

Warszawa, dnia 20 stycznia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Wielospecjalistyczny Szpital Miejski
im. J. Strusia z
Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym
Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań
fax 61 874 02 07
e-mail: zamowienia@szpital-strusia.poznan.pl

Odwołujący:

Skamex Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością Spółka Komandytowa
ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź
fax 042 677-14-19; 042 672-40-10
email: dzp11@skamex.com.pl;
dzp35@skamex.com.pl

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. dalej „p.z.p” lub „ustawa”) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę sterylnego sprzętu medycznego dla anestezjologii Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. J. Strusia w Poznaniu”* (znak.: WSM/DZP/381/9569/N/2019), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

w zakresie pakietu nr. 6

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy – poprzez wybór oferty, złożonej przez SINMED Sp. z o.o. Graniczna 32B 44-178 Przyszowice (dalej „SINMED”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy – poprzez nieodrzućenie ofert złożonych przez SINMED oraz Teleflex Polska, ul. Żwirki i Wigury 16A, 02-092 Warszawa (dalej „Teleflex”), mimo iż treści ofert nie opowiada treści SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie pakietu nr. 7

- 4) art. 91 ust. 1 ustawy – poprzez wybór oferty, złożonej przez AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego, ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk (dalej „AKSIS”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy – poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez AKSIS, mimo iż treści ofert nie opowiada treści SIWZ,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,**
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 6 i 7,**
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert, w wyniku której oferty złożone przez SINMED, Teleflex oraz AKSIS zostaną odrzućone, ponieważ nie spełniają wymagań SIWZ;**
w efekcie czego
- 4) uznanie, że, najkorzystniejszą ofertę w pakietach 6 i 7 złożył Odwołujący.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przesłane w dniu 26 września 2019 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 189-459027. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania) Odwołujący powziął w dniu 10 stycznia 2020 r. drogą mailową. Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy został dotrzymany.

UZASADNIENIE

- I. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą (W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): *Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Bezzasadnie uznał oferty złożone przez Wykonawców: SINMED, Teleflex oraz AKSIS spełniając wszystkie wymagania postanowienia przez niego w SIWZ, a co za tym idzie dokonał wyboru oferty złożonej przez (odpowiednio w pakiecie 6 i 7) SINMED i AKSIS. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy (bezpodstawne przyjęcie ofert, które nie spełniają wymagań SIWZ) naraża Odwołującego na*

możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: *W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, www.uzp.gov.pl). Z kolei w wyroku z 11 lipca 2018 r. (KIO 1275/18) Izba wskazała, że: *„Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.”*

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

- II.** Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa sterylnego sprzętu medycznego dla anesteziologii Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. J. Strusia w Poznaniu”* (znak.: WSM/DZP/381/9569/N/2019).

Zgodnie z SIWZ:

Przedmiotem zamówienia są wyroby medyczne wysokiej jakości, spełniające wszystkie wymagane warunki podane w opisie przedmiotu zamówienia na załączonym formularzu ofertowym oraz w pełni spełniające wszystkie wymagania funkcjonalne, właściwe dla tych wyrobów, zgodnie z ich przeznaczeniem.

(...)

Pakiet 6 – ŁYŻKA DO LARYNGOSKOPU

Pakiet 7 – RURKI TRACHEOTOMIJNE I INTUBACYJNE ZBROJONE I DO KRÓTKOTRWĄLYCH INTUBACJI Z AKCESORIAMI

Jednocześnie zgodnie z formularzem ofertowym, pakiety 6 i 7 zostały opisane jak poniżej:

PAKIET 6 – ŁYŻKA DO LARYNGOSKOPU	
1.	Łyżka do laryngoskopu, światłowodowa, jednorazowa typu McIntosh. Nieodkształcająca się łyżka, wykonana z niemagnetycznego, lekkiego stopu metalu, kompatybilna z rękojeściami w standardzie ISO 7373 (tzw. Zielona specyfikacja). Profil łyżki identyczny z profilem łyżek wielorazowego użytku. Mocowanie światłowodu zatopione w tworzywie sztucznym, koloru zielonego, ułatwiającym identyfikację ze standardami ISO 7376. Wytrzymały zatrzask kulkowy, zapewniający trwałe mocowanie w rękojeści. Światłowód wykonany z polerowanego tworzywa sztucznego, dający mocne skupione światło. Światłowód nieosłonięty, doświetlający wnętrze jamy ustnej i gardło. Wyraźne oznakowanie rozmiaru łyżki, symbole CE, numer seryjny i symbol „nie do powtórnego użycia” (przekreślona cyfra 2) naniesione po stronie wyprowadzenia światłowodu. Pakowane : folia – folia nr 3 i 4
PAKIET 7 - RURKI TRACHEOSTOMIJNE I INTUBACYJNE ZBROJONE I DO KRÓTKOTRWĄLYCH INTUBACJI Z AKCESORIAMI	
1.	Rurka ustno-gardłowa Guedel; jednorazowa, czysta biologicznie, wykonana z medycznego PCV, kodowana kolorystycznie, rozmiar nr 2 i 3 . Rozmiary zamawiane wg potrzeb.
2.	Układ oddechowy dwururowy karbowany, do aparatu do znieczulenia, średnica rur 22 mm, rury wykonane z polipropylenu, rozciągliwe w zakresie od 0,6m do 1,8 m, kolanko z portem kapno, dodatkowa rura rozciągliwa od 0,5m do 1,5 m, bezlateksowy worek 2 l, konektor rury 22M/22M. Rura worka, worek i konektor nie połączone. Jednorazowy, bez ftalanów, opakowanie foliowe.
3.	Układ oddechowy jednorurowy, dwuświatłowy z pionową membraną zapewniającą wymianę termiczną, o śr 22 mm i długości 2,7 m, z kolankiem z portem kapno, do aparatu do znieczulenia, z dodatkową rurą długości 1,5 m z 2 l workiem bezlateksowym, opór wdechowy 0,18cm H ₂ O i wydechowy 0,22 cm H ₂ O przy przepływie 10 l/min. Rura wydechowa do podłączenia do aparatu 40 cm. Jednorazowy, mikrobiologicznie czysty, bez DEHP, opakowanie foliowe.

Jednocześnie, na etapie prowadzonego postępowania, Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania:

Pytanie 6 dotyczy Pakietu 6 poz. 1

Czy Zamawiający dopuści łyżkę do laryngoskopu pakowaną: folia-papier, pozostałe parametry zgodne z SIWZ.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga.

(...)

Pytanie 10 dotyczy Pakietu 7

Prosimy o wyłączenie z pakietu pozycji od 1-4, pozwoli to zaproponować konkurencyjną ofertę

Odpowiedź:

Zamawiający wydziela pozycję 1-4 z Pakietu 7.

Pytanie 24 dotyczy Pakietu 7 poz. 3

Czy Zamawiający dopuści układ oddechowy jednorurowy, typu „rura w rurze” zapewniającą wymianę termiczną, i śr. 22 mm i długości 2.8m, z kolankiem z portem kapno, dodatkowa rura do worka o długości 1.8m z workiem 2 l bezlateksowym. wydajność ogrzewania 4.5 stopni C przy przepływie 10 l/min, oporach wdechowych i wydechowych max. 0.09 xm H₂O przy przepływie 10 l/min, rurą wydechową rozciągalną do 0.5 m, jednorazowy, bez DEHP z elastycznym złączami, opakowanie foliowe?

Odpowiedź:
Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga.

(...)

Pytanie 33 dotyczy Pakietu 6

Prosimy o dopuszczenie łyżek wykonanych z tworzywa sztucznego.

Prosimy o odstąpienie od naniesienia numeru seryjnego bezpośrednio na łyżkę, gdy taka informacja znajduje się na opakowaniu

Prosimy o dopuszczenie mocowania światłowodu w tworzywie koloru białego

Odpowiedź:

Nie określamy miejsca oznaczenia „nie do powtórzonego użycia”, dopuszczamy pakowanie folia-folia, folia-papier, luźka do laryngoskopu metalowa.

Pytanie 53 dotyczy Pakietu 6 poz. 1

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie do postępowania przetargowego jednorazowych plastikowych łyżek do laryngoskopów typu Macintosh 6oz. 3 i 4 z wysoką transmisją światła zapewniającą doskonały przesył światła do końcówki łopatkki oraz z mocowaniem do rękojeści za pomocą mechanizmu zatraskowego z dwoma plastikowymi trzpieniami zapewniającymi trwałe mocowanie do rękojeści. Łyżki są kompatybilne z zielonymi rękojeściami ISO 7376-3. Powierzchnia łyżki jest gładka z wykończeniem matowym. Produkt wykonany jest z plastiku ABS o wysokiej wytrzymałości. Opakowanie folia-papier.

Odpowiedź:

Łyżka do laryngoskopu metalowa.

Pytanie 59 dotyczy Pakietu 6 poz. 1

Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie łyżki do laryngoskopu z umiejscowieniem symbolu „jednorazowego użytku” (przekreślona cyfra 2) na części plastikowej/mocowaniu łyżki, naniesione po przeciwnej stronie wyprowadzenia światłowodu. Pozostałe parametry bez zmian.

Odpowiedź:

Zamawiający rezygnuje z określenia miejsca oznakowania „nie do powtórzonego użycia”

III. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać że dla każdego z potencjalnych wykonawców, opis przedmiotu zamówienia, był opisem jasnym i zrozumiałym. Powyższe potwierdza fakt, że w prowadzonym postępowaniu, zostały złożone oferty, a więc żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie, jak również to, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej na tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia.

Powyższe, potwierdza ujednolicona linia orzecznicza: **W odniesieniu do wskazanych odpowiedzi, jak i pozostałych, wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń, w szczególności nie użyto środków ochrony prawnej. Można, zatem założyć, że były one, zwłaszcza dla profesjonalnych wykonawców, zrozumiałe.** (wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. KIO 1435/17).

Mimo jednak, iż opis przedmiotu zamówienia, był przedmiotem niebudzącym wątpliwości, wykonawcy SINMED, Teleflex oraz AKSIS złożyli oferty na przedmiot zamówienia

nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający z kolei, mimo iż powinien te oferty odrzucić, nie zrobił tego, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania.

1) W zakresie części nr. 6

Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, oczekiwał zaoferowania w zakresie pakietu nr. 6 łyżki, do laryngoskopu o następujących parametrach jak poniżej:

Łyżka do laryngoskopu, światłowodowa, jednorazowa typu McIntosh. Nieodkształcająca się łyżka, wykonana z niemagnetycznego, lekkiego stopu metalu, kompatybilna z rękojeściami w standardzie ISO 7373 (tzw. Zielona specyfikacja). Profil łyżki identyczny z profilem łyżek wielorazowego użytku. Mocowanie światłowodu zatopione w tworzywie sztucznym, koloru zielonego, ułatwiającym identyfikację ze standardami ISO 7376. Wytrzymały zatrząsk kulkowy, zapewniający trwałe mocowanie w rękojeści. Światłowód wykonany z polerowanego tworzywa sztucznego, dający mocne skupione światło. Światłowód nieosłonięty, doświetlający wnętrze jamy ustnej i gardło. Wyraźne oznakowanie rozmiaru łyżki, symbole CE, numer seryjny i symbol „nie do powtórnego użycia” (przekreślona cyfra 2) naniesione po stronie wyprowadzenia światłowodu. Pakowane : folia – folia nr 3 i 4

SINMED, zgodnie z treścią formularza cenowego, zaoferowała w zakresie pakietu 6 łyżkę do laryngoskopu światłowodową j.u. typ Macintosh producenta Long Life, natomiast Teleflex zaoferowała łyżkę jednorazową do laryngoskopu GreenLite nr kat 004551003, 004551004 Teleflex Medical. Obie Firmy nie spełniają wymagań Zamawiającego i zapisów SIWZ. Z ogólnodostępnych informacji wynika, iż zaoferowane produkty posiadają światłowód osłonięty niepozwalający całkowicie doświetlić wnętrze jamy ustnej i gardło, a nie jak oczekiwał Zamawiający światłowódów nieosłonięty.

Na etapie zadawania pytań nie było prośby o dopuszczenie takiego rozwiązania, zatem obie oferty winny zostać odrzucone, jako niespełniające wymagań SIWZ.

Oferta musi odpowiadać treści SIWZ. Podkreśla to ugruntowane orzecznictwo KIO:

„W treści art. 82 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu „musi odpowiadać”, co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia istnieć powinna tożsamość merytoryczna - funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny wskazać należy, iż zgodnie z ujętym w jej treści nakazem, skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do

wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Treść oferty nie może również ograniczać się do możliwości stwierdzenia braku sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ale również musi być na tyle pojemna aby wykazać jej bezpośrednią zgodność z jej treścią.” (KIO 2845/12).

Z kolei w wyroku z 21 listopada 2013 r. (KIO 2595/13) Izba wskazała, że „Ocena spełnienia ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań przedmiotowych dokonywana musi być zgodnie z literalnym brzmieniem określonych w SIWZ wymagań, wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja wymagań co do przedmiotu zamówienia. (...) Zaznaczyć należy, że ocenie nie podlegają intencje, do których odwoływał się Odwołujący lecz faktycznie podane informacje.”

2) W zakresie części nr. 7

Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, oczekiwał zaoferowania w zakresie pakietu 7 pozycja 3 układu oddechowego o następujących parametrach:

Układ oddechowy jednorurowy , dwuświatłowy z pionową membraną zapewniającą wymianę termiczną, o śr 22 mm i długości 2,7 m, z kolankiem z portem kapno, do aparatu do znieczulenia, z dodatkową rurą długości 1,5 m z 2 l workiem bezlateksowym, opór wdechowy 0,18cm H₂O i wydechowy 0,22 cm H₂O przy przepływie 10 l/min. Rura wydechowa do podłączenia do aparatu 40 cm. Jednorazowy , mikrobiologicznie czysty, bez DEPH, opakowanie foliowe.

Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuściła produkt o następujących parametrach:

Czy Zamawiający dopuści układ oddechowy jednorurowy, typu „rura w rurze” zapewniającą wymianę termiczną, i śr. 22 mm i długości 2.8m, z kolankiem z portem kapno, dodatkowa rura do worka o długości 1.8m z workiem 2 l bezlateksowym. wydajność ogrzewania 4.5 stopni C przy przepływie 10 l/min, oporach wdechowych i wydechowych max. 0.09 xm H₂O przy przepływie 10 l/min, rurą wydechową rozciągalną do 0.5 m, jednorazowy, bez DEHP z elastycznym złączami, opakowanie foliowe?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga.

AKSIS w pakiecie 7 pozycja 3 zaoferował układ oddechowy, którego Producentem jest Rvent Medikal.

Wykonawca dopuścił układ o oporach wdechowych i wydechowych max. 0.09 cm H₂O przy przepływie 10 l/min¹.

Zgodnie z zasadami fizyki, które mówią, że opór rośnie wraz z powierzchnią styku niemożliwe jest, żeby przy dwukrotnie większej powierzchni styku powietrza ze ścianą rury obwody Rvent Medikal zaoferowane w poz. 3 pakietu 7 miały prawie o połowę mniejsze opory, a tak wynika z dopuszczeń firmy Aksis.

Wobec powyższego zaoferowany produkt nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ oraz w odpowiedziach na pytania.

Oferta musi odpowiadać treści SIWZ. Podkreśla to ugruntowane orzecznictwo KIO:

„W treści art. 82 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu „musi odpowiadać”, co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia istnieć powinna tożsamość merytoryczno - funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny wskazać należy, iż zgodnie z ujętym w jej treści nakazem, skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Treść oferty nie może również ograniczać się do możliwości stwierdzenia braku sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ale również musi być na tyle pojemna aby wykazać jej bezpośrednią zgodność z jej treścią.” (KIO 2845/12).

Z kolei w wyroku z 21 listopada 2013 r. (KIO 2595/13) Izba wskazała, że *„Ocena spełnienia ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań przedmiotowych dokonywana musi być zgodnie z literalnym brzmieniem określonych w SIWZ wymagań, wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja wymagań co do przedmiotu zamówienia. (...) Zaznaczyć należy, że ocenie nie podlegają intencje, do których odwoływał się Odwołujący lecz faktycznie podane informacje.”*

¹ Zgodnie z SIWZ: Układ oddechowy jednorurowy, dwuświatłowy z pionową membraną zapewniającą wymianę termiczną, o śr 22 mm i długości 2,7 m, z kolankiem z portem kapno, do aparatu do znieczulenia, z dodatkową rurą długości 1,5 m z 2 l workiem bezlateksowym, opór wdechowy 0,18cm H₂O i wydechowy 0,22 cm H₂O przy przepływie 10 l/min. Rura wydechowa do podłączenia do aparatu 40 cm. Jednorurowy, mikrobiologicznie czysty, bez DEPH, opakowanie foliowe.

IV. Wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejsza w myśl przepisów ustawy, jest krzywdząca i niesprawiedliwa. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ.. *„Ogólnie wskazać tu należy, dzieląc w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie, z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Literalne i ścisłe egzekwowanie postanowień s.i.w.z. jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”* (Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2018 r. KIO 1713/15).

Mając powyższe na uwadze warto przypomnieć, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ustawy: *„Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.”* (KIO

693/14, KIO 694/14). Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie

Nie sposób jednocześnie nie wskazać, że Odwołujący jest wykonawcą o ugruntowanej pozycji na rynku i nie ma obaw, o zaoferowaną, jakość dostarczanego przez niego asortymentu, który w pełni odpowiadał będzie wymaganiom Zamawiającego.

V. Odnosząc się, więc do zaoferowanych przez SINMED, Teleflex oraz AKSIS asortymentów, należy wskazać, że, treść (merytoryczna) ofert nie odpowiada treści SIWZ, co z kolei obliguje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Należy, bowiem z całą mocą podkreślić, iż Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, co, do której zaistniały przesłanki do odrzucenia. Zgodne jest w tym zakresie stanowisko doktryny, można tu wskazać przykładowo:

- 1) *„W art. 89 określony został zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie chociażby jednej z wymienionych w przepisie przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający nie może odstąpić od odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności; nie może też odrzucić oferty z innych powodów niż podane w art. 89.”* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2019, wyd. 15, LEGALIS),
- 2) *„Katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty, co oznacza, że podstawą prawną tej czynności nie może być inna okoliczność niż wymieniona w art. 89 ust. 1 PrZamPubl. Z drugiej strony, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z omawianych okoliczności zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia danej oferty. W przeciwnym bowiem razie dopuści się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 PrZamPubl, co może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.”* (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2014, wyd. 4, LEGALIS).

Potwierdza to również orzecznictwo KIO:

- 1) *"Zaistnienie podstawy odrzucenia oferty skutkuje koniecznością jej odrzucenia, niezależnie od tego, czy oferta ta była najkorzystniejsza z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, gdyż wyboru pod tym względem należy według ustawy pzp dokonywać spośród ofert niepodlegających odrzuceniu." (KIO 3019/13),*

- 2) *"Nakaz zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy."* (KIO 687/14).

Orzecznictwo bardzo szeroko omawia również problematykę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ:

- 1) *„Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Stwierdzona niezgodność jest na tyle oczywista, że przyjęcie uprzednich wyjaśnień, lub dalsze wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłyby jedynie do niedozwolonego dookreślenia treści oferty - po upływie terminu jej złożenia, tj. podana konkretnego modelu kotła, którego pierwotnie nie zaoferowano, a więc zmiany oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert, lub prowadzenia negocjacji, czego wymieniony przepis nie dozwala.”* (KIO 2082/17);
- 2) *„Niezdgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.”* (KIO 734/14);

VI. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są, więc zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców.

W tym miejscu pragniemy przywołać obowiązujące orzecznictwo:

- 1) *Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś w myśl ust. 3 zamówienia udziela*

się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca określił takie dopuszczalne zmiany w ofertach wykonawców tak przez wprowadzenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy jak i art. 87 ust. 1 i 2 ustawy. Wykonawcy zatem składając oferty w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie realizował swoje obowiązki ustawowe. Realizacja tych obowiązków jest bowiem wyrazem przejrzystości postępowania, a więc przekłada się na konkurencyjność postępowania. Tym samym jeśli zamawiający uchyla się od ciążącego na nim obowiązku poprawy oferty z art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy, to w ocenie Izby narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Konsekwencją tego naruszenia był także nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy. (Wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r. KIO 773/16)

- 2) Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22

kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). (wyrok KIO z 9 stycznia 2018 r. KIO 2702/17)

VII. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że oferty złożone przez SINMED, Teleflex oraz AKSIS winny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp. Warto również podkreślić, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner Apelski Dariusz v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

VIII. Należy również podkreślić, że Odwołujący niejako został zmuszony przez Zamawiającego do złożenia przedmiotowego odwołania, ponieważ wskazywał w wiadomości przesłanej Zamawiającemu w dniu 16.01.2020 na rozbieżność pomiędzy ofertami złożonymi przez SINMED, Teleflex oraz AKSIS a wymaganiami Zamawiającego.

Dowód: wiadomość wysłana do Zamawiającego z dnia 16.01.2020.

Mimo iż Odwołujący poinformował Zamawiającego o pojawiających się wątpliwościach w zakresie ofert złożonych przez SINMED, Teleflex oraz AKSIS, Zamawiający nie zareagował. Jeżeli uczestnicy postępowania informują Zamawiającego o rozbieżnościach pomiędzy złożoną ofertą, a wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, ma on obowiązek zareagować. W przedmiotowej sytuacji, Zamawiający pominął zupełnie pismo Odwołującego dotyczące niezgodności oferty z treścią SIWZ i dokonał zarówno oceny jak i wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie wskazanych w odwołaniu pakietów), która jednak ofertą najkorzystniejszą nie jest, ponieważ nie spełnia postawionych wymagań.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) wydruk z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego;