Sygn. akt: KIO 3128/20

WYROK
z dnia 14 grudnia 2020 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **"Gespar" G. P., A. O., M. S. - Spółka Jawna, ul. Matuszewska 14, 03-876 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpitale Pomorskie sp. z o.o. 81-519 Gdynia, ul. Powstania Styczniowego 1,**
przy udziale wykonawcy **Bialmed Sp. z o.o., ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego stronie zamawiającego

orzeka

1.oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: ……..…

KIO 3128/20

UZASADNIENIE

Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia, zwane dalej „zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „sukcesywne dostawy pieluchomajtek, podkładów higienicznych i ginekologicznych dla szpitali pomorskich sp. z o.o.. Wszczęcie postępowania zostało ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 09.06.2020 roku pod nr 2020/S 110-266476, nr referencyjny: D25C/251/N/19-30rj/20 .

Przedmiotowe postępowanie składa się z dwóch części, przy czym odwołanie dotyczy tylko części pierwszej.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2020 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Bialmed Sp. z o.o. ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa. Wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Gespar" G. P., A. O., M. S. - Spółka Jawna ul. Matuszewska 14, 03-876 Warszawa, zwany dalej „odwołującym" złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie;

1.Art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty Wykonawcy - Bialmed Sp. z o.o. ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

2.Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o., które nastąpiło w wyniku nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty;

3.innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Bialmed Sp. z o.o.,

b)odrzucenia oferty Bialmed Sp. z o.o., jako niezgodnej z treścią SIWZ,

c)podjęcia kroków w celu zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty odwołującego na zadanie nr 1, analogicznie jak to zostało zrobione przy zadaniu nr 2,

d)w przypadku możliwości zwiększenia środków, podjęcia procedury badania i oceny oferty odwołującego oraz dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Nadto wniósł o:

-dopuszczenie na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

-dopuszczenie na rozprawie dowodu w postaci notatki sporządzonej przez pracownika odwołującego po oględzinach próbek w siedzibie Zamawiającego w dniu 13.10.2020 r.,

-zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie próbek pieluchomajtek Tena Slip ProSkin, które Zamawiający otrzymał na wezwanie od Wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. w toku badania i oceny oferty,

-dopuszczenie na rozprawie do okazania opakowań handlowych pieluchomajtek Tena Slip ProSkin Pius i Tena Slip Plus nabytych przez odwołującego w sklepie medycznym,

-dopuszczenie na rozprawie do okazania próbek pieluchomajtek wykonanych z laminatu paro przepuszczalnego na całej powierzchni, zapinanych na przylepco-rzepy z dodatkowym elementem elastycznym.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że odwołujący na podstawie swojej wiedzy specjalistycznej i znajomości produktów konkurencji nabrał podejrzeń co do prawidłowości wyboru, jakiego dokonał Zamawiający.

Z tego powodu odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji zamówienia powstałej w trakcie badania oferty Bialmed Sp. z o.o. oraz o wgląd do próbek pieluchomajtek złożonych przez Bialmed Sp. z o.o. i możliwość ich sfotografowania. Do wglądu i wykonania zdjęć odwołujący delegował swojego pracownika. Dokumentację o którą wnioskował, odwołujący otrzymał w dniu 12.10.2020 r., natomiast do oględzin próbek doszło dnia 13.10.2020 r..

Analiza dokumentacji, w tym kart technicznych pieluchomajtek Tena Slip ProSkin, wyjaśnień Bialmed Sp. z o.o., oświadczeń producenta oraz oględziny próbek dowiodły o niespełnianiu wymogów opisu przedmiotu zamówienia przez pieluchomajtki Tena Slip ProSkin będących przedmiotem oferty Bialmed Sp. z o.o. Podkreślił, że w Zadaniu nr 1 Pieluchomajtki dla dorosłych, zamawiający wymagał dla pieluchomajtek posiadania następujących parametrów :

1.w Lp. 1-6 wykonanych z laminatu paroprzepuszczalnego na całej powierzchni,

2.w Lp. 1-6 zapinanych na przylepcorzepy z dodatkowym elementem elastycznym i dopuścił pieluchomajtki posiadające podwójne, elastyczne przylepco-rzepy wielokrotnego użytku, pozbawione dodatkowego elementu elastycznego, ale posiadające elastyczne boki produktu,

3.w Lp 1 i 2 w rozmiarze M, dla pacjenta o obwodzie pasa 70-110 cm (+/-5cm dla każdego wymiaru) i dopuścił rozmiar M o minimalnym rekomendowanym obwodzie 73 cm i maksymalnym 130 cm;

-w Lp 3 i 4 w rozmiarze L, dla pacjenta o obwodzie pasa 100-145 cm (+/-5cm dla każdego wymiaru) i dopuścił rozmiar L

o minimalnym rekomendowanym obwodzie 92 cm i maksymalnym 160 cm;
-w Lp 5 i 6 w rozmiarze XL, dla pacjenta o obwodzie pasa 135-170 cm (+/-5cm dla każdego wymiaru) i dopuścił rozmiar XL o minimalnym rekomendowanym obwodzie 120 cm i maksymalnym 170 cm.
Odnosząc się do wymogu, aby produkt zamawiany był wykonany z laminatu paro przepuszczalnego na całej powierzchni - Lp. 1-6 formularza cenowego, podał, że zamawiający w wyborze najkorzystniejszej oferty nie określał w ramach opisu przedmiotu zamówienia z jakich warstw składać ma się laminat. Biorąc pod uwagę ogólną i powszechnie znaną definicję laminatu stwierdził, że według zamawiającego jest nim produkt składający się z co najmniej dwóch warstw różnych materiałów. Nadto podał, że *zamawiający nigdzie w opisie przedmiotu zamówienia nie określił, że jedną z warstw ma być folia, w związku z powyższym laminatem mogło być również połączenie dwóch włóknin. Twierdzenie Odwołującego, iż jedną z warstw musi być folia, nie ma swojego odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ i jest zbyt daleką interpretacją wymogów opisanych w SIWZ, a zatem nie może być podstawą do odrzucenia oferty fakt, że laminat składa się z dwóch warstw włókniny".*
Oceniając powyższe stanowisko podkreślił, że zamawiający przeczy sam sobie, gdyż definiuje laminat jako materiał powstały z połączenia co najmniej dwóch różnych materiałów i jednocześnie nie znajduje podstaw do odrzucenia oferty z powodu występowania na bokach pieluchmajtek Tena Slip Proskin, materiału składającego się z dwóch warstw włókniny, czyli nie spełniającego definicji laminatu przez samego zamawiającego przytoczonej. Laminat oddychający w pieluchomajtkach, to materiał będący barierą dla płynu, na którym w części środkowej umieszczony jest celulozowy wkład chłonny. Laminat taki składa się z warstwy włókniny spodniej (zewnętrznej) i warstwy nieprzemakalnej folii o specjalnych właściwościach fizyko-chemicznych zapewniających paro przepuszczalność (potocznie oddychalność).
Obydwie warstwy są trwale ze sobą połączone w procesie produkcyjnym, tworząc laminat przepuszczający powietrze i parę wodną, a nieprzepuszczający cieczy. Jednakże zdaniem odwołującego pieluchomajtki Tena Slip Proskin należą do tej grupy, w której laminat jest umiejscowiony w części środkowej, natomiast boki są wykonane z dwóch warstw włókniny, zatem z dwóch warstw takiego samego materiału, co potwierdzają karty techniczne wystawione przez producenta. Nie można zatem stwierdzić, że są wykonane z laminatu na całej powierzchni. Brak laminatu na całej powierzchni zaoferowanego przez przystępującego produktu potwierdziły dokonane w siedzibie zamawiającego oględziny próbek pieluchomajtek Tena Slip ProSkin Plus L i Super L (Lp. 3 i 4) przez pracownika odwołującego i sporządzona z oględzin notatka. Laminat w tych pieluchomajtkach znajduje się jedynie w części środkowej, natomiast na bokach laminatu nie ma. Tym samym pieluchomajtki dla dorosłych będące przedmiotem oferty Bialmed Sp. z o.o. są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, przez co oferta ta nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona.
W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego zaoferowanych pieleluchomajtek odwołujący podał, że zamawiający wymagał pieluchomajtek zapinanych na przylepco-rzepy z dodatkowym elementem elastycznym i dopuścił pieluchomajtki posiadające podwójne, elastyczne przylepco-rzepy wielokrotnego użytku, pozbawione dodatkowego elementu elastycznego, ale posiadające elastyczne boki produktu.
Podał, że w uzasadnieniu dokonania ponownego wyboru oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. zamawiający uznał, że przylepcorzepy w oferowanych pieluchomajtkach spełniają warunek elastyczności, gdyż zgodnie powszechnie rozumianym pojęciem elastyczności dają się odkształcać i szybko powracają po odkształceniu do pierwotnego kształtu. Zamawiający twierdzi, że przez elastyczność nie miał na myśli rozciągliwości, jako węższego pojęcia elastyczności. Jednocześnie w uzasadnieniu dotyczącym maksymalnych obwodów pieluchomajtek, zamawiający podał: „Zaoferowane pieluchomajtki posiadają element elastyczny (rozciągliwy) czyli ściągacz w talii..." tym samym zrównując funkcjonalnie obydwa pojęcia do rozumienia, że elastyczny to rozciągliwy. Twierdzenie zawarte w powyższym stanowisku zamawiającego, że rozmiar rzepów wydłuża się dzięki posiadaniu przez produkt elastycznego elementu poprzez zastosowanie ściągacza w talii jest błędne. Przylepco-rzepy nie są połączone ze ściągaczem w talii, który umiejscowiony jest na tylnym brzegu pieluchomajtki w części środkowej i ich rozmiar nie zmienia się wraz z rozciąganiem lub kurczeniem się ściągacza. Podkreślił, że nie można uznać, że przylepco-rzepy i boki produktu są elastyczne tylko dlatego, że dają się odkształcać i szybko powracają po odkształceniu do pierwotnego kształtu. Nie ma na rynku pieluchomajtek ze sztywnymi przylepcami i bokami, czyli niedopasowującymi się do kształtu ciała. Zadaniem tych produktów jest dokładne przyleganie do ciała pacjenta poprzez zastosowanie materiałów miękkich i giętkich, czyli niełamliwych. Ponadto boki pieluchomajtek Tena Slip, po ich zagięciu czy przekręceniu, nie powracają samoistnie do pierwotnego kształtu, a zatem nie spełniają powszechnej, cytując zamawiającego, definicji elastyczności. Poprzez pierwotny wymóg przylepco-rzepów z dodatkowym elementem elastycznym zamawiający chciał sobie zapewnić pieluchomajtki z przylepcami, które mają możliwość zwiększania swojej długości, czyli rozciągnięcia, pod wpływem siły i powrotu do długości początkowej po ustaniu tej siły. Taką właśnie funkcję zapewnia dodatkowy element elastyczny w przylepcu.
Dopuszczenie przez zamawiającego pieluchomajtek pozbawionych dodatkowego elementu elastycznego, ale posiadających elastyczne boki produktu, które wraz z elastycznymi przylepcorzepami zapewniają idealne dopasowanie produktu do ciała rozumie się jako dopuszczenie pieluchomajtek wyposażonych w przylepcorzepy posiadające funkcję elastyczności (rozciągliwości) uzyskaną poprzez inną ich konstrukcję, np. całych wykonanych z materiału rozciągliwego.
Przylepcorzepy w pieluchomajtkach oferowanych przez Bialmed Sp. z o.o. powinny mieć możliwość zwiększania swojej długości pod wpływem siły i powrotu do długości pierwotnej po ustaniu tej siły, podobną właściwość powinny wykazywać również włókninowe boki produktu, a tego wymagania nie spełniają. W trakcie oględzin próbek pieluchomajtek elastyczności boków nie stwierdzono. oględziny próbek pieluchomajtek Lp. 3 i 4 oferowanych przez Bialmed Sp. z o.o. wykazały brak dodatkowego elementu elastycznego w przylepcorzepach, brak elastyczności przylepcorzepów i boków pieluchomajtek, co w połączeniu z brakiem potwierdzenia elastyczności boków w kartach technicznych dowodzi, że w tym zakresie pieluchomajtki oferowane przez Bialmed Sp. z o.o. nie spełniają wymogów opisu przedmiotu zamówienia, przez co oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.
W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego obwodu pieluchomajtek odwołujący podał, że w piśmie z 02.11.2020 r. skierowanym do Bialmed Sp. z o.o. zamawiający wniósł o wyjaśnienie czy wskazany w dokumentach maksymalny obwód produktu jest tożsamy z maksymalnym obwodem pacjenta, a jeśli nie to zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentu handlowego (folder, ulotka, katalog), jednoznacznie potwierdzającego, jaki jest maksymalny obwód pacjenta dla oferowanych w poszczególnych pozycjach produktów. Podane maksymalne obwody i wyjaśnienie wykonawcy, zdaniem odwołującego budzą, co najmniej dla rozmiarów M i L, obawy odwołującego co do rzetelności tych danych.
Na oficjalnej, ogólnodostępnej stronie internetowej producenta pieluchomajtekTena
Slip, firmy Essity, pod linkiem:https://www.tena.pl w opisach pielucho majtek Tena Slip pod pozycją - Fakty dotyczące produktu, znajduje się tabela obwodu bioder dla rozmiarów XS, S, M, L dla Tena Slip Proskin Plus i S, M, L dla Tena Slip Slip Proskin Super.

Rozmiar M - Pasuje do obwodu bioder: 73 cm do 122 cm Rozmiar L - Pasuje do obwodu bioder: 92 cm do 144 cm Rozmiar XL nie jest ujęty w tabeli.
Na opakowaniu Tena Slip ProSkin Plus L zakupionym przez odwołującego znajduje się grafika obrazująca obwód pacjenta z napisem: L 92-144 cm.
Na drugim z zakupionych opakowań pieluchomajtek - Tena Slip Plus XL na spodniej stronie w opisie informacyjnym w języku szwedzkim pokazany jest symbol obwodu i wymienione są jego zakresy dla poszczególnych rozmiarów:
M = 70-120, L = 90-145, XL = 120-160.
Reasumując podniesione zarzuty podkreślił, że zdaniem odwołującego, zamawiający nie przyłożył wystarczającej staranności przy ponownej ocenie oferty, do czego zobowiązują go przepisy Pzp. Występowanie tak wielu rozbieżności i wątpliwości w odniesieniu do maksymalnego obwodu pacjenta daje podstawy do wyciągnięcia wniosku, że w odniesieniu do tego parametru oferta Bialmed Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią opisu przedmiotu zamówienia zawartą w SIWZ.
Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie w niósł o oddalenie odwołanie, jako niezasadnego. Odnosząc się do podniesionych zarzutów podał, że analizując argumentację przywołaną w odwołaniu, zamawiający nie może zgodzić się z tezami postawionymi przez odwołującego. W pierwszej kolejności zamawiający stwierdził, iż nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający nie dochował należytej staranności w ocenie oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o.. Dodał, że ocena tego, jakie informacje zawarte są na stronie internetowej producenta oferowanego wyrobu, czy też co znajduje się na opakowaniu produktu zakupionego w ogólnie dostępnym źródle dystrybucji, czyli w sklepie medycznym wykracza poza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i źródła takie nie mogą być podstawą do oceny oferty w postępowaniu. Zamawiający nie może wykraczać poza ramy postępowania, tym bardziej, iż wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu przez wykonawcę Bialmed Sp. z o.o. są spójne i potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego. Zwrócił uwagę, że nie tylko dokumenty złożone w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ale także dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nawet wnioski wykonawcy o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie dopuszczenia odpowiednich wymiarów produktu są ze sobą spójne i nie budzą wątpliwości zamawiającego, co do poprawności oceny oferty Bialmed.
Odnosząc się do zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego wątpliwości, czy zaoferowane pieluchomajtki są wykonane z laminatu podał, że odwołujący zinterpretował uzasadnienie do wyboru oferty zupełnie odmiennie niż zamawiający zamierzał to przekazać, w dodatku w sposób wybiórczy, wyrwany z kontekstu, co może prowadzić do mylnych wniosków. Zamawiający poprzez podanie definicji laminatu jako co najmniej dwóch warstw różnych materiałów (cyt.:„*Biorąc pod uwagę ogólną i powszechnie znaną definicję laminatu, jest nim produkt składający się z co najmniej dwóch warstw różnych materiałów*") miał na myśli, że laminat może składać się z kombinacji różnych materiałów- tkanin, włókniny, papieru, folii etc. o różnych właściwościach, jak w sposób powszechnie przyjęty brzmi definicja laminatu. Nie ma tu żadnej sprzeczności, którą sugeruje odwołujący. Interpretacja zatem dokonana przez odwołującego zupełnie pomija powszechne rozumienie tego pojęcia.
Produkt oferowany przez Bialmed Sp. z o.o. w rzeczywistości składa się z dwóch warstw włókniny, ale o różnych właściwościach, zatem produkt jest dwuwarstwowy, zgodnie z definicją laminatu, każda z tych warstw pełni odmienną funkcję. Zamawiający nie może wnikać już głębiej w technologię produkcji, nie ma bowiem ku temu stosownej wiedzy fachowej, a nadto są to zapewne dodatkowo elementy know-how oraz opatentowanej technologii producenta i w tym zakresie zamawiający musi bazować na dokumentach i oświadczeniach złożonych w postępowaniu pod rygorem odpowiedzialności karnej przez wykonawcę. Fakt, iż jest to laminat na całej powierzchni potwierdza nie tylko oświadczenie samego wykonawcy i producenta, ale przede wszystkim ulotka produktu złożona w postępowaniu, która jest spójna z próbką, która potwierdza wielowarstwowość tworzywa na całej powierzchni produktu. Odwołujący nadto pomija istotę tego wymogu - określając i interpretując wymagania nie można abstrahować od funkcji i celu, jakiemu mają te wymagania służyć. Istotnym jest, by produkty takie były oddychające/paroprzepuszczalne na całej powierzchni. Jak zaś wynika z dowodów dołączonych do akt postępowania - zaoferowane produkty taki warunek spełniają.
W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego elastyczności zamawiający podał, że również ten zarzut jest niezasadny, gdyż zamawiający w żadnym miejscu nie zawarł wymogu, aby same przylepcorzepy charakteryzowały się rozciągliwością. Stąd też wymóg pierwotny zakładał posiadanie przez oferowany produkt dodatkowego elementu elastycznego zapewniającego trwałe i wielokrotne mocowanie przylepcorzepów. Skupić się zatem należy na funkcji i celu, jaką taki dodatkowy element elastyczny miał zapewnić. Zamawiający nie określił również szczegółowo, czym ma być ten „dodatkowy element elastyczny". Co więcej, zamawiający nie opisał w SIWZ, w którym dokładnie miejscu ma się znajdować element elastyczny, ani czy ma być zintegrowany bezpośrednio z przylepcorzepami. Zamawiający skupił się jedynie na funkcji, jaką taki element ma spełniać i zdaniem zamawiającego ściągacz w talii taką funkcję spełnia. Nie tylko pozwala on na wielokrotne i trwałe zapięcie przylepcorzepów, ale także komfortowe zapinanie bez siłowego naciągania jedynie przylepcorzepów, które same w sobie nie charakteryzują się stricte rozciągliwością, a tylko pewnym zakresem elastyczności (nie ulegają trwałemu odkształceniu po ustaniu działania na nie określonej siły). Podkreślił, że ściągacz znajdujący się w talii oferowanego produktu pozwala rozciągnąć przylepcorzepy w stanie spoczynku produktu w rozmiarze L o ponad 10 cm. Tak skonstruowane pieluchomajtki mogą być wielokrotnie rozpinane i zapinane bez uszkodzenia przylepcorzepów w wyniku działania na nie siły, poprzez naciąganie samych przylepcorzepów, bowiem siła naciągania produktu rozkłada się na elastyczny, w tym rozciągliwy ściągacz w talii.
Odnosząc się do trzeciego zarzutu dotyczącego niespełniania wymogów przez zaoferowany przez przystępującego produkt w zakresie wymaganych rozmiarów podał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający opiera się o złożone w postępowaniu dokumenty, a nie zewnętrzne źródła, które mogą być na przykład nieaktualne. Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie ze złożonymi dokumentami w postępowaniu, w tym także zgodnie z dopuszczeniem innych rozmiarów w toku wyjaśniania treści SIWZ, rekomendowane minimalne wymiary w talii spełniają wymóg zamawiającego tj. rozmiar M - 73 cm, rozmiar L - 92 cm, rozmiar ,XL - 120 cm, co potwierdza także „Przewodnik po produktach TENA" załączony przez Wykonawcę Bialmed Sp. z o.o. do przystąpienia. Podkreślił, iż są to „minimalne rekomendowane wymiary", a więc takie, które jeszcze zapewniają komfort u pacjenta. W przypadku podanego rozmiaru drugiego, nie są to rozmiary „rekomendowane", ale maksymalne, a więc niekoniecznie zapewaniające pełny komfort, niemniej mogące być stosowane u pacjenta o takim obwodzie w talii. Zamawiający badając próbkę dokonał oględzin w zakresie wymiarów i uznał, iż podany przez wykonawcę maksymalny wymiar jest w pełni uzasadniony i zgodny ze stanem faktycznym. W przypadku badania próbki w rozmiarze L, produkt w stanie spoczynku ma 160 cm obwodu (80 cm x 2), zaś po naciągnięciu ściągacza w talii jest to obwód o ponad 10 cm większy. Zatem może być zastosowany u pacjenta z obwodem w talii 160 cm, albowiem uda się produkt takiemu pacjentowi założyć. Stąd też wskazane na opakowaniu produktu maksymalne rekomendowane wymiary mogą być mniejsze od tych, które są maksymalnymi. Na uwagę zasługuje także fakt, iż w samym wniosku wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści SIWZ konstrukcja

pytania wskazywała wyraźnie na rozmiar minimalny jako rekomendowany i drugi rozmiar jako po prostu maksymalny.
Reasumując powyższe stwierdził, że oferta przystępującego była zgodna z wymaganiami zamawiającego i tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do jej odrzucenia jak tego oczekuje odwołujący.
Przystępujący w piśmie procesowym złożonym wraz z zgłoszeniem przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyartykułowanych w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w treści udzielanych odpowiedzi na pytania wykonawców. Odniesienie do poszczególnych zarzutów jest treściowo zbieżne z argumentacja i stanowiskiem zamawiającego tym samym Izba nie uznała za zasadne ponowne prezentowanie tych samych stanowisk.
Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie, a także do protokołu, ustaliła i zważyła co następuje. Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.
Na wstępie Izba uznała, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może doprowadzić do sytuacji, że odwołujący może uzyskać szansę na wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej. W tym zakresie nadmienić jednakże należy, że cena oferty odwołującego przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia, co skutkuje tym, że nawet gdyby odwołanie zostało uwzględnione to i tak odwołujący, bez zwiększenia kwoty przez zamawiającego zamówienia by nie uzyskał, chyba, że nastąpiłoby unieważnienie postępowania i zamawiający ponownie ogłosiłby postępowanie.
Dokonując analizy podniesionych zarzutów oraz wykazania dowodowo ich zasadności przez odwołującego, Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostał obowiązkom dowodowym i chociażby z tego powodu odwołanie nie mogło być uwzględnione. Zauważyć należy, że co do zarzutów podniesionych przez odwołującego w treści odwołania, jak argumentacji przedstawionej na etapie rozprawy, to były one oparte jedynie na ustnych twierdzeniach i brak było przedłożenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność podniesionych zarzutów. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą dla siebie określone skutki prawne. Podkreślić należy, że odnosząc się do treści art. 6 kc, poprzez art. 14 Pzp, statuującego ciężar dowodu, który w tym przypadku obciąża odwołującego, iż brak udowodnienia zasadności podnoszonych zarzutów rozumieć należy nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: Lex nr 487510). Izba w oparciu o przepis art. 190 ust.7 Pzp ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału w sprawie.
Nadto,aby Izba mogła oprzeć orzeczenie w oparciu o przedstawione dowody, to dowody te muszą być pewne i kategoryczne (wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17). Rolą Izby nie jest zastępowanie stron w gromadzeniu dowodów, ten obowiązek i inicjatywa spoczywa po stronie uczestników postępowania odwoławczego. Wskazać należy także, że odwołujący stawiając zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ, nie wskazał z którymi konkretnymi postanowienia specyfikacji, oferta przystępującego miałaby być niezgodna.
Pomimo braku złożenia dowodów Izba wsłuchała strony, które dla łatwiejszego opisywania swoich stanowisk w zakresie objętym zarzutami swoje argumenty prezentowali opierając się na okazywaniu pieluchomajtek. Odwołujący odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego braku laminatu na całej powierzchni pieluchomajtek w szczególności podnosił, że powoduje to niezgodność produktu z SIWZ. Nie było spornym pomiędzy stronami, to co twierdził zamawiający, iż laminatem jest rodzaj tworzywa powstającego z połączenia dwóch materiałów o różnych właściwościach mechanicznych, fizycznych i technologicznych. Odwołujący nie kwestionował, iż pieluchomajtki posiadają laminat w ich centralnej. Natomiast stał na stanowisku iż boki pieluchomajtek takiego laminatu nie posiadają. Zamawiający okazał, iż boki pieluchomajtek pomimo tego iż z oglądu na bokach materiał jest inny, to jednak stanowią połączenie dwóch rodzajów włókniny.
W oparciu o powyższe oraz dowód złożony przez przystępującego tj. oświadczenia producenta pieluchomajtek, jednoznacznie wynika, że wykonane są z laminatu paroprzepuszczalnego na całej powierzchni, zbudowanego z powłoki wewnętrznej i powłoki zewnętrznej ConfioAir, a do produkcji laminatu użyto włóknin o różnych numerach produktów i przeznaczeniu. Dowód przeciwny nie został przedłożony i tym samym Izba uznała zarzut pierwszy za niezasadny. Podkreślić należy, że zamawiający nie określił w ramach opisu przedmiotu zamówienia, z jakich warstw składać ma się laminat zastosowany w pieluchomajtkach. Nadto nigdzie w opisie przedmiotu zamówienia nie pojawia się wymóg, aby jedną z warstw, z których składa się laminat, była folia, tak jak tego oczekiwał odwołujący.
W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności mocowania – łączenia boków pieluchomajtek za pomocą przylepcorzepów, odwołujący wskazywał, że zamawiający wymagał pieluchomajtek zapinanych na przylepcorzepy z dodatkowym elementem elastycznym i dopuścił pieluchomajtki posiadające podwójne, elastyczne przylepcorzepy wielokrotnego użytku, pozbawione dodatkowego elementu elastycznego, ale posiadające elastyczne boki produktu. Jednakże, jego zdaniem, wybrany wykonawca takiego produktu nie zaoferował. Izba dokonując analizy stanowisk stron i przystępującego uznała stanowisko odwołującego za niezasadne. W trakcie wyjaśniania zgodności oferty z zaoferowanymi pieluchomajtkami zamawiający bezspornie wykazał, że pieluchomajtki za równo na bokach, jak i w części górnej – talii posiadają rozciągliwy materiał i rozciągliwą część górną. Niewątpliwym jest, że zamawiający nie podał w SIWZ jak duża ma być to elastyczność, czy rozciągliwość w cm. ale niewątpliwie element rozciągliwości jest, gdyż pieluchomajtki zaoferowane przez przystępującego posiadają podwójne elastyczne przylepcorzepy wielokrotnego użytku, posiadają elastyczne boki produktu, które wraz z elastycznymi przylepcorzepami zapewniają możliwość dopasowanie produktu do ciała pacjenta. Podkreślić należy, że zamawiający wymagał, aby przylepcorzepy w pieluchomajtkach były elastyczne. Nie wymagał natomiast, aby były one rozciągliwe. Powyższe potwierdza także karta charakterystyki produktu producenta oferowanych pieluchomajtek, z której jednoznacznie wynika, że posiadają podwójne, elastyczne przylepcorzepy wielokrotnego użytku, pozbawione dodatkowego elementu elastycznego, ale posiadające także elastyczne boki. Jak wynika z przedstawionej na rozprawie próbki, to elastyczność boków zapewniona jest poprzez właściwości samego laminatu, z którego wykonane są boki pieluchomajtek Tena.
Jak już wyżej podkreślano odwołujący na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń mógł chociażby złożyć dowód w postaci np. opinii technologa produkcji takich środków higienicznych, lecz tego nie uczynił i tym samym Izba uznała zarzut jako niepotwierdzony za niezasadny.
W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego rozmiaru oferowanych pieluchomajtek odwołujący wskazywał, że *podane maksymalne wymiary i wyjaśnienia przystępującego budzą co najmniej dla rozmiarów M i L wątpliwości co do*

rzetelności danych w zakresie tych rozmiarów. Przystępujący odnosząc się do tej kwestii zasadnie zdaniem Izby wykazał, w oparciu o przewodnik po produktach Tena oraz karty charakterystyki oferowanego przedmiotu, że rekomendowany w SIWZ zakres obwodów, należy odróżnić od zakresu wyznaczonego z jednej strony przez najmniejszy możliwy obwód pasa pacjenta, przy którym pieluchomajtki spełniają swoje właściwości (obwód minimalny), a z drugiej strony przez największy możliwy obwód pasa pacjenta, przy którym pieluchomajtki spełniają swoje właściwości (obwód maksymalny). Podkreślił, że na kartach technicznych pieluchomajtek, wskazane zostały największe możliwe obwody pasa pacjenta, przy którym pieluchomajtki o danym rozmiarze spełniają swoje właściwości (obwód maksymalny). Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania stanowiska zamawiającego w tym zakresie.

Reasumując powyższe, a w szczególności biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia wskazać należy, że tego rodzaju produkty podlegają ciągłym zmianom i modyfikacjom przez producentów w celu dostosowania ich do jak najlepszego spełniania potrzeb pacjentów. Dlatego też biorąc pod uwagę wielość produktów i producentów tych środków, zamawiający opisując przedmiot zamówienia dokonał tego opisu w jeden zasadny sposób, tj w sposób funkcjonalny. Opisując przedmiot zamówienia zamawiający skupił się przede wszystkim na funkcji, jaką dany element pieluchomajtek ma spełniać. Z tego też powodu nie było możliwe ustalenie – czego w rzeczywistości oczekuje odwołujący np. w zakresie ustalenia wielkości rozciągliwości boków pieluchomajtek. Należy zgodzić się z zamawiającym, że odwołujący starając się wytworzyć opinię o niezgodności pieluchomajtek z SIWZ dokonał wyrwania z kontekstu poszczególnych wymagań pewnych nieścisłości, które nie miały żadnego wpływu na prawidłowość funkcjonalną pieluchomajtek. Izba nie nadała tym drobnym nieścisłości rangi niezgodności, która uzasadniałaby odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Podkreślić należy, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Tutaj taka sytuacja nie zaistniała.

Dodać należy także, że stosownie do postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym stanie rzeczy takiego wpływu na wynik Izba nie stwierdziła. W świetle przedstawionych stanowisk Izba uznała, także, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które w odwołaniu wskazał odwołujący. Wobec powyższego zarzuty niezasadne i nieudowodnione nie mogły doprowadzić do uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1, 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(t.j. Dz. U z 2018 r , poz. 1092),
Przewodniczący …….