Sygn. akt: KIO 1076/19
KIO 1164/19

WYROK

z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 czerwca 2019r. przez wykonawcę J. D. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach, ul. Słoneczna 2

B. w dniu 21 czerwca 2019r. przez wykonawcę Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek

Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57

przy udziale wykonawcy Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Okrężna 6A zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1076/19 po stronie odwołującego i w sprawie sygn. akt KIO 1164/19 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzów 51 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1076/19 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach, ul. Słoneczna 2 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1164/19 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 17 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1164/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A.1. Umarza postępowanie wywołane odwołaniem wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach, ul. Słoneczka 2 w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, oraz naruszenia art. 92 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical, w oparciu również o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 i wniosku o nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy,

1A.2. uwzględnia odwołanie wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach ul. Słoneczna 2 w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

w częściach 1, 3, 4, 6 i 7 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego J. D. z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego J. D.

1B.1. umarza postępowanie wywołane odwołaniem wykonawcy Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 w zakresie pakietów 2, 5 i 8

1B.2. oddala odwołanie wykonawcy Boxmet Medical spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 w pozostałym zakresie.

2. Kosztami postępowania obciąża Boxmet Medical spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 i

2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 30 000zł. 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. D. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach, ul. Słoneczna 2 i wykonawcę Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 tytułem wpisów od odwołań,

2.2. Zasądza od Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 na rzecz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach ul. Słoneczna 2 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego,

2.3. Zasądza od Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 na rzecz Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Okrężna 6A kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego,

2.4. Zasądza od Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 na rzecz wykonawcy Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 17 kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego,

2.5. Zasądza od Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie 51 na rzecz J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach ul. Słoneczna 2 kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1076/19
KIO 1164/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba - zasobnik do IPMed) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej z dnia 20 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 245-560610.

Sygn. akt KIO 1076/19

W dniu 3 czerwca 2019r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Markach (dalej odwołujący) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z uwagi na wprowadzenie

zamawiającego w błąd, co do tego, że oferowany marker permanentny TO-091 posiada grubość końcówki 0,5cm, podczas, gdy z informacji producenta wynika, że grubość końcówki to 2,5mm, ponadto z informacji uzyskanych od producenta wynika, że nie ma on w swojej ofercie markera, który spełniałby wszystkie wymagania określone w WTT dla markera permanentnego (załącznik nr 5a rozdział II pkt. 10). Jednocześnie zamawiający poinformował o wyborze w zakresie pakietów 1, 3, 4, 6 i 7 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piskorzowie.

W dniu 10 czerwca 2019r. zamawiający powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakietach 1, 3, 4, 6 i 7 i dokonał wyboru wykonawcy Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze. Zamawiający poinformował także o wykluczeniu firmy Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 17 i o odrzuceniu tej oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

jako niezgodnej z treścią siwz w zakresie zaoferowanej rurki nosowo-gardłowej.

W dniu 12 czerwca 2019r. w pakietach 1, 3, 4 6 i 7 na czynność wykluczenia swojej oferty oraz na czynność wyboru oferty Medline i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical również na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy wniósł odwołanie odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 lutego 2019r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 czerwca 2019r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez wykluczenie Wykonawcy z

> postępowania pomimo tego, że — wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, prawdą jest, że oferowany przez odwołującego marker permanentny TO-091 ma końcówkę o grubości 5 mm, a nie jak twierdzi zamawiający o grubości 2,5 mm.

2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez jego zastosowanie i uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, w sytuacji, w której brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania,

3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie oferty spółki Medline sp. z o.o. za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu - w odniesieniu do pakietów 1, 3, 4, 6 i 7 — i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu — w odniesieniu do ww. pakietów — była oferta odwołującego,

4) art. 92 ust. 1 pkt w związku 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Boxmet Medical sp. z o.o. z postępowania (również w oparciu o wskazaną wyżej przesłankę) w sytuacji, gdy spółka ta powinna zostać wykluczona z postępowania również z uwagi na fakt, że nienależycie wykonała w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania (odstąpienia od) tej umowy.

Wniósł o:

1) uznanie odwołania za zasadne i przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na „Dostawę Indywidualnego Pakietu Medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torby - zasobnika do IPMed)”- sprawa nr WOFiTM/3/2019/PN i nakazanie unieważnienia czynności uznania jego oferty za odrzuconą w zakresie dotyczącym pakietów nr 1, 3, 4, 6 i 7,

3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Medline sp. z o.o. w zakresie dotyczącym pakietów nr 1,3, 4, 6 i 7,

4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym pakietów nr 1, 3, 4, 6 i 7,

5) nakazanie zamawiającemu wykluczenie spółki Boxmet Medical sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p,

6) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu z grona pozostałych (nieodrzuconych) ofert w zakresie dotyczącym pakietów nr 1,3, 4, 6 i 7.

Dodatkowo o obciążenie kosztami zamawiającego na rzecz odwołującego, przez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą pod firmą J. D. Paramedyk. W ramach prowadzonej działalności odwołujący bierze udział w przetargach na dostawy sprzętu medycznego organizowanych przez różne jednostki wojskowe, w tym w szczególności przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie. Odwołujący - w oparciu o umowy zawarte na podstawie ustawy - realizuje dostawy sprzętu medycznego na rzecz ww. zamawiającego, jak również na rzecz innych zamawiających. W poprzednich latach odwołujący zrealizował na rzecz zamawiającego tożsamą dostawę.

Interes odwołującego w złożeniu przedmiotowego odwołania wynika z faktu, że w przypadku, w którym zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadziłby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (tj. w sytuacji, w której zamawiający nie wykluczyłby odwołującego postępowania), to wówczas, doszłoby do wyboru jego oferty w zakresie dotyczącym pakietów nr 1, 3, 4, 6 i 7, a co za tym idzie uzyskałby on możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia (w odniesieniu do wskazanych wyżej pakietów).

W przypadku unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, jak również w przypadku unieważnienia czynności uznania jego oferty za odrzuconą, oferta złożona przez odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, a co za tym idzie odwołujący powinien uzyskać prawo realizacji przedmiotowego zamówienia (w zakresie dotyczącym pakietów nr 1,3, 4, 6 i 7). Mając na względzie zastosowane przez zamawiającego kryteria oceny ofert, w przypadku, w którym oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona, uzyskałby on największą liczbę punktów.

Dodatkowo, w związku z działaniem zamawiającego, odwołujący już poniósł szkodę (pozostającą w normalnym - adekwatnym następstwie działań zamawiającego), w związku z koniecznością wydatkowania środków związanych z pomocą prawną przy przygotowaniu m.in. odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 15 lutego 2019 r. na stronie internetowej: emaih724.7fl 171a78ce0780a2142a6eb7bc4f3c 8.html
zamawiający opublikował zmodyfikowany Załącznik 5a - Wymagania Taktyczno - Techniczne dla zestawu IPMed, z którego wynika, że marker permanentny musi spełniać następujące wymagania (zob. Załącznik 5a, Rozdział II, pkt 10):

1) Możliwość pisania po każdej powierzchni, w tym na tkaninie i na skórze (poszkodowanego).

2) Niezmywalny, odporny na działanie wody

3) Kolor tuszu: czarny.

4) Grubość kreski: od 3 mm do 8 mm.

5) Dopuszczalne jest zaoferowanie markera bez określonej przez producenta daty ważności.
Mając na względzie fakt, że treść Załącznika nr 5a budziła wątpliwości wykonawców, jeden z nich zadał następujące pytanie.

„Pytanie 26

Dotyczy Załącznik nr 5a Wymagania Taktyczno — techniczne dla zestawu indywidualny pakiet medyczny (IPMed)

Pozycja 10 Marker permanentny

Prosimy o doprecyzowanie opisu Markera tj. o potwierdzenie czy zamawiający pisząc „grubość kreski od 3 mm do 8 mm", ma na myśli zaoferowanie markera o grubości linii pisania określona przez producenta mieszczącej się w przedziale od 3 mm do 8 mm np.: marker o grubości linii pisania 5 mm. "

Na wskazane wyżej pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi.

Zamawiający informuje, iż wymazana jest grubość linii w przedziale od 0,3 do 0,8 cm, oferowany marker o grubości linii 0,5 cm spełnia wymagania ".

Zdaniem odwołującego z tej odpowiedzi jednoznacznie wynika, że zamawiający oczekiwał, iż wykonawcy zaoferują markery permanentne o wskazanej wyżej grubości linii pisania (tj. od 3 do 8 mm/0,3 do 0,8 cm). W związku z powyższym zamawiający nie wymagał markera o określonej grubość końcówki, lecz o określonej grubości linii pisania (czemu dał wyraz udzielając odpowiedz na wskazane wyżej pytanie nr 26).

W trakcie postępowania odwołujący złożył kartę produktu TO-091, z której jednoznacznie wynika, że grubość końcówki wynosi - końcówka ścięta 5 mm, zaś grubość linii pisania ok 5 mm.

Jako dowód odwołujący powołał: kartę produktu TO-091 na okoliczność, że oferowany przez odwołującego marker permanentny spełnia wymogi określone przez zamawiającego w treści siwz co do grubości linii pisania [w aktach postępowania].

Ponadto do zamawiającego wpłynęło kolejne pytanie (tj. pytanie nr 3 o następującej treści): Czy zamawiający dopuści marker permanentny do pisania po skórze w kolorze fioletowym? Markery chirurgiczne jako bezpieczne dla skóry są wykonane w oparciu o gencjanę, stąd kolor fioletowy. Markery czarne nie są dedykowane do skóry.

Na wskazane wyżej pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi.

Zamawiający informuje, iż z uwagi na specyfikację zastosowania, tj. użycie w warunkach ratownictwa pola wałki, a nie zastosowań chirurgicznych, podtrzymany jest kolor markera określony w WTT. [tj. kolor czarny].

Co istotne zamawiający jednoznacznie przesądził, czy też potwierdził, że marker nie jest dedykowany do skóry i nie służy do zastosowań chirurgicznych, podtrzymał tym samym wymóg co do koloru (zamawiający oczekiwał czarnego koloru). Marker TO- 091 oferowany przez odwołującego spełnia również i ten wymóg.

Dowód: karta produktu TO-091 na okoliczność, że oferowany przez odwołującego Odwołujący podsumował, że marker permanentny spełnia wymogi określone przez zamawiającego w treści siwz co do koloru markera w aktach postępowania!

Dodatkowo odwołujący uzyskał oświadczenie pana W. T. - Prezesa Spółki Toma sp. z o.o. (tj. spółki, która jest producentem oferowanego przez mojego Mocodawcę markera), z którego wynika, że przy pomocy markera można uzyskać linię o grubości około 5mm - w zależności od podłoża i siły nacisku na którym się go używa.

Jako dowód powołał: oświadczenie W. T. - Prezesa Spółki Toma sp. z o. o. wraz z podpisana przez niego karta produktu TO-091 na okoliczność, że przy pomocy markera można uzyskać linie o grubości około 5 mm — w zależności od podłoża i siły nacisku na którym się go używa. Odwołujący zaznaczył, że markery charakteryzują się różnymi parametrami, w tym grubością końcówki oraz grubością linii pisania. Wartości tych parametrów nie muszą się pokrywać. Oznacza to, że grubość linii pisania może być zarówno większa, jak i mniejsza od grubości końcówki. Grubość linii pisania jest zależna od siły nacisku i podłoża na którym używa się markera.

W piśmie datowanym na dzień 3 czerwca 2019 r., w którym zawarta została informacja o wykluczeniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, zamawiający wskazał, że wyklucza go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Uzasadniając wykluczenie odwołującego zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w toku postępowania przedłożył informacje, które wprowadziły zamawiającego w błąd. Przedstawienie tego typu informacji niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jako wprowadzenie zamawiającego w błąd należało uznać dołączenie do oferty karty katalogowej na marker permanentny TO-091. Załączona przez wykonawcę karta katalogowa przedstawia inne parametry w zakresie grubości końcówki, niż karta pozyskana przez zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Z uzyskanych informacji od producenta [wynika, że - przypis autora] marker permanentny o numerze katalogowym TO-091 posiada grubość końcówki 2,5 mm, natomiast z przedłożonej przez wykonawcę Paramedyk J. D. karty katalogowej wynika, iż parametr dotyczący grubości końcówki wynosi 5mm, a końcówka ścięta 5 mm"). Ponadto z uzyskanych od producenta informacji, wynika, że nie ma on w swojej ofercie markera, który by spełniał wszystkie

wymagania określone w WTT dla markera permanentnego (załącznik 5a, Rozdział II, pkt 10)

»

Z powyższego dla odwołującego wynika, że za „kluczową” informację dotyczącą markera, zamawiający uznał grubość końcówki, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie nr 26 wskazał, że parametr określony w Załączniku nr 5a, Rozdział II pkt 10, jako grubość kreski: od 3 mm do 8 mm. jest parametrem odnoszącym się do grubości linii pisania. Zamawiający oczekiwał więc markera o określonej grubości linii pisania, nie stawiając jednocześnie żadnych wymogów co grubości końcówki markera.

Załącznik 5a (Wymagania Taktyczno-Techniczne) do siwz nie zawierał żadnych wymagań co do grubości końcówki, a co za tym idzie zamawiający - w oparciu o wymagania, które nie zostały wprost wyartykułowane w treści siwz - nie ma prawa wykluczać odwołującego z postępowania. Działania takie nie znajdują bowiem oparcia w obowiązujących przepisach ustawy

Mając na względzie treść specyfikacji (tj. Załącznika nr 5a, Rozdział II, pkt 10), jak również treść odpowiedzi na pytanie nr 26 odwołujący uznał, że tym parametrem markera, który mógł mieć (czy też miał") wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest grubość linii pisania, a nie grubość końcówki na którą - z niewiadomych przyczyn, uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania - powołuje się zamawiający.

W okolicznościach tej sprawy brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających (czy też mogących wprowadzić) zamawiającego w błąd, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skoro grubość końcówki nie jest istotna dla dokonania oceny, czy oferowany przez odwołującego marker spełnia wymagania określone w treści siwz (tj. w Załączniku nr 5a Wymagania Taktyczno-Techniczne), to tym samym, informacja na temat grubości końcówki nie może zostać uznana za informację mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie jest to bowiem parametr który podlegałby ocenie, ani też parametr, który przesądzałby o spełnieniu wymagań określonych przez zamawiającego.

Po drugie, nawet gdyby uznać, że grubość końcówki markera podlega badaniu (sprawdzeniu) - co jednak nie znajduje żadnego oparcia w treści siwz, to nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd.

Z karty produktu - złożonej w toku postępowania przez odwołującego - wynika, że grubość końcówki markera o numerze katalogowym TO-091 wynosi 5 mm („końcówka ścięta 5 mm”). Zamawiający powołując się na informacje uzyskane od producenta wskazuje zaś, że „marker permanentny o numerze katalogowym TO-091 posiada grubość końcówki 2,5 mm
Sam producent markera permanentnego o numerze katalogowym TO-091, tj. spółka Toma sp. z o.o., na swojej stronie internetowej (dostępnej pod linkiem:

wskazuje, że grubość końcówki tego markera wynosi „końcówka ścięta 5 mm”.

Jako dowód odwołujący powołał: wydruk ze strony internetowej producenta Toma sp. z o.o. dostępnej pod linkiem . com.pl/wp-content/uploads/2014/03/Karta-produktu-TQ-091-1.pdf na okoliczność, że grubość końcówki markera o numerze katalogowym TO-091 wynosi 5 mm.

Oraz oględziny strony internetowej producenta Toma sp. z o. o. dostępnej pod linkiem

https:/ftoma. com. pl/wp-content/uploads/2014/03/Karta-produktu-TO-091-1, pdf na okoliczność, że grubość końcówki markera o numerze katalogowym TO-091 wynosi 5 mm. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin - połączonych z pomiarem - markera produkcji Toma sp. z o.o. o numerze katalogowym TO-091 na okoliczność, że grubość jego końcówki wynosi 5 mm.

Jak wyjaśnił sam producent przyczyną rozbieżności dotyczących grubości końcówki markera TO-091 był błąd zawarty w karcie produktu. Prezes spółki Toma sp. z o.o. oświadczył, że "jakiś czas temu została wystawiona błędna Karta Produktu markera TO-091, w której podano wielkość końcówki 2,5 mm — taka, jak w markerze z okrągłą końcówka. Błąd został poprawiony, karta podmieniona. Niestety nie mamy wpływu na wszystkie miejsca, w których umieszczono błędną kartę. Podmieniamy je sukcesywnie, w miarę informacji.

Jednocześnie — składając oświadczenie - producent ostatecznie potwierdził, że „marker TO-091 posiada końcówkę ściętą o szerokości 5 mm.

Jako dowód odwołujący powołał: oświadczenie producenta (Prezesa Zarządu spółki Toma sp. z o.o. - Pana W. T. uprawnionego zgodnie z odpisem z rejestru przedsiębiorców KRS do

składania oświadczeń w imieniu Spółki) wraz z podpisana przez niego karta produktu TO-091 na okoliczność grubości końcówki markera TO-091 oraz na okoliczność błędu zawartego w niektórych kratach produktu.

Wniósł także o przesłuchanie Pana W. T. (Prezesa Zarządu Toma sp. z o.o.) na okoliczność rzeczywistej grubości końcówki markera TO-091 oraz na okoliczność zaistnienia błędu w karcie produktu ww. markera. - wezwanie na adres: Toma sp. z o.o., ul. Szparagowa 10, 62-081 Wysogotowo.

Odwołujący stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniały podstawy do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z uwagi na fakt, że marker TO-091 - oferowany przez odwołującego — rzeczywiście posiada końcówkę ściętą o szerokości 5 mm, a nie jak to błędnie stwierdził zamawiający o szerokości 2,5 mm. W związku z powyższym o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd zamawiającego nie może być mowy.

Odwołujący mając na względzie fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do wykluczania jego z postępowania - przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w ogóle bowiem nie zaistniały - to tym samym, zamawiający nie powinien był stosować (czy też powoływać) się na art. 24 ust. 4 ustawy Przepis ten w ogóle nie powinien znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że wobec powyższego jego oferta powinna zostać oceniona i uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający powinien był więc dokonać jej wyboru w odniesieniu do części 1, 3, 4, 6 i 7 zamówienia. W przypadku, w którym oferta ta podlegałaby ocenie, to uzyskałaby większą liczbę punktów niż oferta spółki Medline sp. z o.o.

Jako dowód powołał: zestawienie liczby punktów: które uzyskałaby oferta odwołującego z

oferta Medline sp. z o.o. na okoliczność, że oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący w odniesieniu do wykonawcy Boxmet Medical wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 5 ustawy zamawiający jest uprawniony do dodatkowego zaostrzenia warunków udziału w postępowaniu przez wykorzystanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w przywoływanym wyżej przepisie. Wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu, że zamawiający ma zamiar z tych dodatkowych przesłanek korzystać powoduje, że w obrębie tego postępowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 ustawy stają się obligatoryjnymi. Zamawiający i wykonawcy stają się związani treścią powyższego przepisu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2106/17, opubl. Lex).

W związku z faktem, iż w Rozdziale IX, punkt 13, ppkt 4 siwz zamawiający zamieścił przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, to tym samym - w świetle przywoływanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako Izba lub KIO - zobowiązany był zbadać oraz wykluczyć Boxmet Medical sp. z o.o. z postępowania.

Ponadto udzielając w dniu 7 lutego 2019 r. odpowiedzi na pytanie nr 1, zamawiający wprost potwierdził, że „wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, z którym we wcześniejszych umowach w sprawie zamówienia publicznego, odstąpiono od umowy w sposób częściowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Skoro zamawiający potwierdził, że wykluczy wykonawcę, z którym we wcześniejszym umowach w sprawie zamówienia publicznego, odstąpiono od umowy w sposób częściowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to tym samym, nie może on teraz nie wywiązać się z tej deklaracji. W ocenie odwołującego niezgodne z zasadami wynikającym z art. 7 ust. 1 ustawy byłoby takie działanie zamawiającego, które polegałoby na wybiórczym stosowaniu się do udzielonych w trakcie postępowania zapewnień (deklaracji).

Odwołujący podniósł nadto, że przesłanki wykluczenia wykonawcy (konsorcjum) z postępowania odnoszą się — w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do każdego z tych wykonawców ze skutkiem odnoszonym do konsorcjum składającego ofertę (zob. wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2009/17, opubl. Lex). Powyższe oznacza, że aby wykluczeniu podlegało całe Konsorcjum, wystarczającym jest aby przesłanka wykluczenia odnosiła się tylko do jednego z wykonawców (konsorcjantów).

Odwołujący wskazał, że aby przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy znalazł zastosowanie konieczne jest aby wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejsza umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawarta z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W okolicznościach niniejszej sprawy zdaniem odwołującego wszystkie wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione.

W dniu 7 lipca 2017 r. zamawiający zawarł z Konsorcjum, w skład którego wchodziły: „Boxmet Mecidal" sp. z o.o. z siedzibą w Piskorzowie i „Medline" sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, umowę nr 76/MT/2017 na kwotę zamówienia gwarantowanego 3.881.790,00 zł brutto (wskazana wyżej kwota bezspornie wskazuje, że była to umowa o udzielenie zamówienia publicznego). Przedmiotem umowy była dostawa Plecaków Ratownika Sanitariusza. Konsorcjum spółek, w skład którego wchodził Boxmet Medical sp. z o.o. w nienależyty sposób wywiązało się z przedmiotowej umowy dostarczyło bowiem 5.228 sztuk gazy skompresowanej wypełniającej (4 szt. do każdego plecaka) obarczone istotną wadą, która uniemożliwiała użycie wyrobu medycznego zgodnie z zawartą umową.

Jak wynika z pisma zamawiającego nr 3708/17 adresowanego do Konsorcjum, datowanego na dzień 13 grudnia 2017 r. „Zgodnie z oświadczeniem Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych gaza skompresowana wypełniająca dostarczona przez konsorcjum nie spełnia wymagań dotyczących oznakowania określonych w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2017r poz, 211) oraz rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 211). Tym samym dostarczony przez Państwa wyrób medyczny nie może być uznany za zgodny z warunkami określonymi w SIWZ i umowie 76/MT/2017".

Zamawiający wskazał ponadto, że powyższe wady uniemożliwiają użycie wyrobu medycznego, zgodnie z zawartą umową nr 76/MT/2017. Nie jest bowiem należytym wykonaniem umowy sytuacja, w której dostarczony wyrób medyczny nie posiada właściwych informacji i oznaczeń wynikających z obowiązujących przepisów, co uniemożliwia jego użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem (przesłanka odstąpienia wskazana w § 9 ust. 1 umowy 76/MT/2017 tj. nienależyte wykonanie umowy oraz wskazania w art 560 § 1 kodeksu cywilnego - istnienie istotnych wad fizycznych "

Jako dowód odwołujący powołał: Pismo zamawiającego nr 3708/17 adresowanego do Konsorcjum, datowanego na dzień 13 grudnia 2017 r. [w aktach postępowania przetargowego].

Zdaniem odwołującego nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że w okolicznościach sprawy doszło do nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum - to bowiem Konsorcjum (jako strona umowy) odpowiadało za dostarczenie zamawiającemu wyrobów medycznych zgodnych z umowa, jak również z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Nawet gdyby za wystąpienie wad fizycznych odpowiadał podwykonawca Konsorcjum, to i tak nie mogłoby ono zwolnić się z odpowiedzialności. Art. 474 k.c. stanowi bowiem, że dłużnik [Konsorcjum] odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

Odwołujący uznał, że nienależyte wykonanie umowy przyjęło istotne rozmiary (istotny stopień). zamawiający - co wynika z przywoływanego wyżej pisma - odstąpił od umowy w części dotyczącej 5.228 sztuk gazy skompresowanej wypełniającej. Nienależyte wykonanie umowy miało istotne znacznie zarówno pod względem wartościowym i rzeczowym (wartość 5.228 sztuk gazy skompresowanej wypełniającej opiewała bowiem na bardzo dużą znaczną kwotę), ale dotyczyło również spełnienia przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie.

W zakresie oceny stopnia nienależytego wykonania umowy odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1736/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 335/18, opubl. Lex, wyrok z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt KIO 454/18, opubl. Lex, wyrok KIO z dnia 3 lute20 2017 r. sygn. akt KIO 139/17, wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok KIO z dnia 4 Hyca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17, opubl. Lex, Z uwagi na fakt, że zamawiający jest państwową jednostką organizacyjną, to tym samym jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy

Jako dowód powołał: wydruk ze strony internetowej Głównego Urzędu Statystycznego [w aktach postępowania przetargowego].

Pomimo tego, że art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy posługuje się sformułowaniem „co doprowadziło do rozwiązania umowy", to nie ma dla odwołującego żadnych wątpliwości co do tego, że pod tym pojęciem należy rozumieć zarówno wypowiedzenie, jak i odstąpienie od umowy, przy czym bez znaczenia jest fakt, czy odstąpienie od umowy znajdowało swoje oparcie w

bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa, czy też w postanowieniach umowy (zob. wyrok KIO z dnia 23 marca 2018 r, sygn. akt KIO 434/18, opubl. Lex

Jak wynika z pisma zamawiającego nr 3708/17, datowanego na dzień 13 grudnia 2017 r., wobec nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez Konsorcjum zamawiający złożył oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy nr 76/MT/2017 (zawartej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy WOFiTM/4/2017/PN). Nienależyte wykonanie umowy - jak wskazał sam zamawiający — polegało na dostarczeniu „przedmiotu umowy niezgodnego z wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, złożoną w tym postępowaniu ofertą i następnie zawartą umową nr 76/MT/2017. Gaza wypełniająca skompresowana (H&H Compressed Gauze) stanowiąca element wyposażenia PRS (plecaka ratownika sanitariusza), na podstawie art. 560 § 1 kodeksu cywilnego, w związku z istnieniem

istotnych wad fizycznych w dostarczonym przez Państwa wyrobie medycznym oraz na podstawie § 9 ust. 1 umowy nr 76/MT/2017 tj. nienależytym wykonaniem umowy.”. Zamawiający odstąpił od ww. umowy w części dotyczącej „gazy skompresowanej wypełniającej (4 szt. do każdego plecaka tj. łącznie 5228 sztuk)

Dodatkowym argumentem potwierdzającym, że Konsorcjum w nienależyty sposób wywiązało się z przywoływanej wyżej umowy jest fakt, że zamawiający naliczył karę umowną na kwotę 82.461,60 zł oraz, że złożył oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności.

Jako dowód odwołujący powołał: notę obciążeniowa nr 9/2017 z dnia 15 grudnia 2017 r. oraz oświadczenie zamawiającego o potraceniu z dnia 15 grudnia 20171: (pismo nr 3732/2017) Ponadto powyższe odwołujący wskazał, że pomimo tego, że już w dniu 3 czerwca 2019 r. (poniedziałek) odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, a dnia 6 czerwca 2019 r. ponowił wniosek, to zamawiający udostępnił te dokumenty dopiero w następnym tygodniu (tj. w dniu 11 czerwca 2019 r.). Działanie takie stanowiło dla odwołującego istotne utrudnienie w przygotowaniu odwołania. Zaniechanie zamawiającego — nie wiadomo czym motywowane - stanowi dla odwołującego rażący przejaw naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W dniu13 czerwca 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 17 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie wnosząc o uwzględnienie odwołania. Podniósł, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż złożył odwołującemu ofertę na niektóre produkty i zamierza być jego dostawcą oraz osiągnąć z tego tytułu zysk, a ponadto jest zainteresowany wynikiem postępowania, co zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 9 listopada 2010r. sygn. akt KIO 2313/10 i wyrokiem z dnia 20 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 5/14 jest wystarczające dla zgłoszenia przystąpienia. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 czerwca 2019r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 czerwca 2019r.

W dniu 17 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Medline podnosząc, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w pakietach 1, 3, 4, 6 i 7, a uwzględnienie odwołania skutkowałoby utratą możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co stanowi wystarczająca przesłankę dopuszczalności przystąpienia. Powołał także fakt, iż jest zainteresowany wynikiem postępowania. Wskazał na wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 5/14. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopię zgłoszenia przekazano zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 czerwca 2019r.

W dniu 17 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Boxmet Medical z siedzibą w Piskorzewie. Zgłaszający wskazał, że ma interes w kwestionowaniu żądania wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, a także w kwestionowaniu żądaniu przywrócenia oferty odwołującego do postępowania. Rozważa wniesienie odwołania na czynność odrzucenia swojej oferty, gdyby nie został odrzucony jego oferta byłaby najkorzystniejsza w pakietach 1, 3, 4, 6 i 7. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom w dniu 17 czerwca 2019r.

W dniu 24 czerwca 2019r. odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka W. T.

W dniu 25 czerwca 2019r. wykonawca Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze oświadczyła, że nie podtrzymuje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 25 czerwca 2019r. odwołujący J. D. oświadczył, że cofa odwołanie w części w jakiej zostało ono wniesione wobec zaniechania zamawiającego wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical sp. z o.o. z uwagi na wcześniejsze nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym, co doprowadziło do odstąpienia od umowy tj. naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, oraz naruszenia art. 92 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical, w oparciu również o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 i wniosku o nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Ponadto odwołujący wniósł o:

- nieodraczanie terminu rozprawy wyznaczonego na dzień 26 czerwca 2019r., gdyż będzie to skutkowało uchybieniem 15-dniowemu terminowi na rozpoznanie odwołania,

- niezarządzanie łącznego rozpoznania odwołań z odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Boxmet Medical, z uwagi na liczne przystąpienia, które mogą utrudnić zajęcie prawidłowego stanowiska procesowego,

Odwołujący J. D. wskazał, że łączenie spraw jest uprawnienie, a nie obowiązkiem Prezesa Izby.

Odwołujący podniósł, że częściowe cofnięcie odwołania jest dopuszczalne i wskazał na postanowienie Izby z dnia 19 listopada 2013r. sygn.. akt KIO 2601/13. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że wobec przedstawienia przez wykonawcę Boxmet Medical w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1164/19 dowodów potwierdzających prawidłowość czynności odrzucenia tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferta tego wykonawcy nie może być przywrócona do postępowania, a w konsekwencji podtrzymywanie zarzutów wobec czynności zamawiającego dotyczących tej oferty jest niecelowe.

W dniu 25 czerwca 2019r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1076/19 w całości.

Przystępujący Neomed poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący Boxmet wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że grubość końcówki, to grubość linii pisania, a zamawiający od producenta uzyskał informację, że producent Toma nie ma w swojej ofercie markera spełniającego wymagania zamawiającego. Marker odwołującego posiada grubość linii pisania 1,5mm, a oświadczenie producenta w tym zakresie i karta katalogowa są niewiarygodne i przygotowane na użytek tego postępowania. Powołał wyrok z dnia 24 lipca 2018r. sygn. akt KIO 1237/18. Firma Toma może zaoferować jedynie marker TO-201, który ma końcówkę ściętą 1-5mm. Powołał orzeczenia Izby z dnia 26 czerwca 2014r. KIO 1173/14 i z dnia 29 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1265/15.

Odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne, w którym podtrzymał zarzuty niewycofane i podniósł dodatkową argumentację prawną.

Sygn. akt KIO 1164/19

W dniu 3 czerwca 2019 r. zamawiający ogłosił o wyborze najkorzystniejszych ofert. Wskazał, że w pakietach 1,3,4,6,7 wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Boxmet Medical sp z o.o. z siedzibą w Piskorzowie 51 - dalej odwołujący Boxmet, zaś w pakietach 2,5,8 - jako najkorzystniejszą ofertę innego Wykonawcy, Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W dniu 10 czerwca 2019 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej 3 czerwca 2019 r. w zakresie Pakietów od 1 do 8. Dalej zawiadomił, że wykluczył na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z postępowania w zakresie pakietów nr 1,2,3,4,5,6,7,8 odwołującego Boxmet i uznał na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy

jego ofertę za odrzuconą.

W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący Boxmet w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w toku postępowania przedłożył informacje, które wprowadziły zamawiającego w błąd, tj. dołączył do ofertę karty katalogowej na rurkę nosowo-gardłową RUSH, której producentem jest firma TELEFLEX. Zamawiający zgodnie z zał. nr 5a Rozdział II, pozycja 7 wymagał rurki nosowo-gardłowej wykonanej „z miękkiego PCV medycznego przezroczystego lub w kolorze zielonym, silikonowana, bez lateksu i ftalanów". Tymczasem z uzyskanych informacji wskazany numer na karcie wskazuje na rurkę nosowo-gardłową wykonaną z materiału Wirupren, który jest rodzajem gumy. Zostało to potwierdzone w przekazanych dokumentach - korespondencja z firmą TELEFLEX.

Jednocześnie zamawiający za najkorzystniejsza uznał w pakietach 1,3,4,6,7 ofertę Medline, zaś w pakietach 2,5,8 ofertę Neomed Polska i te oferty wybrał.

W dniu 21 czerwca 2019r. odwołujący Boxmet wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 czerwca 2019r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo tego, że - wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oferowana przez odwołującego rurka nosowo-gardłowa Rush producenta - firmy TELEFLEX, spełnia wszystkie wymagania siwz (Załącznik nr 5a, Rozdz. II, pozycja 7), w szczególności wykonana jest z miękkiego PCV, medycznego, przezroczystego, silikonowana, bez lateksu i ftalanów.

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego (jako wykluczonego z postępowania) za odrzuconą, w sytuacji, w której brak było podstaw do wykluczenia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z Zał. nr 5a, Rozdział II, pozycja 7 siwz przez bezpodstawne ustalenie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz w zakresie rurki nosowo-gardłowej; gdyż oferowana przez odwołującego rurka wykonana ma być z „Wiruprenu, który jest rodzajem gumy", a nie z PCV, jak wymaga zamawiający;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy przez uznanie oferty nr 4 Medline spółki z o.o. za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu - w odniesieniu do pakietów 1,3,4,6 i 7 - i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu - w odniesieniu do ww. pakietów - była oferta odwołującego;

co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, wyboru oferty Medline sp zoo i niewybraniu oferty odwołującego, która w rzeczywistości była najkorzystniejsza.

Wniósł o:

1. na podstawie art. 189 ust. 1 ustawy zd. drugie - zarządzenie przez Prezesa Izby łącznego rozpoznania przez Izbę niniejszego odwołania oraz odwołania wniesionego w tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne (przetarg WOFITM/3/2019/PN) przez innego wykonawcę - J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk (sygnatura akt KIO 1076/19, w sprawie tej nie odbyło się jeszcze posiedzenie) i jednocześnie odwołanie terminu posiedzenia zaplanowanego w sprawie KIO 1076/19 na dzień 26 czerwca 2019 r. godz. 10:00 w celu wyznaczenia nowego posiedzenia, na którym rozpoznane zostaną obie sprawy łącznie;

Odwołujący zwrócił się z prośbą o poinformowanie go o decyzji KIO w tym zakresie, w szczególności co do odwołania albo nieodwołania terminu 26 czerwca 2019 r. w formie telefonicznej, faxem lub e-mailowej na adres: . ze względu na znaczną odległość od siedziby Izby (ok. 500 km, czas dojazdu ok. 5 godzin), by uniknąć ewentualnego zbędnego stawiennictwa na odwołany termin rozprawy.

2. na podstawie §10 ust. 1 Regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań („Regulamin") - wezwanie zamawiającego do niezwłocznego złożenia nie później niż na 3 dni przed odbyciem pierwszego posiedzenia kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną, w zakresie pakietów nr 1-8, w zakresie wskazanym w tym przepisie;

3. na podstawie §13 ust. 2 pkt 3) Regulaminu - wezwanie uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpią do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do ewentualnego uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu albo co do uwzględnienia w części zarzutów;

4. na podstawie §24 ust. 1 i 2 Regulaminu - wnoszę o zobowiązanie Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia w terminie nie później niż na 3 dni przed odbyciem pierwszego posiedzenia w sprawie, wszystkich dokumentów w postaci pism procesowych oraz innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania (w tym załączników, certyfikatów, oświadczeń, korespondencji mailowej itp.) wraz z obowiązkiem bezpośredniego jednoczesnego doręczenia ich pozostałym stronom i uczestnikom w formie elektronicznej pod rygorem odmowy ich uwzględnienia jako powołanych jedynie dla zwłoki na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy

Odwołujący wskazał jako uzasadnienie tych wniosków konieczność sprawnego przeprowadzenia postępowania i uniknięcie coraz częstszej praktyki, jaką jest składanie wielostronicowych pism procesowych, wzbogaconych o dziesiątki załączników dopiero na rozprawach. Test oczywiste, że w tak krótkim czasie (jak np. czas przerwy zarządzany w rozprawie) nie ma możliwości wnikliwego zapoznania się z nimi. Stanowi to przede wszystkim utrudnienie dla Składu Orzekającego, który również jest zaskakiwany nowymi twierdzeniami i dowodami. Co gorsza, nieraz pisma takie są składane w egzemplarzu dla Krajowej Izby Odwoławczej, a nie są przedkładane uczestnikom postępowania. Termin na wyznaczenie rozprawy to 15 dni i przed ten czas strony - będące profesjonalnymi przedsiębiorcami mają dość czasu by przygotować pisma procesowe i złożyć je na 3 dni przed sprawą, by umożliwić należyte jej rozpoznanie.

Nadto wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;

2. dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu; w tym faktu, że oferowana przez odwołującego rurka nosowo-gardłowa Rush firmy TELFLEX spełnia wszystkie wymagania zamawiającego z Zał. nr 5a, Rozdz. II pozycja 7 siwz, w szczególności wykonana jest z miękkiego PCV medycznego, a nie z Wiruprenu (rodzaju gumy);

3. nakazanie zamawiającemu - w postępowaniu WOFITM/3/2019/PN

a. w zakresie pakietów 1 do 8:

i. unieważnienia zaskarżonych czynności, to jest:

1. Wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z postępowania odwołującego i tym samym - na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy uznaniu jego oferty nr 5 za odrzuconą;

2. Odrzucenia na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy oferty odwołującego nr 5;

3. Stwierdzenia, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie rurki nosowo-gardłowej, zał. nr 5a, Rozdział II, pozycja 7; ii. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert

b. a także w zakresie pakietów 1,3,4,6,7:

I. unieważnienia czynności z pkt 4 (wyboru oferty nr 4 Medline sp. z o.o. jako najkorzystniejszej); oraz

II. dokonania wyboru oferty nr 5 odwołującego jako najkorzystniejszej - w tychże pakietach;

4. zasądzenie od zamawiającego, na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym równowartości wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów dojazdu na rozprawę, wedle zestawienia przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Odwołujący Boxmet wskazał, że jednym z wymaganych przez zamawiającego elementów zestawu komponentów do IPMed była rurka nosowo-gardłowa. W dniu 01 marca 2019 r. zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował zmodyfikowany Załącznik nr 5a - Wymagania Taktyczno-Techniczne dla zestawu IPMed, z którego wynika, że rurka nosowo-gardłowa musi spełniać następujące wymagania (Załącznik nr 5a, Rozdział II, pkt 7).

„7. Rurka nosowo-gardłowa: (...)

2) Wykonana z miękkiego FVC medycznego przezroczystego lub w kolorze zielonym, silikonowana, bez lateksu i ftalanów. „

W swojej ofercie odwołujący Boxmet zaoferował w spornych pakietach rurkę nosowo-gardłową 7,0 mm (30Fr) oferowaną przez firmę TELEFLEX z terminem ważności 60 miesięcy Do oferty dołączono kartę katalogową wystawioną przez firmę TELEFLEX dotyczącą „rurki nosowo-gardłowej" firmy RUSCH nr. Kat 185420-000030. Wskazano:

- rurka nosowo-gardłowa;

- wykonana z miękkiego PCV w kolorze zielonym, silikonowana, bez lateksu, bez ftalanów;

- rozmiary: średnica wewnętrzna 7,00 mm (FR 30);

Parametry te były zgodne z siwz-em.

Wykluczenie odwołującego Boxmet według jego oceny nastąpiło na skutek „otrzymania przez zamawiającego pisma od jednego z uczestników postępowania, tj. konkretnie firmy Medline sp zoo dotyczącego niezgodności zaoferowanego asortymentu, tj. owej rurki nosowo-gardłowej".

I tak pismem z 30 maja 2019 r. firma Medline zawiadomiła zamawiającego, że:

„Odwołujący zaoferował rurkę nosowo-gardłową RUSH, której producentem jest firma TELEFLEX. Załączyła kartę katalogową przygotowaną przez siebie, ponieważ informacje, które wskazała są niezgodne z informacjami otrzymanymi przez producenta i nie zostały również potwierdzone przez producenta. Wskazany numer katalogowy na karcie wskazuje na rurkę nosowo-gardłową wykonaną z materiału, który nie jest wykonany z miękkiego PVC medycznego, silikonowanego, a zgodnie z udzieloną informacją uzyskaną od producenta - firmy TELEFLEX wykonana jest z materiału Wirupren, który jest rodzajem gumy"

Do pism Medline przedłożyło wymienione niżej załączniki:

- pismo Medline sp zoo do zamawiającego z 30 maja 2019 r. informujące o rzekomej niezgodności zaoferowanej przez odwołującego rurki nosowo-gardłowej z wymaganiami siwz;

- zał. 7

- strona 39 z asortymentu firmy TELEFLEX ilustrująca 3 rodzaje rurek nosowo-gardłowych o nr katalogowych 185420,125200 raz 125410 wraz z tłumaczeniem na język polski- zał. 8

- fragment formularza z oferty Boxmet - zał. 9

- kartę katalogową z oferty Boxmet dotyczącą rurki nosowo-gardłowej o nr 185420-000030 - zał. 10

- korespondencję Medline z firmą TELEFLEX - zał. 11.

Zamawiający po otrzymaniu tegoż pisma od Medline sp. z o.o. nie wezwał odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień, bezpodstawnie dał on w całości wiarę pismu Medline sp zoo. Tymczasem według odwołującego Boxmet nie jest prawdą, że zaoferował „rurkę nosowo-gardłową wykonaną z materiału, który nie jest wykonany z miękkiego PVC medycznego, silikonowanego, a z materiału Wirupren, który jest rodzajem gumy".

Wręcz przeciwnie - odwołujący zaoferował rurkę nosowo-gardłową, wykonaną z miękkiego PVC bezbarwną, przezroczystą, bez lateksu, bez ftalanów (DEPH) o średnicy wewnętrznej

7,00mm (FR 30) spełniająca wszystkie wymagania zamawiającego.

Podczas projektowania karty katalogowej dla rurki nosowo-gardłowej firmy RUSCH oferowanej przez Boxmet wkradła się oczywista omyłka pisarska polegająca na błędnym podaniu dwóch cyfr w numerze katalogowym, oraz zamianie kolejności cyfr 0 i 3, to jest podano 185420-000030, a winno być prawidłowo: 125410-000300. Na skutek czego nastąpiło również wskazanie, że kolor rurki jest zielony, natomiast winien być: przezroczysty.

Rurką zamawianą (oferowaną) przez Boxmet jest rurka nosowo-gardłowa o numerze katalogowym 125410-000300, jest to rurka nosowo-gardłowa wykonana z miękkiego PCV, przezroczysta, silikonowana, bez lateksu i bez ftalanów, spełniająca wszystkie wymagania siwz - Załącznik 5a, Rozdział I pkt 7, w szczególności podpunkt 2.

Na dowód czego odwołujący Boxmet załączył:

- oświadczenie firmy Teleflex z wyjaśnieniem przyczyn omyłki pisarskiej w karcie katalogowej wraz z prawidłową kartą katalogową (bez omyłek pisarskich);

- oświadczenie zarządu firmy Boxmet o tym, że oferowana rurka nosowo-gardłowa spełnia wszelkie wymagania siwz, w tym Zał. 5a Rozdz. II, pozycja 7, w szczególności wykonana jest z miękkiego PCV medycznego

Odwołujący Boxmet podniósł, że takie omyłki pisarskie mają miejsce i nie są rzadkością. Wskazał, że zamawiający sam popełnił oczywistą omyłkę pisarską, wskazując, że rurka ma być wykonana „z miękkiego PVC", tymczasem jest oczywiste, że chodzi o „PCV" (powszechnie znany materiał). Nikt jednak z wykonawców nie miał wątpliwości, o jaki materiał chodzi zamawiającemu, gdyż jest to fakt powszechnie znany dla podmiotu zajmującego się dostawą wyrobów medycznych.

Odwołujący podniósł, że z art. 87 ust. 2 ustawy wynika dopuszczalność w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (takie omyłki zamawiający poprawia „z urzędu"). Tym bardziej zatem dopuszczalne jest istnienie oczywistych omyłek pisarskich w treści kart katalogowych do oferowanych produktów (same karty katalogowe nie są ofertą, zamawiający nie mógłby ich „z urzędu" poprawić, skoro są to dokumenty załączane przez wykonawcę). zamawiający w takich okolicznościach winien ewentualnie wezwać odwołującego do wyjaśnienia przyczyn takiej omyłki i przedłożenia prawidłowego dokumentu bez omyłek.

Niemniej wskazuję, że jako przykład omyłki pisarskiej Krajowa Izba Odwoławcza uznała wpisanie w ofercie błędne pojemności silnika.- wyrok KIO z 7 maja KIO 842/12, KIO 849/12. Odwołujący podkreśli że oferuje produkt - rurkę nosowo-gardłową zgodny z siwz. Załączona przez odwołującego karta katalogowa przedstawiała produkt zgodny ze specyfikacją, w szczególności w opisie wyraźnie wskazano, że jest on wykonany z miękkiego PCV medycznego, nastąpiła jedynie omyłka pisarska polegająca na podaniu błędnych cyfr w numerze katalogowym, co skutkowało błędnym mniemaniem zamawiającego, że odwołujący Boxmet miałby zaoferować inną rurkę, wykonaną z Wiruprenu (gumy). Poza tym na karcie wprost wskazano parametry zgodne z siwz), a zgodność ta została to potwierdzone zarówno oświadczeniem wyjaśniającym producenta TELEFLEX, kartą katalogową z poprawnym numerem, jak i oświadczeniem upoważnionych przedstawicieli spółki Boxmet Medical. Odwołujący Boxmet nadto podniósł, że firma Medline sp zoo, która to „wytyka" odwołującemu tego typu błędy, sama dopuszcza sie ich w treści oferty i to składanej w niniejszym postępowaniu. Przykładowo: w treści składanej przez Medline oferty - Załącznika nr 2, tj. JEDZ, Rozdział C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w treści dokumentu, tj. Czy wykonawca może potwierdzić, że:

a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji:

b) nie zataił tych informacji;

c.) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucje zamawiającą łub podmiot zamawiający; oraz

d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zmawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia łub wskutek zaniedbania przedstawić 'wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia - Medline zaznaczyła „NIE"

Pismem z dnia 28.05.2019 r. zamawiający zwrócił się z prośbą do Medline o wyjaśnienie treści złożonego oświadczenia. Pismem z dnia 31.05.2019 r. Medline wskazała, że „w pierwotnej wersji dokumentu JEDZ, w części II sekcja C wkradła się omyłka wynikająca z przeoczenia i polegająca na błędnym wpisaniu NIE zamiast TAK"

Inny Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu - J. D. Paramedyk również powoływał się na omyłkę w piśmie z 16.04.2019 r. do zamawiającego, pisząc:

„w treści złożonego przeze mnie formularza cenowego znajduje się oczywista omyłka pisarska w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Mianowicie na drugiej stronie formularza cenowego pod pozycją nr 5, jako producent/wytwórca gazy wypełniającej zrolowanej Tactical Compressed gauze omyłkowo wskazany został Hangzhou Eormed Medical Devices, podczas gdy producentem oferowanej przeze mnie gazy jest Jiangsu Jiele Medical Dressing. Powyższe potwierdzają pozostałe dokumenty dołączone do złożonej - przeze mnie - oferty (....)' Dodatkowo, analiza postępowania przetargowego wskazuje, że zamawiający, jeśli miał wątpliwości co do danych na dokumentach, zwracał się do wykonawców o wyjaśnienia.

Przykładowo, w piśmie z 30.04.2019 r. adresowanym do innego wykonawcy - Neomed Polska sp zoo zamawiający wskazuje, że:
„z formularza cenowego wynika, że zaoferowana rurka nosowo-gardłowa OptiLube (numer katalogowy JK007) producent: Hangzhou Formed Medical Devices, posiada okres ważności 8 lat. W postępowaniu prowadzonym w roku 2019 r. pod nr WOFiTM/2/2019/PN zaoferowana została identyczna rurka nosowo-gardłowa z okresem przydatności 5 lat. W obydwu postępowaniach zostały przedstawione identyczne dokumenty, tj. Certyfikat CE oraz Deklaracja zgodności (Formularz dla podmiotu). W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, wraz z przedstawieniem dowodów, z czego wynika zaoferowany 8 letni okres przydatności w przedmiotowym postępowaniu"

Wątpliwości te Neomed wyjaśnia, wskazując, że termin gwarancji może zostać wydłużony przez producenta, przedkłada ofertę cenową potwierdzającą 8-letni termin ważności dla rurki nosowo-gardłowej oraz ulotkę danego wyrobu załączoną wraz z ofertą.

Zamawiający zatem:

1) akceptował te omyłki (co prawda J. D. został wykluczony z postępowania, ale z zupełnie innego powodu, bynajmniej nie z powodu owych omyłek). Sytuacja, gdy zamawiający z jednej strony akceptuje omyłki dużo większej wagi, bo dotyczące przecież integralnej części oferty, jaka jest JEDZ czy formularz cenowy (błędne wpisanie producenta), a nie akceptowałby omyłki pisarskiej w treści karty katalogowej produktu, która przecież to karta nie jest nawet treścią oferty (a jedynie dokumentem składanym na wezwanie zamawiającego) jest już nielogiczna.

2) gdy powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z siwz (np. co do terminu przydatności, ze względu na wątpliwość co do treści dokumentów), zwracał się o wyjaśnienie do wykonawcy, tak jak w przypadku NEOMED Polska sp. z o.o. postępowanie zamawiającego polegające na tym, ze nie zwrócił się do Boxmet o żadne wyjaśnienia, dając bezgraniczną wiarę pismu konkurenta, jest niezrozumiałe.

Zestawienie powyższych czynności zamawiającego według odwołującego Boxmet wskazuje, że dyskryminuje jednego wykonawcę, tj. właśnie odwołującego, faworyzując innych. A zatem traktuje nierówno wykonawców, w sposób wybiórczy, czego skutkiem było bezpodstawne zaniechanie wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do treści karty katalogowej rurki nosowo-gardłowej oferowanej przez Boxmet i tym samym wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą jak i uznanie jej za niespełniającą wymogów siwz.

Odwołujący Boxmet wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, ponieważ ma on interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku pakietów nr 1,3,4,6,7 oferta odwołującego jest najkorzystniejsza i gdyby nie wykluczenie go z postępowania, zostałaby wybrana (tak zresztą uczynił zamawiający w pierwotnym wyborze ofert z 3 czerwca 2019 r. - zał. nr 3 do Odwołania). Szkodą zaś jest brak uzyskania zamówienia i wynikających z tego korzyści. W przypadku pakietów nr 2,5,8 co prawda oferta odwołującego może nie być najkorzystniejsza (wybrany został wykonawca Neomed Polska sp. z o.o.), jednakże, że odwołujący Boxmet ma interes w kwestionowaniu wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, które to wykluczenie może mieć daleko idące skutki dla oceny jego wiarygodności w innych postępowaniach. Odwołujący od wielu lat realizuje zamówienia dla Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej i cieszy się uznaniem i renomą. Utrata tej renomy i wiarygodności stanowi bez wątpienia szkodę odwołującego. Interes we wniesieniu odwołania jest interpretowany szeroko - tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 grudnia 2011 r. V Ca 1973/11.

W dniu 24 czerwca 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 27 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Medline sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze wnosząc o oddalenie odwołania Wskazał, że jako wykonawca wybrany w zadaniach 1, 3, 4 6 i 7, w których odwołujący Boxmet skarżył czynność odrzucenia swojej oferty oferta Medline została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu pozyskanie zamówienia. Powołał się na wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 5/14. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została zamawiającemu i odwołującemu przekazana w dniu 26 czerwca 2019r.

W dniu 27 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca J. D. wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożył ofertę na zadania 1, 3, 4, 6 i 7 oraz wniósł odwołanie na czynność własnego odrzucenia oferty, dlatego w przypadku

uwzględnienia jego własnego odwołania i oddalenia przedmiotowego odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponadto w zakresie pakietów 2,5 i 8 spółka Neomed, wybrana w tych pakietach nabywa od J. D. część towarów, dlatego jest on zainteresowany w utrzymaniu wyboru wykonawcy Neomed w tych częściach. Zgłoszenia zostało podpisane przez właściciela firmy. Brak dowodu przekazania kopii zgłoszenia.

W dniu 27 czerwca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Neomed wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta został uznana za najkorzystniejszą w pakietach 2, 5 i 8, a uwzględnienie odwołania może pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 czerwca 2019r. udzielonego przez prokurenta samoistnego, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu27 czerwca 2019r.

W dniu 1 lipca 2019r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Odwołujący złożył opozycję wobec przystąpienia Neomed po stronie zamawiającego w zakresie części II, V, VIII podnosząc, iż żądane przez niego przywrócenie oferty do postępowania nie wpłynie w tych częściach na ranking ofert, a zatem interes Przystępującego nie jest zagrożony.

Przystępujący Neomed, przystępujący Medline i przystępujący J. D. wnieśli sprzeciw wobec uwzględniania odwołania.

Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie pakietu II, V i VIII.

Przystępujący Neomed zgłosił wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego wobec cofnięcia odwołania w pakietach II, V i VIII, gdyż cofnięcia nastąpiło na mniej niż jeden dzień przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron.

Przystępujący Medline w stanowisku pisemnych wskazał na WTT poz. 7 załącznika 5a po modyfikacji oraz rozdziału X pkt. 15 siwz, a także na odpowiedź na zapytania do treści siwz nr 21 z dnia 18 lutego 2019r. Wskazał, że odwołujący Boxmet zaoferował rurkę nosowo-gardłową firmy Teleflex w rozmiarze 7mm (30 FR). Wraz z ofertą odwołujący Boxmet załączył kartę katalogową, która wskazywała numer katalogowy produktu i opis rurki. Przystępujący pozyskał od producenta karty katalogowe oraz przeprowadził z nim korespondencję. W katalogu producenta na str. 39 -40 jest kilka modeli rurek. Odwołujący wskazał na numer katalogowy 185420-000030, który to numer w katalogu producenta wskazuje na rurkę typu WENDL wykonaną z materiału WIRUPREN, przy czym pierwszy rząd cyfr oznacza model rurki, a drugi człon na zaoferowany rozmiar. Z karty przystępującego dodatkowo wynika, że odwołujący zaoferował rurkę w kolorze zielonym. Z odwołania wynika, że numer katalogowy jest efektem omyłki i że oferowany produkt posiada numer katalogowy 125410-000030. Według przystępującego Medline nie mogło dojść do omyłki pisarskiej, gdyż karta katalogowa zawiera poprawny numer katalogowy modelu produktu i zdjęcie oraz konstrukcja zaoferowanej rurki jest taka sama jak w katalogu producenta, co więcej w karcie jest informacja, że rurka jest zielona. Producent Teleflex oferuje rurki żółte, zielone, przeźroczyste i pomarańczowe i rurka o numerze 185420 wykonana z wiruprenu ma kolor zielny, a rurka o numerze 125410 jest przeźroczysta. Zastosowana numeracja rozmiaru (średnicy wewnętrznej) rurek jest różna w zależności od modelu. Rurka nr 185420 ma rozmiar 7 mm 30 FR, a rurka o numerze 125410 rozmiar 7mm odpowiednik 28 FR, czyli karta katalogowa pierwotna także ma błąd co do rozmiaru bo 7mm to rozmiar 28 FR, a 7,5mm odpowiada rozmiarowi 30 FR Ponadto żadna z rurek produkowanych przez producenta Teleflex nie spełnia w 100% wymagań zamawiającego, gdyż nie są silikonowane. Takie działanie odwołującego Boxmet jest działaniem umyślnym i próbą zmiany oferty na etapie postępowania odwoławczego, a odwołujący pierwotnie chciał zaoferować rurkę o modelu 185420.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, modyfikacji załącznika nr 5a do siwz z dnia 15 lutego 2019r. z 1 marca 2019r., wyjaśnień treści siwz odpowiedzi na pytania nr 1 z 7 lutego 2019, 3 i 26 z 18 lutego 2019, oferty odwołującego J. D.,

oferty odwołującego Boxmet, karty produktu TO-091, oświadczenia prezesa zarządu firmy Toma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wysogotowie, oględzin markera permanentnego TO-091, pisma Medline sp zoo do zamawiającego z 30 maja 2019 r. informujące o rzekomej niezgodności zaoferowanej przez Odwołującego rurki nosowo-gardłowej z wymaganiami SIWZ; strony 39 z asortymentu firmy TELEFLEX ilustrująca 3 rodzaje rurek nosowo-gardłowych o nr katalogowych 185420,125200 raz 125410 wraz z tłumaczeniem na język polski, fragmentu formularza z oferty Boxmet, karty katalogowej z oferty Boxmet dotycząca rurki nosowo-gardłowej o nr 185420-000030, korespondencji Medline z firmą TELEFLEX, oświadczenia firmy Teleflex z wyjaśnieniem przyczyn omyłki pisarskiej w karcie katalogowej wraz z prawidłową kartą katalogową (bez omyłek pisarskich), oświadczenia zarządu firmy Boxmet o tym, że oferowana rurka nosowo-gardłowa spełnia wszelkie wymagania SIWZ, w tym Zał. 5a Rozdz. II, pozycja 7, w szczególności wykonana jest z miękkiego PCV medycznego, JEDZ złożonego przez Medline - Zał. nr 2 do oferty Medline, pisma zamawiającego do Medline sp zoo z 28.05.2019 r., pisma Medline do zamawiającego z wyjaśnieniem omyłki z dnia 31.05.2019 r., pisma J. D. Paramedyk do zamawiającego z dnia 16.04.2019 r., pisma zamawiającego do Neomed Polska sp zoo z 30.04.2019 r., pisma Neomed Polska sp zoo do zamawiającego z 06.05.2019 r., korespondencji pomiędzy firmą TOMA, a zamawiającym w dniach 13 - 14 czerwca 2019r.wydruku ze strony b2b.toma.com.pl, wydruku ze strony hurtowniapapieru.pl, korespondencji pomiędzy Boxmet, a Tom z dnia 15 stycznia 2019r, karty produktu TO-091korespondencji pomiędzy Medline, a Teleflex z maja 2019, karty katalogowej 125410-000300, badań TG, DSC i FTIR rurek nosowo-gardłowych Teleflex i Sumi, korespondencji pomiędzy Medline, a firmą Skamex.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że treść siwz dopuściła fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy w rozdziale IX pkt. 13 ppkt. 3. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 7 lutego 2019r. zamawiający wyjaśnił, że zastosuje tę przesłankę także w odniesieniu do częściowego odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z załącznika nr 5a w brzmieniu ustalonym w dniu 15 lutego 2019r. wynika, że zamawiający wymagał markera permanentnego o cechach zgodnych z przywołanymi w odwołaniu. Z wyjaśnień na pytanie 3 i 26 z 18 lutego 2019r. do siwz wynika, że zamawiający wymagał markera permanentnego w kolorze czarnym, który będzie miał zastosowanie w polu walki, a nie chirurgiczne oraz, że marker ten ma mieć grubość linii w przedziale 0,3 cm do 0,8 cm, a marker o grubości linii 0,5 cm spełnia wymagania zamawiającego.

Z załącznika nr 5a do siwz po modyfikacji z dnia 1 marca 2019r. wynika, że w pkt. 7 ppkt. 2 zamawiający wymagał rurki nosowo-gardłowej wykonanej z miękkiego PVC medycznego przeźroczystego lub w kolorze zielonym, silikonowana, bez lateksu i ftalanów

Z karty produktu TO-091 załączonej do oferty odwołującego wynika, że marker permanentny TO-091 ma grubość końcówki ściętej 5 mm i grubość linii pisania około 5 mm. Okoliczność tę potwierdza także oświadczenie prezesa zarządu z dnia 10 czerwca 2019r. zeznania świadka W. T. oraz dowód z oględzin markera permanentnego TO-091

Z oferty Boxmet wynika, że w załączniku nr 5 do siwz po modyfikacji odwołujący Boxmet zaoferował w pkt. 7 dla zadań 1-8 rurkę nosowo-gardłową 7,0mm (30Fr) lubrykant Teleflex Optimum Medical Solution 60 m-cy rurka, 48 m-cy lubrykant.

Z karty katalogowej nr kat. 185420-000030 wynika, że rurka nosowo-gardłowa dostawcy Teleflex jest wykonana z miękkiego PCV w kolorze zielonym, silikonowana, bez lateksu, bez ftalanów. Karta ta nie została podpisana, została sporządzona na papierze firmowym firmy T eleflex.

Z pisma Medline z dnia 30 maja 2019r. wynika, ze wykonawca Boxmet załączył kartę katalogową przygotowaną przez siebie, ponieważ informacje na niej zawarte są niezgodne z informacjami otrzymanymi od producenta. Wskazany numer katalogowy wskazuje na rurkę wykonaną z materiału Wirupren, który jest rodzajem gumy, a nie miękkim PCV medycznym.

Z załączonej do pisma karty katalogowej wynika, że rurki nosowo-gardłowe Rusch są oferowane w numerach katalogowych:

185420 - są to rurki wykonane z materiału typu wipuren w kolorze zielonym, silikonowane o

średnicy 7 mm przy rozmiarze FR 30

125200 - są to rurki wykonane z miękkiej gumy

125410 - są to rurki wykonane z PCV przeźroczyste, bez danych co do silikonowania, o średnicy 7,5mm przy rozmiarze FR 30 i 7mm przy rozmiarze FR 28.

Z korespondencji elektronicznej pomiędzy Medline, a Teleflex z dnia 23-24 maja 2019r.

wynika, że Teleflex oferuje zielone rurki nosowo-gardłowe Rusch wykonane z wipurenu, pozbawione DEHP i lateksu. Wipuren, to rodzaj gumy. Właściwy kod katalogowy dla rozmiaru 30 to 185420-0000300.

Z pisma Teleflex z dnia 18 czerwca 2019r. wynika, że podczas projektowania karty katalogowej dla rurki nosowo-gardłowej firmy Rusch oferowanej przez Boxmet doszło do oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na błędnym podaniu dwóch cyfr w numerze katalogowym oraz zamianie kolejności cyfr 0 i 3 to jest podano 185420-000030 a powinno być 125410-000300, w skutek czego nastąpiło również wskazanie, że kolor rurki jest zielony, a powinien być przeźroczysty. Rurką zamawianą przez Boxmet jest rurka o numerze katalogowym 125410-000300 i jest to rurka nosowo-gardłowa wykonana z miękkiego PCV przeźroczysta, silikonowana bez lateksu i bez ftalanów w załączeniu złożono prawidłową według dostawcy kartę katalogową. Karta została opatrzona pieczęcią firmową i podpisana - podpis nieczytelny. Została sporządzona na papierze firmowym firmy Teleflex.

Z oświadczenia z dnia 21 czerwca 2019r. sporządzonego przez członka zarządu i prokurenta firmy Boxmet wynika, że firma Boxmet zaoferowała rurkę z miękkiego PCV medycznego bezbarwną, przeźroczystą.

Z JEDZ Medline w części C w oświadczeniu dotyczącym braku poważnego wprowadzenia w błąd oznaczył opcję „Nie".

W dniu 28 maja 2019r. zamawiający wezwał Medline do wyjaśnień tego oświadczenia.

W dniu 31 maja 2019r. Medline wyjaśniło, że w wyniku omyłki wynikającej z przeoczenia zaznaczono NIE zamiast Tak. W załączeniu złożono poprawiony JEDZ.

W dniu 16 kwietnia 2019r. wykonawca J. D. wyjaśnił. Że w formularzu ofertowym na drugiej stronie znajduje się omyłka pisarska, gdyż pod pozycję 5 mylnie podano Hangzhou Formed Medical Devices, podczas gdy producentem gazy jest Jiangsu Jiele Medical Dressing, co potwierdza załączona do oferty ulotka informacyjna, a także certyfikat EC i deklaracja zgodności EC.

Z pisma zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2019r. do Neomed wynika, że zamawiający wyjaśniał okres przydatności rurki nosowo-gardłowej Optilube JK 007 producent Hangzhou Formed Medical Devices, podczas gdy w innym postępowaniu została zaoferowana ta sama rurka z okresem przydatności 5 lat.

W dniu 6 maja 2019r. Neomed wyjaśnił, że oferowana przez niego rurka ma okres przydatności 8 lat, co wynika z karty katalogowej, na dowód przedstawiono ofertę cenową producenta potwierdzającą datę przydatności.

Z korespondencji pomiędzy firmą TOMA, a zamawiającym w dniach 13-14 czerwca 2019r., wynika, że przesłana zamawiającemu w kwietniu 2019r. karta katalogowa zawierała błąd dotyczący końcówki tego markera i producent załączył kartę z prawidłowymi danymi oraz, że marker posiada linię pisania ok. 5 mm, ze względu tego, że marker jest ścięty można w zależności od ułożenia końcówki, siły nacisku i rodzaju podłoża uzyskać kreskę od ok. 1 mm do 6 mm, a główną naturalną linią pisania tego markera, którą uzyskuje się bez specjalnego ułożenia jest 5 mm.

Z wydruku ze strony b2b.toma.com.pl, wynika, że marker TO-091 ma końcówkę ściętą 1,5mm Z wydruku ze strony hurtowniapapieru.pl, wynika, że marker Toma TO-091 jest ścięty 1,5mm, grubość linii pisania 1-3 mm oraz grubość linii 1,5 mm, grubość końcówki 2,5mm Z korespondencji pomiędzy Boxmet, a Toma z dnia 15 stycznia 2019r wynika, że TOMA na przytoczone w zapytaniu parametry markera zgodne z siwz może jedynie zaoferować marker TOMA TO-201, ale ma ok końcówkę ściętą 1-5mm

Z karty produktu TO-091 złożonej przez przystępującego Boxmet wynika, że ma on grubość końcówki 2,5mm

Z korespondencji pomiędzy Medline, a Teleflex z maja 2019 wynika, że Medline producent Teleflex proponował przy podanym opisie wymagań zamawiającego rurkę nosowo-gardłową z wiruprenu bez DEHP i lateksu i występują w rozmiarze FR 30 i średnicy 7,0mmnatomiast rurka o symbolu 125410 przeźroczysta z PCV, też nie spełnia wymagań bo nie jest silikonowana, a że wykonana jest z PCV, to prawdopodobnie zawiera ftalany.

Z karty katalogowej 125410-000300 wynika, że jest ro rurka z miękkiego PCV bezbarwna, bez lateksu, bez ftalanów, olej silikonowy, średnica wew. 7,00 mm FR 30.

Z badań TG, DSC i FTIR rurek nosowo-gardłowych Teleflex i Sumi wynika, że rurka Teleflex wykonana z tworzywa o nazwie Wirupren i rurka Sumi wykonana z silikonowego miękkiego PCV przeźroczysta nie są tożsame materiałowo dla obu typów przebadanych rurek, różnią się

widmem, brakiem wspólnych pasm absorbcyjnych, odmiennym przebiegiem krzywej grzania i innym końcowym ubytkiem masy.

Z korespondencji pomiędzy Medline, a firmą Skamex wynika, że rozmiar 30-7 mm jest dostępny tylko w nieprzeźroczystych wersjach z Wiruprenu lub gumy, że zawsze druga część numeru katalogowego oznacza rozmiar.

Przewodnicząca zarządziła otwarcie strony zgodnie z adresem wskazanym w 2 linijce od dołu na str. 2 odwołania. W obecności przedstawicieli stron i uczestników postępowania otwarta została strona z kartą produktu TO-091, jest to marker permanentny.

Grubość końcówki - końcówka ścięta 5 mm

Grubość linii pisania - ok. 5 mm

Następnie Izba przeszła do oględzin złożonego markera permanentnego Toma oznaczonego nr TO-091 ze znakiem kodu kreskowego 5 90 11 33 09 13 14 przy użyciu odpakowanej na oczach uczestników linijki plastikowej wyprodukowanej dla Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu. Izba, po otwarciu markera dokonała pomiaru, Izba przyłożył ściętą końcówkę markera linijki i ustaliła, że długość końcówki ściętej wynosi 5 mm. Izba zbadała również średnicę końcówki - wynosi ona 5 mm. Izba wykonała kreskę o długości około 7 cm i ustaliła, że grubość tej kreski wynosi, w odległości od początku tej kreski: 1,5 cm - 4 mm, 4 cm - 4 mm i 6 cm - 4 mm.

Właściciel firmy J. D. dokonał kreski o długości 13 cm. Dokonano jej pomiaru w tych samych punktach: 1,5 cm - 3 mm, 4 cm - 3 mm i 6 cm - 3-4 mm.

Przystępujący Neomed wykonał kreskę o długości 6,6 cm. Dokonano jej pomiaru w tych samych punktach: 1,5 cm - 3 mm, 4 cm - 3 mm i 6 cm - 3 mm.

Przystępujący Boxmet wykonał kreskę o długości 9,2 cm. Dokonano jej pomiaru w tych samych punktach: 1,5 cm - 1 mm, 4 cm - 1 mm i 6 cm - 1 mm.

Odwołujący J. D. wnosi o przyjęcie wyniku pomiaru dokonanego w ramach oględzin wyłącznie z ograniczeniem danych ustalonych na podstawie linii wykonanej przez przewodniczego składu podnosząc, iż linie wykonane przez sony i uczestników zainteresowanych wynikiem sporu mogą budzić wątpliwości co do bezstronności.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin i wykonania linii pisania markera oferowanego przez Boxmet celem wykazania, że stopień zaangażowania stron w postępowanie może wpływać na sposób wykonywania linii przez uczestników postępowania. Przewodnicząca postanowił oddalić ten wniosek wskazując, iż rozważy pierwotny wniosek pełnomocnika, gdyż marker, który być może został zaoferowany przez Boxmet w tym postępowaniu, nie jest elementem sporu.

Odwołujący wskazał, iż niedopuszczenie wnioskowanego dowodu jest nieprawidłowe w świetle art. 191 ust. 1 ustawy, gdyż dowód ten ma służyć rozstrzygnięciu okoliczności istotnych w postępowaniu, a dowodzących, że pełnomocnik strony Przystępującej Boxmet celowo zaburzył wyniki dokonywanych oględzin markera TO-091.

Izba uznając argumentację odwołującego J. D., co do wadliwości próby wykonania linii pisania przez zaangażowane w spór strony, uznała za wiarygodny i poddała ocenie wyłącznie dowód z oględzin i eksperymentu rysowania linii pisania i mierzenia jego grubości pozyskany od przewodniczącego składu orzekającego.

Izba biorąc pod uwagę przeprowadzone dowody z dokumentów, dowody z oględzin oraz mając na względzie fakt, że odwołujący J. D. cofnął wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka W. uznała, że przeprowadzenie tego dowodu w świetle pozostałych dowodów nie jest niezbędne dla rozstrzygnięcia i nie przeprowadziła w tym zakresie dowodu z urzędu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Wobec nie popierania przystąpienia przez Medline po stronie zamawiającego w sprawie sygn.. akt KIO 1076/19 Izba uznała zgłoszone przystąpienie za wycofane i nie wywołujące skutków prawnych.

Izba postanowiła oddalić zgłoszoną opozycję Boxmet wobec przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawcy Neomed podnosząc, że nie ma możliwości, mimo faktycznego ustawowego rozdzielnia czynności wykluczenia wykonawcy, którego konsekwencją jest odrzucenie jego oferty, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez wzruszania pierwotnie dokonanej oceny ofert. Oferta wykonawcy wykluczonego nie bierze udziału w ocenie ofert i nie buduje rankingu ustalającego ofertę najkorzystniejszą, zatem, jeśli na skutek wykluczenia wykonawcy jego oferta nie była poddana ocenie, a miałby powrócić do postępowania, to należałoby wzruszyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną w niepełnym kręgu wykonawców. Z tego względu Izba uznaje, że przystępujący Neomed w pakietach II, V i VIII wykazał interes w przystąpieniu.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołań na postawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1076/19

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Izba umarza postępowanie w sytuacji cofnięcia odwołania. W ocenie Izby norma ta ma zastosowanie także w sytuacji częściowego wycofania zarzutów odwołania, albowiem rozstrzygnięcie postępowania powinno dotyczyć wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, w tym również tych wycofanych. Z tego względu Izba umorzyła postępowanie w części, w jakiej zostało ono wniesione wobec zaniechania zamawiającego wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical sp. z o.o. z uwagi na wcześniejsze nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym, co doprowadziło do odstąpienia od umowy tj. naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, oraz naruszenia art. 92 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical, w oparciu również o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 i wniosku o nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Boxmet Medical w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, gdyż w odniesieniu do tych zarzutów odwołujący cofnął odwołanie w dniu 25 czerwca 2019r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez wykluczenie wykonawcy z postępowania pomimo tego, że — wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Zarzut potwierdził się. Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego w obrocie rynkowym wystąpiły dwie karty produktu TO-091, jedna wskazująca na grubość końcówki 5 mm i grubość linii ok. 5 mm, oraz druga złożona przez przystępującego Boxmet i dostępna zamawiającemu o grubości końcówki 2,5mm. Nadto z dowodów przedłożonych przez przystępującego Boxmet wynika, że dla końcówki 2,5mm grubość linii wynosi ok. 1,5mm. Jednocześnie Izba ustaliła, że zamawiający wymagał grubości kreski rozumianej przez niego jako grubość linii pisania, a nie grubość końcówki markera. Izba dała wiarę dowodom odwołującego J. D. w postaci jego karty produktu, korespondencji firmy Toma z zamawiającym w dniach 13 - 14 czerwca 2019, a także oświadczeniu Prezesa zarządu firmy Toma, że doszło do omyłkowego wprowadzenia do obrotu karty produktu TO-091 określającego grubość końcówki jako 2,5mm. Błąd karty w tym zakresie potwierdzają poczynione przez Izbę oględziny, które świadczą o tym, że zarówno średnica markera, jak i jego ścięta krawędź mierzą 5mm. Zamawiający nie określił w siwz wymagania dotyczącego grubości końcówki, ani sposobu dokonywania pomiaru tej grubości, tym samym należało przyjąć interpretację korzystną dla odwołującego J. D., że grubość końcówki to 5 mm, zgodnie ze złożoną przez niego kartą katalogową. Prowadzi to w konsekwencji do wniosku, że ustalony przez Izbę stan faktyczny nie dawał podstaw do uznania racji zamawiającego i przystępującego Boxmet, że grubość tej końcówki wynosi 2,5mm. Takie ustalenie w ocenie Izby pozostawałoby w sprzeczności z rzeczywistością. W konsekwencji, skoro odpadła podstawa podania informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, rozważanie dalszego spełniania przesłanek stopnia winy nieumyślnej - lekkomyślność czy rażące niedbalstwo, czy też wpływu tej informacji na wynika postępowania było bezcelowe, bo jak słusznie podniósł odwołujący J. D. przesłanki fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy muszą być spełnione

łącznie. W konsekwencji brak jednej z przesłanek nie pozwala zamawiającemu na skuteczne wykluczenie odwołującego J. D. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Zamawiający informacji o grubości końcówki wbrew stanowisku przystępującego Boxmet w żaden sposób w uzasadnieniu podstaw wykluczenia nie wiązał z podaniem nieprawdziwej informacji o grubości kreski (linii pisania). Domysłem jedynie przystępującego jest to, że zamawiający znając grubość końcówki 2,5 mm mógł uznać za niewiarygodne oświadczenie o grubości kreski/linii pisania jako nie mieszczącej się w wymaganym przedziale 0,3 do 0,8mm. Brak podania przez zamawiającego, że to informacja o grubości kreski/linii pisania jest informacją wprowadzająca w błąd, powoduje, że odwołujący J. D. nie mógł skutecznie w tym zakresie podnieść zarzutu. W konsekwencji poza granicami postawionych zarzutów była okoliczność, czy zadeklarowana grubość kreski/linii pisania ok. 5mm jest informacją prawdziwą czy wprowadzającą w błąd zamawiającego, gdyż to nie był powód wykluczenia odwołującego J. D. wskazany przez zamawiającego w uzasadnieniu podstaw wykluczenia. Izba przyznała rację odwołującemu J. D., że sformułowanie w uzasadnieniu podstaw odrzucenia tezy, iż z uzyskanych od producenta informacji, wynika, że nie ma on (w domyśle producent TOMA) w swojej ofercie markera, który by spełniał wszystkie wymagania określone w WTT dla markera

permanentnego (załącznik 5a, Rozdział II, pkt 10), nie może stanowić podstawy wykluczenia J. D. z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy, a to przede wszystkim z tego względu, że sam fakt nawet potencjalnego niespełniania wymagań przedmiotowych może wywoływać różne skutki w sferze postępowania o zamówienie publiczne. Fakt niewykazania wymagań przedmiotowych może być podstawą do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych (oczywiście przy jednoznacznie określonym w ofercie zaoferowanym przedmiocie) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w przypadku nie odpowiadania deklarowanego przedmiotu zamówienia treści siwz, może być to podstawa do poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 jeśli zmiana nie wywołała by istotnych zmian w treści oferty, może być to również podstawa do odrzucenia oferty, jeśli oferta nie odpowiada treści siwz i nie można jej konwalidować, czy wreszcie jak w przedmiotowej sprawie może być to podstaw wykluczenia, jeśli informacja dotycząca przedmiotu zamówienia pozornie wskazuje na spełnienie wymagań zamawiającego, ale w rzeczywistości jest nieprawdziwa. Tym samym powołane przez przystępującego Boxmet stwierdzenie zamawiającego z uzasadnienia podstaw wykluczenia, w żaden sposób nie może być uznane za uprawnienie do kwestionowania w ofercie odwołującego J. D. wszelkich informacji złożonych w jego ofercie. Odwołujący na podstawie tego stwierdzenia musiałby ustalić okoliczności faktyczne, czyli jakich wymagań zamawiającego rzekomo nie spełnia oferowany przez niego przedmiot zamówienia i podstawy prawnej, która eliminowałaby ofertę odwołującego z postępowania. Tym samym ogólnikowe stwierdzenie zamawiającego nie może być uznane za realne uzasadnienie okoliczności faktycznych i prawnych czynności dokonanej przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż zarzut odwołania zasługuje na uwzględnienie, zaś sprzeciwiający się tej czynności przystępujący Boxmet nie wykazał, że zarzut był niezasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez jego zastosowanie i uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, w sytuacji, w której brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Norma art. 24 ust. 4 ustawy jest ściśle powiązana z normami stanowiącymi podstawy wykluczenia - art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 ustawy. Tym samym nie można na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy uznać oferty za odrzuconą, jeśli czynność wykluczenia wykonawcy nie była prawidłowa. W przedmiotowej sprawie właśnie taka sytuacja ma miejsce. Izba oceniła, że czynność wykluczenia była nieprawidłowa, zatem w konsekwencji czynność uznania oferty odwołującego J. D. naruszała normę art. 24 ust. 4 ustawy. Zamawiający zatem nieprawidłowo zastosował art. 24 ust. 4 ustawy w odniesieniu do oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie oferty spółki Medline sp. z o.o. za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu - w odniesieniu do pakietów 1, 3, 4, 6 i 7 — i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu — w odniesieniu do ww. pakietów — była oferta odwołującego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący J. D. wykazał za pomocą samodzielnie sporządzonej symulacji oceny ofert, w przypadku udziału jego oferty w ocenie ofert i z tej symulacji wynika, że jego oferta, gdyby zamawiający jej nie odrzucił byłaby najkorzystniejsza

w pakietach 1, 3, 4, 6 i 7. Przystępujący Boxmet tej okoliczności nie przeczył. Izba uznała zatem przedstawioną symulację za wiarygodną. Tym samym skoro poddana ocenie oferta odwołującego J. D. byłaby najkorzystniejsza, a zamawiający nieprawidłowo wykluczył J. D. i odrzucił jego ofertę, to w konsekwencji nieprawidłowo dokonał czynności wyboru oferty Medline, która byłą mniej korzystna od oferty J. D. W ocenie Izby ta sytuacja faktyczna doprowadziła do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy, a także zasad zamówień publicznych jakimi są uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia zasądzając zwrot kosztów postępowania (wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł.) od przystępującego Boxmet na rzecz odwołującego J. D.

Sygn. akt KIO 1164/19

Postępowanie odwoławcze w odniesieniu do pakietów 2, 5, 8 należało umorzyć na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy, który stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze w odniesieniu do pakietów 2, 5, 8 zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący złożył jedno odwołanie, uiścił jeden wpis w zakresie postępowania odwoławczego podzielonego na części i jednocześnie w odniesieniu do pakietów 1, 3, 4, 6 i 7 podtrzymał w całości zarzuty odwołania, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, który nakazuje zwrot odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Izba postanowiła zasądzić na rzecz przystępującego Neomed zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że wycofanie odwołania, w części, w której przystąpienie po stronie zamawiającego, a następnie sprzeciw zgłosił Neomed, nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia. Izba dostrzega brak jednoznacznej regulacji kosztowej dotyczącej sytuacji złożenia kompleksowego odwołania od kilku części postępowania i cofania odwołania w poszczególnych częściach, a także sytuacji przystępującego w zakresie kosztów, w sytuacji, gdy przystępujący zgłosił przystąpienie i sprzeciw tylko w zakresie części postępowania o udzielenie zamówienia, które odwołujący cofnął. Kierując się zasadami logiki Izba stwierdziła, że z jednej strony dla odwołującego Boxmet wycofanie odwołania w odniesieniu do pewnych części postępowania nie niwelowało żadnego z postawionych zarzutów i skorelowanych z nimi żądań, a jedynie ograniczało zgodnie z wolą samego odwołującego ilość części, w których ma szansę uzyskać zamówienie. W ocenie Izby utrzymanie całości zarzutów i żądań z jedynym ograniczenie ilości części nie pozwala na uznanie, że odwołanie zostało wycofane. Inaczej byłoby, gdyby na każdą część złożono osobne odwołanie i osobno uiszczono wpis. Przy jedynym odwołaniu i jednym wpisie w ocenie Izby norma art. 187 ust. 8 ustawy nie ma zastosowania.

Natomiast odmiennie kształtuje się sytuacja przystępującego Neomed. Zgodnie z par. 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47),

w sytuacji wycofania odwołania na mniej niż jeden dzień przed otwarciem posiedzenia sprzeciwiającemu się wykonawcy służy prawo do zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania. Ratio legis tego przepisu jest takie, aby przeciwdziałać sytuacją zwlekania z czynnościami procesowymi przez strony do momentu otwarcia posiedzenia, co powoduje, że powstają po stronie przeciwników procesowych zbędne często koszty udziału w posiedzeniu lub rozprawie przed Izbą. Przepis ten ma prowadzić do racjonalizowania czynności wykonawców. Odwołujący Boxmet miał świadomość, co sam przyznał przy zgłaszaniu opozycji wobec przystąpieniu Neomed, że jego przywrócenie do postępowania w częściach 2, 5, 8 nie daje mu szans na uzyskanie zamówienia. Z drugiej strony dla przystępującego Neomed potencjalne uwzględnienie odwołania Boxmet powodowało uchylenie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i powrót do czynności oceny ofert, a więc niewątpliwie zmieniałoby jego sytuację w postępowaniu na niekorzyść. Tym samym rozważenie celowości podtrzymywania odwołania w częściach 2, 5, 8 zwłaszcza przy uwzględnieniu brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy, nie było po stronie odwołującego Boxmet uzależnione od czynności procesowych zamawiającego i mogło być dokonane niezależnie od nich. Z kolei fakt, iż przystępujący Neomed dowiedział się o wycofaniu odwołania już po zgłoszeniu przez siebie sprzeciwu, wymagało od niego poniesienia uzasadnionych kosztów obrony swoich praw, w szczególności kosztów zaangażowania pomocy prawnej. W konsekwencji Izba uznała, że w tym szczególnym przypadku zasądzenie kosztów postępowania od odwołującego Boxmet na rzecz przystępującego Neomed znajduje oparcie w powołanej wyżej normie rozporządzenia w sprawie rodzajów kosztów (...).

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo tego, że - wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba oparła rozstrzygnięcie przede wszystkim na karcie katalogowej złożonej przez odwołującego Boxmet w ofercie, korespondencji prowadzonej przez wykonawcę Medline z producentem Teleflex oraz dystrybutorem Skamex oraz katalogu produktów Rusch i karty katalogowej 125410-000300. Izba uznała za niewiarygodne oświadczenie producenta Teleflex załączonego przez odwołującego Boxmet, że przedmiotem omyłki były jedynie cyfry numeru katalogowego i kolor rurki nosowo-gardłowej, gdyż oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z innymi oświadczeniami Teleflex do przystępującego Medline, a także z katalogiem produktów Teleflex. Izba pominęła opinię prywatną z porównania rurki T eleflex z Wiruprenu z rurką Sumi z miękkiego PCV, gdyż dowód ten jest zbędny dla rozstrzygnięcia, ponieważ zamawiający nie dopuścił rozwiązania równoważnego w postaci rurki z wiruprenu, tym samym nie służy udowodnieniu okoliczności mającej znaczenie procesowe dowód na tezę, że produkty te nie są równoważne. Oświadczenie przedstawicieli Boxmet Izba uznała za pisemne stanowisko odwołującego Boxmet. Izba przyznaje rację odwołującemu Boxmet, że podstawą wykluczenia odwołującego była jedynie informacja, że rurka wykonana jest z PCV miękkiego medycznego, którą zamawiający uznał za nieprawdziwą i stwierdził, że rurka ta w rzeczywistości wykonana jest z wiruprenu. Jednakże sam ten fakt nie powoduje, w tym konkretnym przypadku, że nie należy zbadać co w rzeczywistości zaoferował odwołujący Boxmet. Jego sytuacja jest zupełnie inna niż odwołującego J. D. Podstawą wykluczenia J. D. była informacja nie dotycząca wymogu zamawiającego ustanowionego w siwz, natomiast w przypadku odwołującego Boxmet kwestionowana informacja dotyczy elementu wymaganego - materiału, z którego ma być wykonana rurka. Drugą różnicą w sytuacji obu wykonawców jest to, że odwołujący J. D. złożył kartę produktu prawidłową, a w obiegu rynkowym krążyła karta obarczona błędnymi informacjami w zakresie grubości końcówki, natomiast w tym postępowaniu odwołujący Boxmet sam przyznał, że otrzymał od producenta i przedstawił zamawiającemu kartę, która zawierała omyłki. Istotne zatem dla rozstrzygnięcia było ustalenie, czy i po czyjej stronie (odwołującego Boxmet, producenta) powstały omyłki i która treść jest treścią rzeczywistą, a która błędną. Dlatego aby ocenić, czy zamawiający miał prawo uznać, że to informacja o materiale wykonania rurki jest nieprawdziwa, należało ocenić całość informacji zawartych w karcie katalogowej złożonej przez odwołującego Boxmet.

Ograniczając się jedynie do danych podanych w karcie katalogowej 185420-000030 i karcie katalogowej 125410-000300 oraz informacjach wynikających z katalogu produktów, należało ustalić następujące fakty:

Nr karty 185420-000030 istnieje dla produktów Teleflex i dotyczy rurki nosowo-gardłowej z wiruprenu.

Nr karty 125410-000300 istnieje dla produktów Teleflex i dotyczy rurki nosowo-gardłowej z miękkiego PCV,

Zdjęcie rurki zamieszczone na karcie nr 185420-000030 odpowiada zdjęciu rurki w katalogu Teleflex, które zamieszczone jest nad opisem rurki z wiruprenu.

Zdjęcie rurki z katalogu dotyczące rurki PCV nie posiada górnego elementu wyglądającego jak wąski ustnik, ale kończy się okrągłym krążkiem.

Rurka z karty 185420-000030 jest w kolorze zielonym, co odpowiada rurce z wiruprenu w katalogu producenta.

Rurka z karty 125410-000300 jest przeźroczysta, co odpowiada rurce z PCV z katalogu producenta.

Karta katalogowa nr 185420-000030 dotyczy rurki silikonowanej, co odpowiada rurce z wiruprenu w katalogu,

W katalogu producenta w odniesieniu do rurki z PCV brak informacji o silikonowaniu czy jego braku, natomiast z korespondencji po między Medline, a Skamex wynika, że rurka z PCV nie jest silikonowana.

W karcie nr 185420-000030 podano średnicę wewnętrzną 7mm i rozmiar FR 30, co odpowiada danym dla rurki z wiruprenu, natomiast dla rurki z PCV przy rozmiarze FR 30 w katalogu producenta jest zamieszczona średnica wewnętrzna 7,5mm, zaś dla średnicy wewnętrznej 7mm rozmiar rurki z PCV to FR 28.

Porównanie tych wszystkich danych wskazuje, że złożona przez odwołującego karta katalogowa zawiera przeważającą ilość informacji, które dotyczą rurki z wiruprenu: nr karty, zdjęcie, kolor zielony, rozmiar FR 30, średnicę wewnętrzną 7mm, silikonowanie, brak ftalanów, niż informacji dotyczących rurki z PCV, dla której w złożonej karcie występuje informacja o materiale i braku lateksu (który to wymóg spełniały obie rurki). Biorąc to pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zamawiający dysponując kartą katalogową odwołującego, miał prawo dojść do przekonania, że odwołujący zaoferował mu rurkę z wiruprenu, a informacja w karcie o wykonaniu rurki z PCV była informacją mająca na celu wprowadzić go w błąd.

Nie ma racji odwołujący Boxmet wskazując, że to, iż zamawiający dopuścił kolor zielony, czy rozmiar 7mm, powoduje że zaoferowany przedmiot spełnia wymagania zamawiającego. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego to należałoby uznać, że przedmiotem oferty jest rurka z PCV o kolorze zielonym ze średnicą 7mm i FR 30, tylko że takiej rurki, choć zgodnej z siwz, nie oferuje producent, z którego oferty odwołujący Boxmet korzysta. Sam odwołujący Boxmet przyznał na rozprawie, że Teleflex nie produkuje rurek z PCV w kolorze zielonym, czyli takich jakie zaoferował odwołujący. Tym samym fakt, że materiał w kolorze zielonym jest zgodny z siwz nie przesądza, o tym że odwołujący zaoferował istniejący przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby całokształt zgromadzonego materiału dowodowego potwierdza, że nawet poprawienie szeregu informacji w karcie katalogowej jak nr karty, kolor materiału, rozmiar lub średnica wewnętrzna, nie dawałoby możliwości zaoferowania produktu Teleflex zgodnego z wymaganiami zamawiającego, gdyż pozostałaby jeszcze kwestia silikonowania i braku ftalanów, co do której Medline przedłożył dowód, że rurka PCV nie jest silikonowana, a że wykonana jest z PCV, to prawdopodobnie zawiera ftalany. Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, że informacją niezgodną z rzeczywistą ofertą odwołującego Boxmet była informacja o materiale PCV, podczas gdy wszystkie inne dane ze złożonej karty katalogowej dotyczyły rurki z wiruprenu. Informacja ta w ocenie Izby wprowadzała zamawiającego w błąd, co do zgodności treści oferty z treścią siwz, a więc miała doprowadzić do wywołania mylnego wrażenia u zamawiającego, że oferta nie podlega odrzuceniu i nadaje się do oceny w ramach przyjętych kryteriów. Ustalenie prawidłowego rankingu ofert jest istotną czynnością postępowania, podniesioną do rangi zasady z art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż tylko z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy zamawiający może zawrzeć skuteczną umowę zamówienia publicznego. Oznacza to, że informacja wprowadzająca w błąd miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Co do kwestii stopnia zawinienia. W ocenie Izby wykonawca działający na rynku zamówień publicznych zaopatrzenia medycznego jest profesjonalistą i zastosowanie do niego ma podwyższony wymóg należytej staranności. Odwołujący zawierzył karcie katalogowej producenta, która jak przyznał producent była wadliwie wystawiona. Odwołujący nie sięgnął do katalogów producenta, do których był powszechny dostęp, nie sprawdził, czy informacje podane w karcie odpowiadają rzeczywistemu stanowi faktycznemu i w konsekwencji posłużył się wadliwą kartą, co w ocenie Izby wskazuje na rażący poziom niedbalstwa i tym też odróżnia od odwołania w sprawie KIO 1076/19, w której odwołujący J. D. posłużył się prawidłową w zakresie grubości końcówki kartą producenta, choć na rynku funkcjonowała karta wadliwa.

Tym samym w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zamawiający prawidłowo zastosował normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w odniesieniu do odwołującego Boxmet.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego (jako wykluczonego z postępowania) za odrzuconą, w sytuacji, w której brak było podstaw do wykluczenia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Norma art. 24 ust. 4 ustawy nakazuje uznać za odrzuconą ofertę wykonawcy wykluczonego. W przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego Boxmet, co w konsekwencji prowadzić musi do wniosku, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 4 ustawy odrzucając ofertę odwołującego Boxmet.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z Zał. nr 5a, Rozdział II, pozycja 7 siwz przez bezpodstawne ustalenie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz w zakresie rurki nosowo-gardłowej; gdyż oferowana przez odwołującego rurka wykonana ma być z „Wiruprenu, który jest rodzajem gumy", a nie z PCV, jak wymaga zamawiający;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału wynika, że odwołujący zaoferował produkt, w którym informacja o wykonaniu rurki z PCV była nieprawdziwa, a jednocześnie pozostałe informacje podane w karcie katalogowej odpowiadały informacjom i obrazom w katalogu producenta, które dotyczyły rurki z wiruprenu. Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że w rzeczywistości odwołujący Boxmet zaoferował zamawiającemu rurkę z wiruprenu. Z wymagań zamawiającego załącznik 5a WTT wynikaj jednoznacznie, że zamawiający nie dopuścił jako równoważnego materiału wirupren, zatem nie można było uznać, że rzeczywista treść oferty odwołującego Boxmet odpowiada treści siwz. Informacje nieprawdziwe nie nadają się do poprawy, a w konsekwencji zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie było dopuszczalne, gdyż stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy tj. obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy przez uznanie oferty nr 4 Medline spółki z o.o. za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu - w odniesieniu do pakietów 1,3,4,6 i 7 - i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu - w odniesieniu do ww. pakietów - była oferta odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby oferta odwołującego Boxmet była prawidłowo odrzucona, a wykonawca wykluczony, w konsekwencji nie mogła być poddana ocenie oferty i wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy nie może się odstać. Izba nie dopatrzyła się także w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt. 2 rozporządzenia z ograniczeniem do kwoty określonej w § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia zasądzając koszty postępowania od odwołującego Boxmet na rzecz sprzeciwiających się wykonawców Medline i J. D.

Przewodniczący: