

Sygn. akt: KIO 2245/15

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2015 roku przez wykonawcę Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Złotkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Medicom Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Złotkowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Złotkowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Złotkowie na rzecz Zamawiającego „Nowy Szpital Wojewódzki” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 5 068,72 zł (słownie: pięć tysięcy sześćdziesiąt osiem złotych, siedemdziesiąt dwa grosze) poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz stanowiące koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa urządzeń do elektrochirurgii przeznaczonych na blok operacyjny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2014 roku pod numerem 2014/S 189-333262.

16 października 2015 roku działając na podstawie art. 179 ust.1 w związku z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla Części I, zaniechania czynności uwzględnienia w zakresie kryterium nr 2 („Parametry techniczne i eksploatacyjne” pozycja 21 dla Części I), właściwości technicznych dla zaoferowanego przedmiotu zamówienia oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty Medicom Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: „Medicom” lub „Spółka Medicom”) dla części I, a także od czynności przyznania ofercie Medicom w zakresie oceny pozycji 21 powołanego Załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dodatkowych punktów pomimo braku posiadania tej funkcjonalności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Medicom Sp. z o.o. dla Części I, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy,
- zaniechanie przez Zamawiającego obiektywnego oraz zgodnego z SIWZ badania i oceny oferty Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Złotkowie w zakresie kryteriów oraz zasad określonych w ogłoszeniu i SIWZ a w szczególności w zakresie pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ „Parametrów technicznych i eksploatacyjnych”, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy,
- zaniechanie czynności odrzucenia oferty Medicom ze względu na niespełnienie wymagań minimalnych określonych w SIWZ a w szczególności w zakresie pozycji 21 Załącznika nr 6a do SIWZ dla Części I, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy,
- dokonanie czynności oceny oferty Medicom Sp. z o.o. dla Części I w zakresie

kryterium oceny ofert określonej w pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ „Parametry techniczne i eksploatacyjne”, przez brak obiektywnej oceny oferowanej w tej pozycji funkcjonalności,

- zaniechanie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Bowa International Sp. z o.o. Sp. k. dla Części I,
- nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas oceny złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy dla Części I.

Odwołujący wniosk o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Medicom Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze dla Części I,
- nakazanie powtórnej oceny oferty oraz dokumentów złożonych wraz ofertą przez Bowa International Sp. z o.o. z siedzibą w Złotkowie, dla Części I w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ „Parametry techniczne i eksploatacyjne” z ewentualnym wyjaśnieniem treści złożonej oferty,
- nakazanie odrzucenia oferty Medicom Sp. z o.o. dla Części I ze względu na niespełnienie minimalnego wymagania określonego w poz. 21 Załącznika nr 6 do SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustaw lub obniżenie wielkości punktów przyznanych dla Medicom Sp. z o.o. dla Części I w zakresie kryterium oceny ofert określonych w pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ „Parametry techniczne i eksploatacyjne”,
- nakazanie powtórnego badania i oceny oferty Odwołującego dla Części I z uwzględnieniem podniesionych zarzutów,
- nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej dla Części I,
- obciążenie Zamawiającego kosztami Postępowania Odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący w zakresie wykazania posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która powinna zostać uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą uwzględniając kryteria oceny ofert dla tegoż postępowania. W wyniku

niezgodnego z prawem działania i zaniechania Zamawiającego, polegającego na zaniechaniu uwzględnienia w zakresie kryterium „Parametry techniczne i eksploatacyjne” pozycja 21 i 29 parametrów oferowanych przez Odwołującego urządzeń oraz zaniechania odrzucenia oferty Medicom dla Części I, Odwołujący został pozbawiony szans uzyskania przedmiotowego zamówienia i może ponieść wymierną finansową szkodę. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert w przypadku właściwej oceny w zakresie właściwości dotyczącej pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa, a umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady Postępowania. Zgodnie, bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07 *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwoty określonej w art. 11 ust. 8 ustawy, pod nazwą: „Dostawa urządzeń do elektrochirurgii przeznaczonych na blok operacyjny.” (znak sprawy: ZP/PN/38/2014) z podziałem na V Części.

Przedmiotem zamówienia dla Części I jest dostawa, instalacja i uruchomienie Aparatów elektrochirurgicznych wraz z przeprowadzeniem szkoleń.

I.

W treści SWIZ (Rozdział 18), Zamawiający określił wagę poszczególnych kryteriów oceny ofert, odpowiednio: cena - 70%, parametry techniczne i eksploatacyjne - 20% oraz okres gwarancji - 10%. W zakresie wagi kryterium „Parametry techniczne i eksploatacyjne”, Zamawiający wymienił jako składowe tej wagi parametry techniczne, które dla oferowanego przedmiotu zamówienia będą poddane szczegółowej ocenie. Parametry techniczne poddawane ocenie zostały wymienione w Załączniku nr 6 do SIWZ. Sposób oceny poszczególnych oferowanych parametrów technicznych wymienionych w Załączniku nr 6 do SWIZ został zawarty w Rozdziale 18 ust. 2 lit. a SWIZ, przez regulację stanowiącą: *„...w zakresie przedmiotowego kryterium ocenie będą podlegać te parametry wskazane w Załączniku nr 6 do siwz („parametry techniczne i eksploatacyjne - Aparat*

elektrochirurgiczny"), co do których Zamawiający sformułował „zasady punktacji” (vide: kolumna nr 6 przedmiotowego załącznika". Każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie i składający ofertę był zobowiązany wypełnić powołany Załącznik nr 6 do SIWZ, wskazując w kolumnie nr 6 parametry dla oferowanego przedmiotu zamówienia, składając również wraz z ofertą na potwierdzenie tych parametrów dokumenty określone w Rozdziale 8 ust. A pkt. 1 ppkt. 1 i 2 siwz, tj. „1) opis parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych Aparatów elektrochirurgicznych - sporządzony na podstawie parametrów i informacji zawartych w załączniku nr 6 do SIWZ. 2) materiały informacyjne producenta (np. prospekty, foldery, katalogi, instrukcje) lub oświadczenie producenta - w celu potwierdzenia wszystkich zadeklarowanych parametrów Aparatów elektrochirurgicznych, zawartych w opisie sporządzonym na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ."

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ dla Części I, pozycja 21 określił, że przedmiotem oceny dla tej pozycji będzie funkcjonalność: „Możliwość elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą minimum 250[W]", z tym, że dla zaoferowanego aparatu o mocy od 250 [W] do 319 [W] oferta otrzyma 0 pkt., natomiast dla mocy od 320 [W] i więcej oferta otrzyma 5 pkt.

Odwołujący w dniu 8 października 2015 r. otrzymał od Zamawiającego dokument stanowiący o punktacji dla poszczególnych elementów kryteriów oceny ofert (w załączeniu) z którego wynika, że w zakresie powołanego kryterium dla pozycji 21 oferta Odwołującego otrzymała 0 pkt, jednak faktyczny powód obniżonej wartości punktów nie został jednoznacznie wskazany. Zamawiający na podstawie wypełnionego przez Odwołującego Załącznika nr 6 do SIWZ oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą dla pozycji 21 przyznał 0 pkt pomimo, że zaoferowany aparat elektrochirurgiczny o nazwie handlowej ARC 400, którego wytwórcą jest BOWA - electronic GmbH & Co. KG, dysponuje funkcjonalnością elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą 350 W. Według Odwołującego w zakresie powołanej pozycji (21) powinna być przyznana najwyższa ilość punktów tj. 5 pkt.

Odwołujący przyznaje, że w Załączniku nr 6 do SIWZ (kolumna 6) podał: „Możliwość elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą 250 [W] dla cięcia i 350 [W] dla koagulacji", co jednak nie powinno wpływać na obniżoną wielkość punktów, gdyż Zamawiający nie określił w sposobie oceny tej funkcjonalności, która wielkość mocy będzie

podlegać ocenie. Wynika to z faktu, że elektroresekcja bipolarna (TUR) w histerteroskopii to procedura stosowana w urologii i ginekologii w środowisku płynu (soli fizjologicznej) i składająca się zawsze z dwóch procesów. tj. cięcia i koagulacji. Procedura TUR to inaczej procedura przezcewkowa (ang. transurethral resection), stosowana w urologii do resekcji np. gruczołu krokowego (TUR-P), resekcji guzów pęcherza moczowego (TUR-BT) lub waporyzacji tkanek (TUR-N/AP), dla której niemożliwym jest zastosowanie tylko jednej funkcjonalności cięcia lub koagulacji. Te procesy zawsze występują łącznie. Zamawiający regulacjami SWIZ nie określił czy ocenie podda moc dla cięcia czy moc dla koagulacji, określił jedynie, że dla procedury elektroresekcji bipolarnej (TUR) minimum to 250 W a dodatkowe punkty zostaną przyznane w sytuacji, kiedy powołana funkcjonalność będzie realizowana na poziomie mocy powyżej 320 W, co według Odwołującego zaoferowany aparat wypełnia, dysponując mocą 350 W.

Zaoferowany przez Odwołującego aparat ARC 400, jest wyposażony w unikalny system elektroresekcji bipolarnej, który jest aktualnie najnowocześniejszym i najbardziej wydajnym tego typu system na świecie. System ten dla regulowanej ręcznie mocy koagulacji w zakresie od 0 do 350W, reguluje (dobiera) automatycznie moc cięcia na podstawie pomiaru oporności tkanki, gdzie przy rozpoczęciu cięcia moce dochodzą do około 800W, po czym stopniowo obniżają się w celu zachowania właściwego procesu elektroresekcji.

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono wykresy: resekcja bipolarna – cięcie, resekcja bipolarna – koagulacja.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w zakresie poz. 21 Załącznika nr 6 do SIWZ, dokonał samodzielnego wyboru parametru (wielkości mocy), który podlegał ocenie w sposób nieuprawniony, wywołując tym samym negatywny skutek dla Odwołującego z faktycznie niedookreślonego parametru podlegającego ocenie, nie dokonując chociażby czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty. Według Odwołującego Zamawiający winien co najmniej zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, w zakresie właściwości zaoferowanego aparatu dla elektroresekcji bipolarnej (TUR), tym bardziej, że kryterium jak i jego ocena dla pozycji 21, ze względu na brak jednoznaczności oraz precyzyjności spowodowała negatywne konsekwencje dla Odwołującego.

II.

Spółka Medicom wskazała w Załączniku nr 6 do SIWZ, że moc zaoferowanego aparatu dla elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii wynosi 350 W, natomiast złożone wraz z ofertą dokumenty (tabela pkt 31) wskazuje, że „Cięcie bipolarne TUR (resekcja), czyste, mieszane wynosi 350 W. Mając na względzie fakt, że proces elektroresekcji bipolarnej składa się zawsze z dwóch procesów cięcia i koagulacji i w dokumentach złożonych wraz z ofertą Spółka Medicom wskazała moc dla koagulacji bipolarnej TUR na poziomie maksymalnym 200W (tabela pkt 37), tym samym ocena w zakresie kryterium (poz. 21), nie powinna wynosić 5 pkt. lecz 0 pkt., gdyż nawet średnia arytmetyczna dwóch mocy wynosi 275 W.

Mając również na względzie treść dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Medicom Sp. z o.o., aparat zaoferowany przez Spółkę Medicom dysponuje cięciem bipolarnym TUR z mocą maks. 350W i koagulacją bipolarną TUR z mocą maks. 200W (tabela pkt 31 i 37), co szczególnie w zakresie drugiego parametru powoduje, że zaoferowany aparat nie spełnia wymagań minimalnych ustanowionych przez Zamawiającego na poziomie minimum 250W i stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w zakresie pozycji 21 Załącznika nr 6 do SWIZ, określił minimalne wymaganie odnoszące się do mocy elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii na poziomie 250 W. Mając na uwadze fakt, że jednym z elementów składowych elektroresekcji bipolarnej TUR w histeroskopii jest koagulacja bipolarna, stwierdzić należy, że moc koagulacji TUR na poziomie max. 200 W nie spełnia minimalnego wymagania Zamawiającego nakładając obowiązek odrzucenia oferty Medicom Sp. z o.o. na powołanej podstawie

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono tabelę: parametry prądów (karta katalogowa).

Odwołujący podniósł, że ustawa nie pozostawia żadnej wątpliwości w zakresie obligatoryjnej konieczności odrzucenia oferty, w przypadku, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Dodatkowo orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, które ukształtowało się w tym zakresie pod rządami ustawy nie pozostawia również żadnych wątpliwości, co do tego, że w takich jak ten przypadkach Zamawiający nie może dowolnie interpretować prawa i musi odrzucić każdą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy jeżeli wyczerpane zostały przesłanki do tej czynności, czyli przez jednoznaczne i nie

budzące wątpliwości podstawy faktyczne, które z całkowitą pewnością nie zachodzą w aktualnym stanie faktycznym. Zaistniała sytuacja daje prawo stwierdzić, że interes prawny Odwołującego został naruszony, gdyż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania dokumentów złożonych wraz z ofertą, które jednoznacznie wskazują na fakt, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zawarte w SWIZ. Bezsprzecznym pozostaje fakt, że: *„Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji. Może pojawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, a contrario nie jest nią np. błędne ponumerowanie stron a oferty zawierające inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i omyłki rachunkowe, co do ceny, których zamawiający poprawić nie może, wobec zakazu jakiegokolwiek zmiany w treści oferty podlegają odrzuceniu.”* (Prawo Zamówień Publicznych komentarz, pod red. J. Czajkowskiego, (...) str. 219, J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych (...) str. 219).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 października 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdził on na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes*

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Medicom Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 16 października 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 19 października 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – dokument prywatny – Opinia nt. resekcji bipolarnej w generatorze elektrochirurgicznym ARC 400 produkcji BOWA-electronic sporządzona przez dr n. med. W. D., 16 października 2015 roku (1 karta),
- dowód nr 2 – fragmenty wewnętrznego dokumentu producenta urządzenia firmy KLS Martin Group (w języku angielskim w raz z fragmentarycznymi tłumaczeniami)

- dowód nr 3 – *Przewodnik po urologii* wydany przez BOWA-Electronic GmbH (w języku angielskim w raz z fragmentarycznymi tłumaczeniami),
- dowód nr 4 – broszura marketingowa KLS Martin Group (w języku angielskim w raz z fragmentarycznymi tłumaczeniami),
- dowód nr 5 – instrukcja obsługi urządzenia Max Lum (w języku angielskim w raz z fragmentarycznymi tłumaczeniami) produkcji KLS Martin Group,
- dowód nr 6 – instrukcja obsługi urządzenia ARC 400.

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył pismo w sprawie z dnia 29 października 2015 roku.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo z dnia 28 października 2015 roku „Odpowiedź na odwołanie” wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała ustalenia faktyczne poczynione przez Odwołującego w treści uzasadnienia w zakresie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treści wskazywanych ofert za prawidłowe.

W zakresie złożonych przez Odwołującego w trakcie rozprawy dowodów Izba wyjaśnia, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz.964) § 19 ust. 3 *Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W*

uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Dowody: dowód nr 2 – fragmenty wewnętrznego dokumentu producenta urządzenia firmy KLS Martin Group, dowód nr 3 – *Przewodnik po urologii* wydany przez BOWA-Electronic GmbH, dowód nr 4 – broszura marketingowa KLS Martin Group oraz dowód nr 5 – instrukcja obsługi urządzenia Max Lum produkcji KLS Martin Group Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania jedynie w zakresie w jakim zostało złożone tłumaczenie dokumentów.

Odwołania dotyczy części I, którego przedmiotem jest dostawa, instalacja i uruchomienie Aparatów elektrochirurgicznych wraz z przeprowadzeniem szkoleń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym pod nazwą: „Dostawa urządzeń do elektrochirurgii przeznaczonych na blok operacyjny.”

W zakresie podnoszonych zarzutów dotyczących oceny zaofertowanego parametru
w pozycji 21 Załącznika nr 6 do SIWZ

Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ dla Części I, pozycja 21 wskazał: „Możliwość elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą minimum 250[W]” oraz określił parametry, które będzie oceniał: moc 250 [W] - 319 [W] - 0 pkt, moc 320 [W] i więcej - 5 pkt.

Oferta Odwołującego w cenie tego parametru otrzymała – 0 pkt; Odwołujący wskazał w formularzu: „Możliwość elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą 250 [W] dla cięcia i 350 [W] dla koagulacji”.

Oferta uczestnika postępowania odwoławczego w ocenie tego parametru otrzymała – 5 pkt; uczestnik postępowania odwoławczego wskazał: „Możliwość elektroresekcji bipolarnej (TUR) w histeroskopii z mocą 350 W”.

Izba zważyła:

Odwołujący argumentację przedstawioną w odwołaniu, jak również na rozprawie, oparł

na twierdzeniu, że elektroresekcja bipolarna (TUR) w histeroskopii składa się z dwóch procesów

„tj. cięcia i koagulacji”. Odwołujący wyjaśnił również w sposób jednoznaczny na rozprawie, że „cięcie ma swój prąd, a koagulacja ma swój prąd”, wskazując również, że są to dwa odrębne prądy w jednym procesie elektroresekcji.

W tym miejscu Izba zaznacza, że Odwołujący na rozprawie wskazał, że nie ma definicji legalnej pojęcia „resekcji bipolarnej w procesie TUR”. Tym samym niezbędne w ocenie Izby jest odniesienie się przy ocenie postawionych przez Odwołującego zarzutów do poszczególnych wskazywanych przez strony określeń, które pozwolą obiektywnie ocenić ukształtowane przez Zamawiającego w pozycji 21 załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) wymagania techniczne. Uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie zaznaczył, że resekcja bipolarna TUR polega na wycięciu nadmiaru tkanki przez wykorzystanie prądu elektrycznego wysokiej częstotliwości o wysokim napięciu.

Uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie argumentował, że w elektrochirurgii występują dwa główne tryby pracy: cięcie i koagulacja. Natomiast resekcja oznacza wycięcie / odcięcie, a na rozprawie podtrzymując stanowisko zaprezentowane w piśmie procesowym uszczegółowił, że „resekcja to cięcie, a nie koagulacja”. Izba zaznacza, że stanowiska reprezentowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego nie kwestionował Odwołujący w trakcie rozprawy.

Wskazać należy, że efekt cięcia powstaje w wyniku zmiany energii elektrycznej w ciepło o temperaturze powyżej 100 stopni C powodując odparowanie płynu zewnątrz i wewnątrzkomórkowego a błony komórkowe ulegają degradacji – takie mikrokomórkowe odparowanie powoduje powstanie cięcia elektrochirurgicznego z równoczesną koagulacją. Jak dalej wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego cechą cięcia elektrochirurgicznego jest precyzyjne rozdzielanie tkanki z równoczesną precyzyjną koagulacją. Uczestnik postępowania wskazał na rozprawie uszczegóławiając stanowisko zaprezentowane we wcześniej wymienionym już piśmie, że prąd elektroresekcji powoduje dwa zjawiska: cięcie i koagulację (hemostaza), a dokonując resekcji, czyli wycięcia, jednocześnie dokonywane jest zamknięcie naczyń krwionośnych. Godne uwagi jest również to, że Odwołujący w składanych wyjaśnieniach w trakcie rozprawy wskazał, że podczas cięcia zachodzi koagulacja – hemostaza.

Natomiast prąd koagulacji (osobny), koagulacja używane są w przypadku konieczności zamknięcia naczyń, ale nie w trakcie samego cięcia. Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnił, że podczas elektrokoagulacji zamieniona energia elektryczna w ciepłą powoduje podniesienie temperatury tkanki do około 60 – 100 stopni C plyn wewnątrz i zewnątrzkomórkowy odparowuje bez niszczenia struktur komórek – tj. w wyniku koagulacji następuje zamknięcie naczyń krwionośnych bez uszkodzenia tkanki. Odwołujący nie odniósł się do powyższej argumentu wskazanego przez uczestnika postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby z postanowień SWIZ, załącznika nr 6 pozycja 21 wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający wymagał podania wartości tylko dla jednego z procesów (prądów), do których odnosił się Odwołujący w swojej argumentacji. Z samego sposobu opisanego parametru, ukształtowania przez Zamawiającego wymagania oraz wskazania konieczności podania oferowanej wartości wynika, że nie sposób było odpowiadając na wymagania Zamawiającego podać wartości obu parametrów. W oparciu o przedstawioną przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego argumentację jak również ukształtowane wymagania Zamawiającego dla pozycji 21 załącznika nr 6 do SWIZ jak również z uwagi na brak definicji legalnej pojęcia „resekcji bipolarnej w procesie TUR”, Izba uznała, że niezbędnym było podanie jedynej wartości (wartości prądu) odpowiedniej dla procesu cięcia. Odwołujący wskazywał w swojej argumentacji, że proces resekcji składa się z cieżnia i koagulacji, w tym zakresie sam również potwierdził, że w czasie cięcia zachodzi koagulacja. Dodatkowo należy zaznaczyć, co potwierdza również zasadność wymagania Zamawiającego w zakresie podania wartości prądu resekcji, że prąd koagulacji (czyli ten dodatkowy prąd, który wskazał w ofercie Odwołujący i który argumentował na rozprawie) nie jest prądem za pomocą którego można dokonać cięcia czyli resekcji. Izba zaznacza, że fakt, że Zamawiający nie wymagał podania wartości dla prądu cięcia oraz wartości dla prądu koagulacji nie uprawnia Odwołującego do budowania w oparciu dorozumiane wymagania Zamawiającego zarzutów odwołania. Sam Odwołujący podał nie jedną wartość prądu, tak jak wymagał tego Zamawiający, lecz dwie wartości, przy czym jedna z nich nie była przez Zamawiającego oceniana (prąd koagulacji) a budowanie zarzutu w zasadzie nieopartego na postanowieniach SIWZ służy w tym wypadku jedynie niezasadnemu wykazywaniu spełnienia wymagań Zamawiającego podlegających ocenie punktowej (w zakresie prądu koagulacji) z powodu niemożliwości uzyskania dodatkowych punktów za spełnienie

wymagań określonych przez Zamawiającego.

W obliczu powyższych ustaleń należy wskazać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert jak również uznała, że ocena ofert, zarówno oferty Odwołującego jak i oferty uczestnika postępowania odwoławczego dokonane zostały w zakresie parametru z pozycji 21 załącznik nr 6 w sposób prawidłowy. Zamawiający przyznał punkty w zakresie opisanego przez siebie w sposób jednoznaczny wymagania, co zostało wykazane powyżej, a co znajduje również odzwierciedlenie w samej argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu i przedstawionej na rozprawie. Każda z ofert uzyskała punkty w zakresie pozycji 21 załącznika nr 6 do SWIZ przyznawane w ten sam sposób z odniesieniem do wymagania SWIZ, czyli Zamawiający przyznał dodatkowe punkty za wykazanie wartości dotyczącej wartości prądu elektroresekcji (ciecia) a nie dodatkowego prądu koagulacji.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający w przypadku dokonywania oceny jego oferty wybrał dowolnie parametr, który będzie oceniał wywołując tym same negatywne skutki dla jego Odwołującego. Zamawiający dokonał oceny parametru, który wskazał w SWIZ, brak definicji legalnej pojęcia „resekcji bipolarnej w procesie TUR” pozwala na uwzględnienie definicji poszczególnych pojęć stanowiących składowe użytego przez Zamawiającego zwrotu i niewątpliwie w tym zakresie na pierwszy plan wysuwa się zwrot: resekcja, który oznacza wycięcie / odcięcie, jak wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego. Tym samym Zamawiający nie dokonał dowolnego wyboru parametru, który poddał ocenie a ocenił parametr, którego wartości podania wymagał od wykonawców. Nie sposób również w tym wypadku uznać, że Zamawiający obowiązany był do wyjaśniania czegokolwiek, bowiem treść oferty Odwołującego jak również załączników była jasna i czytelna a także w sposób jednoznaczny odnosiła się do oferowanej wartości. Ukształtowane przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 ustawy prawo Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień w toku badania i oceny ofert dotyczących treści złożonej oferty ma na celu umożliwienie Zamawiającemu pozyskania informacji, które pozwolą mu na dokonania oceny treści zawartych w ofercie. W rozpoznawanym przypadku nie było podstaw do żądania od Odwołującego jakichkolwiek wyjaśnień, jego oferta była bowiem jednoznaczna i czytelna. Odwołujący podał jednoznaczne wartości oferowanych wartości

prądu. Tym samym Izba uznała, że działanie Zamawiającego nie naruszyło art. 87 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby nie został naruszony również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada SWIZ oraz wskazywanego art. 82 ust. 3 ustawy – treści oferty musi odpowiadać treści SWIZ. Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego. Uwzględniając wcześniejszą argumentację Izby, zaznaczyć należy, że Zamawiający w żadnym postanowieniu SWIZ nie określił wymagania w zakresie wartości prądu koagulacji. Odwołujący również ten zarzut budował w oparciu o stwierdzenie, że jednym z elementów składowych elektroresekcji bipolarnej TUR w histeroskopi jest koagulacja bipolarna, i w stosunku do tego parametru również należy odnieść wymagania Zamawiającego. Ponownie Izba podkreśla, że nie ma definicji legalnej pojęcia „resekcji bipolarnej w procesie TUR”, co przyznał sam Odwołujący w trakcie rozprawy i skoro nie określił Zamawiający w SWIZ wymagania podania wartości prądu koagulacji nie sposób odrzucić ofertę z powodu tego, że wartość dla prądu koagulacji nie spełnia wymagań wartościowych jakie Zamawiający określił dla wartości prądu resekcji jednocześnie nie określając żadnych wymagań dla prądu koagulacji.

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazywanych przepisów ustawy art. 89 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy jak również art. 91 ust. 1 ustawy a także art. 7 ust. 1 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, Izba uznała, że działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. 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). Działania Zamawiającego podejmowane w trakcie badania i oceny ofert cechowały się takim samym postępowaniem w stosunku do obu wykonawców, Zamawiający odnosił się do postanowień SIWZ w dokonywaniu swojej oceny i wykonywał je tak samo w stosunku do każdego z podmiotów.

Izba wskazuje w zakresie podnoszonych we wstępnej części odwołania (zarzuty) lub w treści uzasadnienia odwołania naruszeń w stosunku do pozycji 29 załącznika nr 6 do SWIZ wskazywanego załącznika 6a do SWIZ jak również naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy, że w zakresie tych elementów Odwołujący nie zbudował zarzutów odwołania oraz ich argumentacji zawartej w uzasadnieniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na

potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie odwołującego, oferta nie odpowiada jak również wskazywać dlaczego w ocenie Odwołującego wymagania nie zostały spełnione. W tym odwołaniu, w niektórych jego miejscach – to w zarzucie, to w uzasadnieniu Odwołujący wskazuje jakieś informacje, jednakże nie rozwijając ich, nie uzasadniając, nie odnosząc się do podanych, zasygnalizowanych treści takich jak załącznik nr 6a do SWIZ, poz.29 załącznika nr 6 do SWIZ . Nie wskazuje również przyczyn, uzasadnienia faktycznego jakie w jego ocenie potwierdza naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy – to jest dokonywanie czynności w postępowaniu przez osoby gwarantujące bezstronność i obiektywizm.

Tym samym brak uzasadnienia faktycznego, jakiegokolwiek argumentacji w zakresie sygnalizowanych elementów w treści odwołania nie daje możliwości ich rozpoznania, bowiem w konsekwencji należy uznać, że nie stanowią one zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

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 ze zmianami).

Przewodniczący:
