest sprzeczna z pkt 4 pakietu załącznika nr 2 do SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że każdemu rozmiarowi szantu producenta Maquet odpowiada

inny numer katalogowy, przy czym niektóre z nich, z uwagi na różnice w długości, oznaczane są dodatkowo literą „L”. I tak: rozmiarowi 1,0 mm odpowiada numer OF-1000, rozmiarowi 1,25 mm odpowiada numer OF-1250, rozmiarowi 1,5 mm odpowiada numer OF-1500 itd.

Zdaniem Odwołującego wobec niedopełnienia obowiązku określenia numerów katalogowych oferowanych szantów wieńcowych, nie ma żadnego znaczenia, że w kolumnie drugiej formularza ofertowego Agencja potwierdziła, że oferuje wszystkie rozmiary szantów. Odwołujący dopatrywał się w tym wewnętrznej sprzeczności oferty Agencji, stwierdzając, że decydujące znaczenie ma podanie powyższego nr katalogowego.

{ad zarzutu nr 1b}

Odwołujący zarzucił, że z pkt 5 pakietu 13 załącznika nr 2 do SIWZ wynika, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania mu urządzenia, które jest regulatorem ciśnienia i zawiera zbiornik przelewowy, natomiast Agencja złożyła ofertę na klasyczny ssak chirurgiczny, który jest urządzeniem zupełnie różnym od regulatora ciśnienia.

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, że w tym postępowaniu chodzi o regulację podciśnienia (potocznie – próżni), pozwalającej na zassanie np. płynów ustrojowych, wydzielin, a nie o regulację ciśnienia w wartościach dodatnich, co jest procesem odwrotnym.

Zdaniem Odwołującego przez „regulator ciśnienia” należy rozumieć *urządzenie, które reguluje podciśnienie wytwarzane przez źródła podciśnienia, czyli takie, które może zostać podłączone do takich źródeł i regulować podciśnienie z nich pochodzące.*

Odwołujący wyjaśnił, że sale operacyjne w szpitalach wyposażone są w odpowiednie instalacje, które zawierają wyjścia gazów medycznych (np. tlenu, podtlenku azotu, sprężonego powietrza), a także wytwarzają próżnię (podciśnienie) – tzw. centralne próżnie. Szpitale nabywają regulatory ciśnienia, które muszą współpracować z instalacją centralnego systemu próżniowego, aby móc bezpiecznie korzystać ze źródła podciśnienia podczas różnego rodzaju zabiegów.

Zdaniem Odwołującego ponieważ Zamawiający w pakiecie 13 zamawiał *zestawy jednorazowego użytku do operacji pomostów aortalno- wieńcowych bez stosowania krążenia pozaustrojowego*, bez wątplenia zamawiał sprzęt do stosowania na salach operacyjnych. *Tym samym należy założyć, co założyłby każdy wykonawca posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie procedur medycznych na sali operacyjnej w dużej jednostce medycznej (a takim powinien być wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu), że Zamawiający dysponuje odrębnymi (zewnętrznymi) źródłami podciśnienia (centralnym systemem próżniowym), do których potrzebuje regulatora ciśnienia, stanowiącego element przedmiotu zamówienia w pakiecie 13.*

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez Agencję urządzenie jest ssakiem chirurgicznym (zgodnie z katalogową nazwą nadaną przez producenta Medela – ssakiem

Basic), a nie regulatorem ciśnienia (regulatorem podciśnienia), gdyż nie współpracuje z zewnętrznymi źródłami podciśnienia, posiadając własne jego źródło. Odwołujący powołał się na to, że według informacji pochodzących od producenta Medel ssak Basic należy do kategorii systemów ssących oraz samodzielnie wytwarza podciśnienie. Według Odwołującego funkcje i zastosowanie tego urządzenia są inne od klasycznych regulatorów podciśnienia.

Odwołujący zauważył, że takie ssaki chirurgiczne są najczęściej wykorzystywane przez zakłady opieki zdrowotnej niedysponujące zewnętrznym systemem próżniowym. *Oczywiście nie jest wykluczone korzystanie przez podmiot posiadający samodzielne źródło podciśnienia z dodatkowych urządzeń samodzielnie wytwarzających próżnię (takich jak ssak chirurgiczny), a wręcz przy skomplikowanych operacjach jest to stosunkowo powszechna praktyka.*

Odwołujący, nie negując możliwości zamówienia ssaka chirurgicznego przez zamawiającego dysponującego centralnym źródłem próżni, stwierdził, że w takim przypadku zostałyby to wprost napisane w treści SIWZ należy podkreślić, że w przypadku, w którym Zamawiający oczekiwałby zaoferowania ssaka chirurgicznego, napisałby to wprost w treści SIWZ.

Według Odwołującego na rynku urządzeń medycznych istnieje wyraźne rozróżnienie między regulatorami ciśnienia a ssakami chirurgicznymi, które są wyposażone we własne źródło podciśnienia.

Zdaniem Odwołującego określenie przez Agencję ssaka Basic jako „regulatora ciśnienia” stanowi nadużycie, mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do jego funkcji. Zaoferowanie ssaka chirurgicznego samodzielnie wytwarzającego podciśnienie i zawierającego regulator tego podciśnienia, tylko pozornie może zapewnić zaspokojenie oczekiwań Zamawiającego, gdyż nie zapewnia możliwości podłączenia do zewnętrznych źródeł podciśnienia.

Niezależnie od powyższego według Odwołującego oferta złożona przez Agencję ma charakter wariantowy w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy pzp. Wariantowość przejawia się w zapewnieniu Zamawiającemu analogicznego do oczekiwanego rezultatu (urządzenie regulujące podciśnienie), przez zaoferowanie innego rozwiązania technologicznego (urządzenie regulujące podciśnienie pochodzące nie z zewnętrznych źródeł, ale z własnego źródła). Zamawiający musiałby jednak wyraźnie zaznaczyć, że oczekuje rozwiązania, które zapewni mu regulację podciśnienia, względem którego źródło podciśnienia nie ma żadnego znaczenia. Jednak Zamawiający nie przewidział takiej możliwości, nie dopuszczając składania ofert wariantowych (pkt II.6 SIWZ). Odwołujący wywiódł z tego, że ewentualne próby uzasadnienia nieodrzczenia oferty Agencji przez odwołanie się do zapewnienia przez

ssak Basic tego samego rezultatu (regulacja podciśnienia), nie mogą zostać uznane za przekonujące i zgodne z przepisami pzp.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę na ogromną dysproporcję pomiędzy cenami w zakresie regulatora ciśnienia w jego ofercie (2.700 zł za jedno urządzenie) a ofertą Agencji (6.588 zł za jedno urządzenie), której jedynym wytłumaczeniem – według Odwołującego – jest zaoferowanie przez Agencję zupełnie innego urządzenia niż wymagane SIWZ.

{ad zarzutu nr 2}

Odwołujący zarzucił, że dopuszczenie oferty Agencji, w której zaproponowano inne urządzenie niż wyraźnie wymagane w pkt 5 pakietu 13 załącznika nr 2 do SIWZ, *w sposób niesformalizowany prowadzi do zmiany przez Zamawiającego oczekiwań względem wykonawców i składanych przez nich ofert*. Odwołujący wywiódł z art. 38 ust. 4 pzp, że niedopuszczalne jest odstąpienie przez zamawiającego od postawionych przez siebie wymagań po upływie terminu składania ofert, zwłaszcza w toku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Nawet jeżeli Zamawiający doszedł do wniosku, że oferta może spełniać jego oczekiwania, dopóki nie są to oczekiwania wyrażone w SIWZ, nie może wybrać takiej oferty, jeśli jest ona sprzeczna z SIWZ.

{ad zarzutu nr 3}

Odwołujący stwierdził, że zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby Zamawiający nie preferował ani też nie dyskryminował żadnego z wykonawców.

Odwołujący wywiódł, że przygotowując SIWZ zamawiający określa wymagania jakie stawia towarom podlegającym zamówieniu. Wykonawca ma obowiązek złożyć ofertę spełniającą wymagania SIWZ. Jeżeli wykonawca, pomimo swojej najlepszej wiedzy jako profesjonalista w danej dziedzinie, ma wątpliwości co do tego co jest przedmiotem zamówienia i jakie wymagania stawia zamawiający, w tym jakie parametry powinny być spełnione przez zamawiane towary, jest on uprawniony do zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ (art. 38 ust. 1 pzp). Tryb ten służy zapewnieniu, aby wykonawcy składali oferty na towary spełniające wymagania SIWZ.

Według Odwołującego jeżeli Agencja nie rozumiała wymagań w zakresie dotyczącym regulatora ciśnienia, w szczególności, czy regulator powinien dysponować własnym źródłem podciśnienia, czy ma być podłączany do zewnętrznego źródła, mogła się zwrócić do Zamawiającego o wyjaśnienie, czego jednak nie uczyniła. Zamiast tego zaoferowała przedmiot, który nie spełniał wymagań SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zmienił swoje wymagania w zakresie pkt 5 pakietu 13 załącznika nr 2 do SIWZ, co narusza art. 7 ust. 1 pzp, gdyż Odwołujący działał w zaufaniu do postanowień SIWZ, od których Zamawiający odstąpił.

Pismem z 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 kwietnia 2015 r. przesłał faksem oraz drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

15 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej (pismo datowana na 14 kwietnia 2015 r.) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Agencję Naukowo-Techniczną „SYMICO” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec dokonania zgłoszenie 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.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

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. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, co prawda w formularzu asortymentowo-cenowym Przystępujący wpisał jedynie oznaczenie jednego rozmiaru szantu wieńcowego (OT-1500), jednakże na podstawie str. 37 oferty zamawiający stwierdził, że jest to przykładowy szant wieńcowy, a informacja zawarta w ostatnim wersie na tej stronie wskazuje na zaoferowanie oczekiwanego zakresu szantów wieńcowych – *rozmiary 1,0 – 3,0 mm (co 0,25 mm)*.

Z kolei w poz.5 tego formularza zostało zaoferowane urządzenie zawierające regulator i zbiornik, co było wymagane przez zamawiającego. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił, że oczekuje zaoferowania urządzenia służącego do podłączenia do szpitalnej instalacji gazów medycznych. Według zamawiającego zarówno regulator podłączony do instalacji gazów medycznych na bloku operacyjnym, jak i regulator zawarty w przenośnej pompie próżniowej spełnia jego wymagania w tym z obu urządzeń może uzyskać

podciśnienie w zakresie, który jest mu potrzebny przy przeprowadzaniu tego typu operacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, 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 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:

W odwołaniu adekwatnie zacytowano postanowienia s.i.w.z. {wersja z 27 listopada 2014 r. po modyfikacjach} zamieszczone w załączniku nr 2 {uwaga na wstępie załącznika, pkt 4 i 5 oraz opis przedostatniej kolumny tabeli asortymentowej}, a także opisano sposób wypełnienia tego formularza przez Przystępującego dla pkt 4 i 5 w drugiej i przedostatniej kolumnie.

Oдноśnie s.i.w.z. uzupełniająco ustalono, że w rozdziale XI pkt 5.3 lit. b Zamawiający zażądał załączenia do oferty, jako jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych przez niego wymagań – szczegółowych informacji na temat oferowanego towaru (np. katalogi, prospekty, instrukcja obsługi) zawierające: nazwę sprzętu, nazwę producenta, opis parametrów technicznych oraz zdjęcia oferowanego towaru, potwierdzające spełnienie warunków granicznych określonych w załączniku nr 3 do SIWZ, ze wskazaniem, którego pakietu / pozycji dotyczą (w nawiasie znalazła się uwaga: *dotyczy pakietów 14, 15, 19, 20, 22, 24, 25 oraz 30*).

Parametry s.i.w.z. objęte zarzutami nie były przedmiotem pytań ze strony wykonawców.

Oдноśnie oferty złożonej przez Symico uzupełniająco ustalono, że:

- na str. 37 znajduje się dokument z logotypem Maquet Getinge Group, zawierający następującą treść: *Szant wieńcowy OF-1500* {po czym zamieszczono rysunek szantu z oznaczeniem średnicy 1.5, a pod nim wypunktowano trzy parametry:} {1} *kaniula mocowana za pomocą nici nieprzesuwalnej*, {2} *skośna główka – automatyczna kaniulacja*, {3} *rozmiary 1,0 – 3,0 mm (co 0,25mm)*;
- na str. 38 znajduje się dokument z logotypem Medela, zawierający następującą treść: *Regulator ciśnienia ssak Basic* {po czym zamieszczono rysunek urządzenia na kółkach z widocznym regulatorem i zbiornikiem, a pod nim wypunktowano dwa parametry:} {1} *wielokrotnego użytku* {2} *zawiera regulator oraz zbiornik przelewowy*.

Na skutek pisma Medtronic przesłanego po zapoznaniu się z ofertą Symico, które zawierało m.in. zarzuty podniesione później w odwołaniu, Zamawiający pismem z 9 marca 2015 r. wezwał Symico, w trybie art. 87 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień, które miały polegać na ustosunkowaniu się do tych zarzutów {pkt 3.II i 3.IV pisma}.

W zakreślonym terminie Agencja przesłała pismo z 12 marca 2015 r., w którym odnośnie tych zarzutów wyjaśniła, że:

- w poz. nr 4 pakietu 13 zaoferowała szanty spełniające wszystkie parametry – zgodnie z oryginalnym opisem przedmiotu zamówienia, i we wszystkich żądanych rozmiarach (czyli 1.0 - 3.0 co 0,25), a numer katalogowy „OF-1500” został zaoferowany jako dotyczący całej grupy produktów;
- załącza stronę katalogową z wyszczególnionymi numerami katalogowymi specyficznych rozmiarów (co 0,25) w zadanym zakresie {załączono kartę katalogową, która tym różni się od złożonej wraz z ofertą, że dopisano w niej numery katalogowe przyporządkowane do każdego z rozmiarów};
- oferta firmy Medela dla Agencji odnosiła się do produktu zgodnego z opisem Zamawiającego we wszystkich elementach żądanych w SIWZ, oferta zawiera także regulator ciśnienia ze zbiornikiem przelewowym;
- załącza oświadczenie firmy Medela potwierdzające spełnianie wymogów SIWZ {załączono oświadczenie złożone w Imieniu Medela Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w następującym brzmieniu: (...) *przedstawiona Państwu oferta na ssak Basic zawiera w swojej cenie także regulator ciśnienia wraz ze zbiornikiem przelewowym*.

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.

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 sprzętu z pkt 4 i 5 pakietu 13.

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.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz 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 przedmiotem 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 przy tym 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. Nie budzi przy tym wątpliwości, że 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 czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Jednakże 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. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie 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}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że 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}. Nie ulega również wątpliwości, że 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 postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 1a}

Izba zważyła, że Odwołujący z prawidłowo ustalonych okoliczności co do treści s.i.w.z i treści formularza asortymentowo-cenowego Symico wywiódł nieprawidłowy wniosek, że z oferty tej wynika zaoferowanie szantów wieńcowych marki Maquet wyłącznie w jednym rozmiarze – 1,5 mm, opierając się wyłącznie na wpisanym w formularzu nr katalogowym – OT-1500. Odwołujący co prawda nie pomija, ale bezpodstawnie bagatelizuje fakt, że w treści formularza Symico wpisało również wprost potwierdzenie zaoferowania szantów w zakresie rozmiarów wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący przemilczał ponadto, że na str. 37 znajduje się karta katalogowa, w której ponownie potwierdzono oferowanie szantów wieńcowych w pełnym zakresie rozmiarów. Z zestawienia tej karty i formularza wynika co najwyżej, że dla pełnego zakresu oferowanych rozmiarów szantów został przypisany jeden nr katalogowy.

Odwołujący nie zadał sobie również trudu zapoznania się z dokumentacją dotyczącą

przebiegu badania oferty Symico, choć sam niejako zainicjował zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienia, zgłaszając swoje zastrzeżenia do oferty konkurenta. Tymczasem w złożonych wyjaśnieniach Agencja potwierdziła ponownie, że oferuje pełny zakres szantów. Jednocześnie okazało się, że wskazany w ofercie nr katalogowy ma charakter przykładowy obrazujący system oznaczeń stosowanych przez producenta. Wymienienie wszystkich nr katalogowych objaśniło stosowany przez producenta system oznaczeń dla poszczególnych rozmiarów, który można by zapisać jako „OT-xxx”, gdzie „xxx” odnosi się do poszczególnych rozmiarów. Izba zważyła, że w podobny, choć niewątpliwie doskonalszy sposób, bo nie wymagający żadnych wyjaśnień, postąpił Odwołujący, który również w formularzu podał przykładowe liczbowe oznaczenie katalogowe „31xxx”, a dopiero na podstawie karty katalogowej można było zidentyfikować, że za ciągiem znaków „xxx” kryje się rozmiar w zakresie od 1,00 mm do 3,00 mm.

Zbędne były zatem zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie liczne wnioski dowodowe na okoliczność stosowanego przez producenta Maquet systemu oznaczeń poszczególnych rozmiarów szantu typu OT, gdyż w świetle powyższych wyjaśnień nie była to okoliczność sporna. Natomiast żaden z tych zgłoszonych dowodów {katalog produktów marki Maquet, wyciąg z dokumentacji innego postępowania} z oczywistych względów nie stanowi dowodu potwierdzającego, że w tym postępowaniu Agencja nie zaoferowała szantu we wszystkich wymaganych rozmiarach. Z kolei nawet Odwołujący nigdy nie twierdził, że szant wieńcowy marki Maquet typu OT nie występuje we wszystkich wymaganych rozmiarach.

W istocie zatem zarzut zawarty w odwołaniu oparty jest nie na interpretowaniu oświadczenia woli Przystępującego na podstawie całokształtu okoliczności towarzyszących jego złożeniu, a na skrajnie formalnej interpretacji wybiórczo potraktowanych i instrumentalnie zinterpretowanych okoliczności. Jedyną płaszczyzną, na której zarzut ma jakiś realny punkt zaczepienia to opis kolumny literalnie wymagający podania producenta, nazwy handlowej i nr katalogowego produktu. Warto jednak zauważyć, że wg literalnego opisu zawartego w kolumnie „Nazwa asortymentu towaru” tabeli cenowej i kolumnie „Warunki konieczne (wymagane – nie spełnienie któregośkolwiek warunku spowoduje odrzucenie oferty)” tabeli asortymentowej w pkt 4 zamawianym produktem jest „szant wieńcowy”, który to produkt ma występować w określonym zakresie rozmiarów. Jak już powyżej wskazano, potwierdzenie spełniania tego warunku koniecznego od początku znajdowało się w treści oferty złożonej przez Symico. Ponieważ jest to jeden produkt, podanie przykładowego nr katalogowego formalnie czyniło zadość opisowi przedostatniej kolumny tabeli asortymentowej.

Na marginesie można zauważyć, że nawet przy skrajnie formalistycznym podejściu,

które sugeruje Odwołujący, odrzucenie oferty Przystępującego byłoby również nieuprawnione i przedwczesne, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu należałoby rozważyć, czy niewpisanie wszystkich nr katalogowych nie podlega poprawieniu w trybie tego przepisu jako omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., a niepowodująca istotnej zmiany treści tej oferty. Odwołujący zupełnie pominął tę kwestię, nie przedstawiając żadnych argumentów przemawiających przeciwko takiej możliwości, a zatem nie wykazał, że art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie mógłby znaleźć w tym przypadku zastosowania.

{rozstrzygnięcie zarzutu nr 1b}

Izba zważyła, że drugi zarzut opiera się nie tyle na okolicznościach faktycznych wynikających z treści s.i.w.z., a na założeniach poczynionych przez Odwołującego w związku z lakonicznym, acz jednocześnie pojemnym opisem zamieszczonym w pkt 5 tabeli cenowej i asortymentowej pakietu 13. Odwołujący założył, choć nie zostało to zapisane ani w jednym {*regulator ciśnienia wraz ze zbiornikiem przelewowym*}, ani w drugim miejscu {*regulator ciśnienia (typ europejski): wielokrotnego użytku, zawiera regulator oraz zbiornik przelewowy*}, że przedmiotem zamówienia jest urządzenie regulujące podciśnienie wytwarzane przez centralny system próżniowy szpitala, czyli urządzenie podłączane do takiej instalacji, która występuje w każdym szpitalu, gdyż jest niezbędna do prowadzenia operacji. Odwołujący spekuluje, że tak założyłby każdy wykonawca posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie procedur medycznych na sali operacyjnej w dużej jednostce medycznej. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie jakoby immanentną cechą regulatora ciśnienia opisanego w s.i.w.z. była współpraca z zewnętrznymi źródłami ciśnienia.

Z odwołania wynika natomiast, że funkcję regulacji podciśnienia na sali operacyjnej mogą również pełnić regulatory zawarte w ssakach chirurgicznych {a złożone na rozprawie: katalog i instrukcja obsługi potwierdzają szeroki zakres ich zastosowania}. Odwołujący potwierdza nawet, że oba rozwiązania mogą i są stosowane jednocześnie, zwłaszcza przy skomplikowanych operacjach. Co prawda odwołanie zawiera stwierdzenie, że funkcje i zastosowanie ssaka chirurgicznego są zupełnie inne, ale nie znajduje to żadnego rozwinięcia w dalszej części wyводу. Na rozprawie okazało się, że Odwołujący uznaje za funkcję sposób podłączenia do źródła podciśnienia, co jest w istocie jedynie cechą odróżniającą oba typy urządzeń, z których każde pełni funkcję regulacji podciśnienia i znajduje zastosowanie na sali operacyjnej.

Skoro nigdzie w s.i.w.z. nie zostało wyrażone oczekiwanie, aby urządzenie regulujące podciśnienie przy operacjach pomostów aortalno-wieńcowych było podłączane do centralnej instalacji próżni, Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że zaoferowany przez Symico ssak

chirurgiczny, zawierający regulator podciśnienia wytwarzanego przez własną pompę, nie spełnia oczekiwań Zamawiającego. Na rozprawie Zamawiający oświadczył wręcz, że urządzenie z wybranej oferty wręcz przewyższa jego oczekiwania, gdyż ma funkcje, których nie wymagał. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że według jego wiedzy regulacja podciśnienia z pompy ssaka chirurgicznego jest możliwa w takim zakresie, który jest wystarczający przy przeprowadzaniu powyżej opisanych operacji. Odwołujący temu nie zaprzeczył ani nie przedstawił dowodów wskazujących, że jest inaczej {a złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają szeroki zakres zastosowania ssaków chirurgicznych przy różnego typu operacjach}. W opisie zawartym w s.i.w.z. nie określono wymaganego zakresu regulacji, co zdaje się potwierdzać, że nie jest to cecha odróżniająca podciśnienie uzyskiwane z centralnej instalacji i ssaka chirurgicznego. Jedyne sprecyzowane przez Zamawiającego w s.i.w.z. wymagania w pkt 5 pakietu 13 sprowadzają się do tego, aby oferowane urządzenia zawierało regulator ciśnienia oraz zbiornik przelewowy oraz było wielokrotnego użytku. Oznacza to, że oczekiwał urządzenia, które zapewni mu regulację podciśnienia, a co będzie źródłem tego podciśnienia nie miało dla niego znaczenia.

W takim wyłącznie sensie, a nie w rozumieniu art. 2 pkt 7 pzp, dopuszczony został dla wspomaganie wykonywania operacji zarówno wariant regulacji podciśnienia z centralnej instalacji próżni, co zaoferował Odwołujący, jak i wariant regulacji podciśnienia z ssaka chirurgicznego, co zaoferował Przystępujący. Należy przy tym zauważyć, że wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, to Odwołujący na tym skorzystał, gdyż zaoferował rozwiązanie tańsze, co obniżyło cenę jego oferty i uczyniło ją bardziej konkurencyjną. Jednocześnie oczywiste jest, że Odwołujący nie był zainteresowany, aby na skutek ewentualnych wyjaśnień taka możliwość została wyłączona, stąd nie dążył do doprecyzowania lakonicznego opisu zawartego w pkt 5 załącznika nr 2 do s.i.w.z. dla pakietu 13, aby móc się w razie czego powołać, że działał w zaufaniu do postanowień s.i.w.z.

Zgłoszone dowody {w postaci katalogu informacyjnego regulatora próżni producenta Drager i instrukcji stosowania regulatora próżni producenta Ohio, graficzne wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce google dla hasła „regulator próżni” i hasła „ssak chirurgiczny”} niczego nie wnoszą do sprawy, gdyż nie było sporne, że oba rozwiązania różnią się od siebie wyglądem {co już wynikało z kart katalogowych załączonych do ofert}, a także źródłem podciśnienia, które regulują.

Z kolei złożona na rozprawie w całości instrukcja obsługi ssaka Medela Basic, a także katalog systemów ssących producenta Medela, potwierdza tezę przeciwną niż zgłoszona przez Odwołującego {jakoby urządzenie to służyło wyłącznie wytwarzaniu podciśnienia, a nie do jego regulacji}. Wynika to już z fragmentu instrukcji zaznaczonego przez Odwołującego: *Ssak Basic jest przeznaczony do wytwarzania stałego podciśnienia w zakresie od 0 do -90*

*kPa* {pkt 3 na str. 200}, a także z pkt 7.3 *Zmiana ustawienia podciśnienia*, gdzie w pkt 1.2 napisano: *Za pomocą pokrętła regulatora wybierz prawidłowe podciśnienie odpowiednie do konkretnego zastosowania*. Z kolei na s. 6 katalogu wskazano m.in. następującą cechę ssaka Basic: *Bardzo precyzyjny membranowy regulator podciśnienia*, który (nawiasem mówiąc) widać na każdym zdjęciu.

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 przez nazwanie oferowanego ssaka chirurgicznego regulatorem ciśnienia, gdyż Zamawiający miał wszelkie dane {karta katalogowa ze zdjęciem} 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 charakter niesamoistny, gdyż są pochodną zarzutu podstawowego, muszą zostać uznane za oczywiście niezasadne.

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:** .....