

WYROK
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2020 r. przez wykonawcę

J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. z siedzibą w Markach

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej

z siedzibą w Celestynowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Resculine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze oraz Medline Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji

i Techniki Medycznej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę indywidualnego pakietu medycznego zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed) na podstawie ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 069-163648. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. wniósł odwołanie z zakresu pakietów nr 2 i 4 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Resculine Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Medline Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych dalej „Przystępującym”, za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu – w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4 – i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

a) Niezgodności opatrunku indywidualnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Procedura badania próbek”, w części poświęconej szczegółowej procedurze badania próbki – opatrunku indywidualnego, Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił swoje oczekiwania co do trwałości informacji zamieszczanych na opatrunku wskazując, że „informacje takie jak znak CE, termin ważności, data produkcji, numer serii, czy oznaczenia sterylności są umieszczone na opakowaniu w sposób nieusuwalny, w tym nie da się ich zetrzeć dłonią, zmasać czy odkleić. W przypadku oznakowania niezgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ustawą o wyrobach medycznych Zamawiający odrzuca ofertę”.

W protokołach badania próbek dotyczących pakietów nr 2 i 4, datowanych na 13 sierpnia 2020 r., Zamawiający zamieścił informację, zgodnie z którą „stwierdzono, że możliwe jest odklejenie etykiety z naniesionym terminem ważności, datą produkcji i numerem serii”. Mając na względzie przedstawione wyżej wymagania załącznika nr 6, nie powinno być wątpliwości co do tego, że zaoferowany przez Przystępującego opatrunek nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie; że oferta złożona przez Przystępującego powinna zostać odrzucona.

b) Niezgodności opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący zaoferował opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej, który nie spełnia wymagań określonych w załączniku nr 5.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wymagania eksploatacyjno-techniczne dla indywidualnego pakietu medycznego (IPMED)”, zgodnie z którymi opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej powinien posiadać „uchwyt lub (uchwyty) ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej” (punkt 4, litera b, tiret trzecie, str. 4 załącznika 5.2). Zaoferowany przez Przystępującego opatrunek RCS firmy Promerheus Medical nie posiada wymaganych uchwytów. Na samym opatrunku brak jakichkolwiek uchwytów ułatwiających oddzielenie opatrunku od folii samoprzylepnej.

W związku z powyższym oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji powinno prowadzić do niemożliwości dokonania jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

2. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu – w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4 – i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą.

Już po upływie terminu składania ofert Przystępujący podjął działania zmierzające do zmiany treści złożonej przez siebie oferty (przedłożył bowiem dokument – oświadczenie spółki z grupy kapitałowej PERSYS MEDICAL, z którego wynika, że *de facto* zmienił treść swojej oferty oferując inny, zmieniony opatrunek indywidualny, przy czym Zamawiający zaakceptował tę zmianę, co znalazło odzwierciedlenie w protokole badania próbki.

Zaoferowanie innego (zmienionego) opatrunku indywidualnego po terminie składania ofert

w sposób rażąco narusza art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to bowiem przejaw niezgodnego z prawem dokonywania zmiany treści oferty i negocjowania jej treści.

W związku z powyższym oferta Przystępującego jako sprzeczna z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Prawo zamówień publicznych, 8 października 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia – w zakresie pakietów nr 1, 2, 3 i 4 – próbki asortymentu w postaci opatrunku indywidualnego. Przystępujący już wcześniej złożył próbkę oferowanego asortymentu (czego dowodem jest fakt, że 13 sierpnia 2020 r. próbka ta została poddana badaniu przez Zamawiającego).

W związku z powyższym, mając na względzie fakt, że próbka jest częścią oferty *sensu stricto*, Zamawiający, ani na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też na żadnej innej podstawie, nie był uprawniony do żądania od Przystępującego drugiej próbki. Gdy próbka jest częścią oferty *sensu stricto*, jak w okolicznościach niniejszej sprawy, nie podlega uzupełnieniu.

Wzywając Przystępującego do złożenia drugiej próbki Zamawiający naruszył zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasadę przejrzystości. Dostarczenie przez Przystępującego drugiej próbki (innej od tej, która została złożona za pierwszym razem) stanowi przejaw niegodnego z prawem dokonywania zmian w treści oferty i oferta taka jest sprzeczna z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna więc podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu – w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4 – i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą.

Działania podejmowane przez Przystępującego, opisane w zarzucie nr 2, mogą zostać również uznane za złożenie drugiej oferty, zatem można argumentować, że w okolicznościach niniejszej sprawy zastosowanie znajduje art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez względu jednak na to, czy Izba uzna, że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do prowadzenia negocjacji między Zamawiającym i Przystępującym i zmiany treści oferty, czy też do złożenia nowej oferty, to i tak w konsekwencji powinno dojść do odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

4. Na wypadek nieuznania przez Izbę powyższych zarzutów – art. 7 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu – w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4 – i dokonanie wyboru tej oferty, w sytuacji gdy Przystępujący nie został wybrany zgodnie z przepisami prawa.

Po tym, jak Zamawiającym pismem datowanym na 22 września 2020 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. oferty Przystępującego), nie dokonał ponownego badania złożonych przez Przystępującego próbek. Zamawiający, 8 października 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia w zakresie pakietów nr 1, 2, 3, 4 próbki asortymentu opatrunków indywidualnych, próbka ta jednak w ogóle nie została poddana badaniu. W związku z powyższym Zamawiający nie sprawdził (nie zweryfikował), czy oferowane przez Przystępującego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający, po tym jak unieważnił czynność oceny i wyboru ofert i wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowej próbki, zobowiązany był poddać tę próbkę badaniu zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sam fakt, że nowa (druga) próbka dostarczona przez Przystępującego nie została zbadana, świadczy o tym, że Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, w tym zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym wybór oferty nie może się ostać, gdyż nie sposób zweryfikować, czy dostarczona próbka spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, czy też nie. Jeżeli bowiem Zamawiający nie zamierzał badać nowej próbki,

w ogóle nie powinien wzywać do jej złożenia. Brak badania próbki Odwołujący wywodzi z faktu, że pomimo złożenia wniosku nie uzyskał od Zamawiającego protokołu badania próbki, który potwierdzałby, że próbki złożone przez Przystępującego w październiku w ogóle zostały przebadane (Odwołujący otrzymał wyłącznie protokoły badania próbek z sierpnia 2020 r.)

Odwołujący wniosł o:

1. uznanie odwołania za zasadne i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego w postępowaniu w zakresie dotyczącym pakietów nr 2 i 4,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie dotyczącym pakietów nr 2 i 4,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty w postępowaniu z grona pozostałych (nieodrzuconych) ofert w zakresie dotyczącym pakietów nr 2 i 4,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego poprzez zasądzenie kwoty 18.600 zł stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że był przekonany, że Zamawiający uznał zarzuty podniesione we wcześniejszym odwołaniu firmy Boxmet Medical Sp. z o.o., skoro unieważnił wybór oferty i dokonał oceny. 8 października 2020 r. wezwał Przystępującego do przedłożenia nowej próbki, zatem Odwołujący uznał, że doszło do zmiany treści oferty.

Protokół komisji z 13 sierpnia 2020 r. zawiera informację, iż Zamawiający stwierdził, że możliwe jest odklejenie etykiety z

terminem ważności, numerem serii itd. W przypadku oznakowania niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający miał odrzucić ofertę.

Odwolujący oświadczył, że nie neguje samej naklejki jako nośnika tych informacji, a jedynie stwierdza, że ma być ona nieusuwalna. Podkreślił, że opatrunki z naklejką są tańsze w produkcji niż z nabitą datą produkcji, dlatego oferty innych wykonawców były droższe.

Podkreślił, że w prowadzonym postępowaniu nr 21 Zamawiający odrzucił ofertę firmy Boxmet Medical Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a z protokołu badania próbki z 28 sierpnia 2020 r. wynika, że jedyną wadą próbki była właśnie etykieta. Tym samym Odwołujący uznał, że z tego powodu oferta została odrzucona, gdyż w obu postępowaniach oferowany był ten sam asortyment.

Według Odwołującego próbka była częścią oferty *sensu stricto*, zatem nie może być zmieniona.

W trakcie badania próbki opatrunku na rany penetracyjne przez komisję Zamawiającego przedstawiciel Przystępującego złożył pismo, z którego wynika, że dostarczony opatrunek będzie prawidłowy. Natomiast z punktu 4. wzoru protokołu badania próbki stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że pracownik wykonawcy może być obecny podczas otwarcia, jednak nie będzie mógł w żaden sposób ingerować czy wpływać na pracę komisji. Złożenie takiego oświadczenia w trakcie badania było, zdaniem Odwołującego, ingerencją w pracę komisji i wpływem na nią.

Odwolujący wskazał, że brak uchwytu na opatrunku powoduje, iż opatrunek ten może przyklejać się do rąk lub rękawiczek. Przy zastosowaniu uchwytu na samym opatrunku ratownik nie dotyka ręką opatrunku przyklejając go do ciała lub odklejając, przy czym może to nastąpić więcej niż raz w przypadku, gdy opatrunek odklejany jest częściowo, by usunąć płyn zbierający się w ranie i następnie przyklejany ten sam. Dotykanie samego opatrunku, a nie uchwytu, nie tylko powoduje większe trudności z jego odklejeniem, ale także możliwość zabrudzenia opatrunku i jego części klejącej. Poza tym opatrunek bez uchwytu na opatrunku jest tańszy.

W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na str. 40, Zamawiający wskazał, że oferta nie spełni wymagań, jeśli uchwyt nie będzie ułatwiać odklejania opatrunku samoprzylepnego od folii, zatem uchwyt ma być na opatrunku, a nie na folii. Oferty złożyło czterech wykonawców, przy czym trzech zaoferowało uchwyt na opatrunku, a nie na folii, zatem w taki sam sposób zrozumieli oni wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwolujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin opatrunków: zaoferowanego przez Przystępującego opatrunku Russel Chest Seal firmy Prometheus Medical Ltd., zaoferowanego przez Odwołującego opatrunku Battle Chest Seal firmy Paramedix oraz opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej firmy Medalliance Medical Instrument Co. Ltd. jako opatrunku przykładowego oraz opatrunku zaoferowanego przez Boxmet Medical HyFin Vent Individual Chest Seal firmy North American Rescue. Dowód taki przeprowadzono.

Odwolujący podkreślił, iż, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dostarczany asortyment ma być tożsamy z przedstawioną próbką (załącznik nr 6, str. 2). Skoro Zamawiający nie badał próbki z października, to jak stwierdził, że dostarczony produkt jest tożsamy.

Argumentacja Zamawiającego i Przystępującego zmierza do stwierdzenia, że próbka nie jest częścią oferty, natomiast Zamawiający sam wskazał, że taką częścią jest. Zamawiający zastosował tryb nieznany ustawie, gdyż powinien był żądać próbek od wszystkich wykonawców wraz z ofertą, natomiast sztucznie rozdzielił ofertę od próbki. Zdaniem Odwołującego Zamawiający był przekonany, że oferta Przystępującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dlatego unieważnił czynność. Niedopuszczalne jest przyzwoleń, by wykonawca po złożeniu oferty określał, co jest jej przedmiotem (wyrok KIO 976/18). Niezbadanie próbki złożonej w październiku powoduje to, że Przystępujący może dostarczyć opatrunek o innych właściwościach niż przebadany podczas testów.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł w pierwszej kolejności o jego odrzucenie oraz o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z przedstawioną fakturą VAT.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że w zakresie pakietów nr 2 i 4 wpłynęły cztery oferty: oferta Neomed Polska Sp. z o.o. z ceną 1.886 232,15 zł, oferta Boxmet Medical Sp. z o.o. z ceną 1.908.513,09 zł, oferta Odwołującego z ceną 1.818.382,50 zł oraz oferta Przystępującego z ceną 1.467 854,19 zł. Zamawiający w zakresie pakietów nr 2 i 3 wezwał Przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia próbek w zakresie pakietów nr 2 i 4. Następnie Zamawiający, 13 sierpnia 2020 r., dokonał badania ww. próbek, z którego sporządził protokół potwierdzający ich zgodność z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z 18 sierpnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty Przystępującego w zakresie m.in. pakietu nr 2 i 4 uważając, że zaoferowane opatrunki nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

8 września 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej m.in. w zakresie pakietu nr 2 i 4. Odwołujący nie wniósł odwołania od czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 2 i 4.

18 września 2020 r. inny z wykonawców – Boxmet Medical Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty Przystępującego w zakresie pakietów nr 2 i 4, które następnie cofnął 5 października 2020 r.

Pismem z 22 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności oceny ofert w zakresie pakietów nr 1-4.

8 października 2020 r. Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 2f ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia w zakresie pakietów nr 1-4 próbki asortymentu opatrunków indywidualnych. Pomimo że Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył próbkę, Zamawiający nie dokonał jej badania i w związku z tym nie sporządził kolejnego protokołu badania próbek.

Następnie Zamawiający 13 października 2020 r. poinformował wykonawców, że dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie m.in. pakietów nr 2 i 4.

Ponowny wybór oferty nie został poprzedzony nowymi czynnościami Zamawiającego, a jedynie opierał się na dokonanych 13 sierpnia 2020 r. badaniach próbek złożonych przez Przystępującego.

Zatem wniesione przez Odwołującego odwołanie na czynność wyboru oferty Przystępującego jest wniesione po terminie i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Przystępującego i Zamawiającego, o których Odwołujący został poinformowany 8 września 2020 r. poprzez przesłanie Odwołującemu

informacji o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej m.in. w zakresie pakietu nr 2 i 4. Poinformowanie o ww. czynnościach nastąpiło w sposób określony w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym już 8 września 2020 r. Odwołujący został poinformowany, że Zamawiający ocenił ofertę Przystępującego jako zgodną z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym ocenił, że opatrunek indywidualny jest odpowiednio oznakowany, a opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej posiada wymagany uchwyt ułatwiający oddzielenie opatrunku, a także, że 13 sierpnia 2020 r. podczas badania próbki Przystępujący przedłożył dokument – oświadczenie spółki z grupy kapitałowej PERYS MEDICAL, a Zamawiającemu zanotował informację o dokonaniu powyższej czynności w protokole z badania próbki.

Tym samym przysługujący Odwołującemu termin na złożenie odwołania od wyżej wymienionych czynności zaczął biec od 8 września 2020 r. i zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych upłynął 18 września 2020 r. Odwołujący w tym terminie nie złożył odwołania, pomimo iż uzyskał informację o czynnościach związanych z oceną oferty Przystępującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej. Brak reakcji Odwołującego należy uznać za uznanie przez niego decyzji Zamawiającego za poprawną i utratę prawa skorzystania

ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Skutkiem powyższego odwołanie wniesione na ww. okoliczności dopiero 23 października 2020 r. jest spóźnione.

W ocenie Zamawiającego ponowny wybór oferty Przystępującego nie skutkował wyznaczeniem nowego terminu na wniesienie odwołania na dokonaną już czynność wyboru oferty, bowiem podstawą wyboru oferty były te same okoliczności co 8 września 2020 r. Pomiędzy unieważnieniem wyboru oferty z 8 września 2020 r. a ponownym jej wyborem

13 października 2020 r. Zamawiający nie dokonał żadnych nowych czynności związanych

z badaniem i oceną oferty, a czynność wyboru oferty nastąpiła na podstawie tego samego badania próbki i dokumentów, jak przy wyborze z 8 września 2020 r. W szczególności Zamawiający nie dokonał ponownego badania próbek złożonych przez Przystępującego, co prawda bowiem 8 października 2020 r. wezwał go do złożenia próbki, jednak nie dokonał jej badania. Dokonany 13 października 2020 r. wybór oferty opiera się na tym samym stanie faktycznym co wybór z 8 września 2020 r., w szczególności nastąpił na podstawie protokołu

z badania próbek z 13 sierpnia 2020 r. Świadczy o tym także argumentacja przywołana przez Odwołującego, który sam wskazał, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia próbki opatrunku indywidualnego, próbka ta jednak w ogóle nie została poddana badaniu. Tym samym sam Odwołujący przyznaje, że nie miała miejsca nowa czynność Zamawiającego polegająca na badaniu próbki dostarczonej na wezwanie z 8 października 2020 r. Wbrew stanowisku Odwołującego to właśnie fakt, że druga próbka nie została zbadana, świadczy

o tym, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego na podstawie wyniku badania próbki przeprowadzonego 13 sierpnia 2020 r. Od powyższej czynności Odwołującemu przysługiwało odwołanie od 8 września 2020 r., a tym samym termin na jego zaskarżenie upłynął 18 września 2020 r.

W zakresie merytorycznym odwołania – zdaniem Zamawiającego zasadnicze znaczenie mają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. załącznik nr 5.2 – wymagania dla opatrunków oraz załącznik nr 6 – informacja o sposobie badania próbki. Odwołujący w swoim stanowisku pomija rolę próbki. W rozdziale X pkt 4 i 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał dokumenty, jakie mają mu być złożone. Wynika z nich, że próbka nie była składana wraz z ofertą, lecz na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jest to przedmiot potwierdzający, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom.

W formularzu cenowym wykonawcy podawali nazwę produktu i producenta, zatem przedmiot oferty został określony w formularzu cenowym i Zamawiający wiedział, jakie opatrunki są oferowane. Zamawiający przedstawił zdjęcie opakowania opatrunku indywidualnego – próbki przedłożonej pierwotnie oraz przedłożonej na wezwanie z 8 października 2020 r. Zatem już

w momencie pierwszego wyboru oferty Przystępującego Zamawiający miał próbkę, która posiadała naklejkę, którą trudno usunąć. W punkcie 1.1 szczegółowej procedury badania próbki Zamawiający wskazał na odklejenie naklejki, zatem, skoro użył określenia „odkleić”, to oznacza, że dopuszczał naklejkę. Zamawiającemu chodziło o odklejenie się przez przypadek lub przy przechowywaniu. Wiadomo, że przy zastosowaniu odpowiednich środków każdą informację można usunąć, wywabić chemicznie lub w podobny sposób. Opatrunek na rany penetracyjne zaoferowany przez Odwołującego również posiada na stronie tylnej naklejkę, zatem nie jest tak, że naklejka jest wykluczona.

W trakcie badania próbki 13 sierpnia 2020 r. przedstawiciel Przystępującego rzeczywiście złożył pismo, jednak Zamawiający nie uznał tego za ingerencję w pracę komisji, gdyż każdy może jakieś pismo złożyć.

Zdaniem Zamawiającego nie doszło do zmiany treści oferty, ponieważ oferta dotyczy tego samego produktu, który został wskazany w formularzu cenowym, próbka zaś na potwierdzenie wymagań. Powołał się na wyrok KIO 2603/18, w którym opisano sposób postępowania

z próbką. Zamawiający wezwał Przystępującego w październiku do przedstawienia próbki, aby się upewnić, czy producent rzeczywiście zmienił sposób produkcji. Nowo przedłożony opatrunek nie był badany.

Co do opatrunku na rany penetracyjne stwierdził, iż wymagania w tym zakresie zostały zawarte na str. 4 załącznika 5.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lit. b tiret 3., który wymagał uchwytu lub uchwytów ułatwiających oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej. Nie chodziło więc o uchwyt na części opatrunkowej, lecz o odklejenie od folii. Nie ma więc znaczenia, czy uchwyt ułatwiałby przyklejenie i odklejenie opatrunku do ciała. Dopóki opatrunek nie będzie miał zdjętej folii, będzie nazywany opatrunkiem. Nie było wymagania, by to sam opatrunek samoprzylepny posiadał uchwyt. Przy wątpliwościach co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający musi interpretować wymogi na korzyść wykonawcy. Opatrunek Przystępującego posiada uchwyt na folii, które ułatwiają odklejenie.

Co do opatrunku zaoferowanego w innym postępowaniu przez firmę Boxmet Medical Sp.

z o.o. stwierdził, że nie ma to znaczenia dla sprawy i nie wiadomo, co dokładnie zostało tam zaoferowane.

Co do możliwości odklejania i przyklejania opatrunku oraz jego zanieczyszczenia zauważył, iż w załączniku 5.1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 3 wskazano warunki używania tego opatrunku, z których wynika, że będzie on używany w niesterylnych okolicznościach, na brudne rany itd., zatem nie ma znaczenia, że może się zabrudzić przy odklejaniu.

Zamawiający okazał opatrunek indywidualny przedstawiony w sierpniu oraz w październiku,

a także opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej przedstawiony przez Odwołującego.

Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący nie podniósł zarzutu ingerencji Przystępującego w pracę komisji, zatem podnoszenie tej okoliczności jest obecnie spóźnione. Wykonawca nie ingerował, tylko złożył pismo. W odwołaniu nie ma

także zarzutu zaniechania ponownej oceny próbki ani nieprawidłowego zastosowania procedury odwróconej. Próbką to przedmiot traktowany jak dokument i odnoszą się do niego regulacje art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opatrunek ani opakowanie się nie zmieniły, tylko sposób nanoszenia informacji, a Zamawiający w październiku wystąpił o aktualizację próbki.

III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Resculine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Medline Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Powołał się na wyroki KIO 69/20 i KIO 89/20, z których wynika, że odrzucenie oferty może nastąpić jedynie, gdy jest jednoznaczna niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Nie może ona zostać wyinterpretowana z innych okoliczności niż sama specyfikacja.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, co chce osiągnąć, tj. oddzielenie opatrunku od folii i nie ma wskazania, co od czego ma się oddzielić, tj. czy opatrunek od folii, czy folia od opatrunku. Rozumienie pojęcia „opatrunek” może być wieloznaczne, gdyż używa się go także do opatrunku wraz z opakowaniem.

Przystępujący stwierdził, iż wszystkie elementy oferowanych przez niego opatrunków są zgodne z wymaganiami załącznika 5.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślił, że oferowany przez niego opatrunek ma wyższe standardy niż wymagane przez Zamawiającego i kosztuje dwa razy więcej niż oferowany przez Odwołującego. Tak samo Odwołujący nie przedstawił dowodu, że nadrukowanie informacji na opakowaniu jest droższe niż ich naklejenie.

Podkreślił, że próbka jest przedmiotem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest uzupełnialna. Zarzuty stawiane przez Odwołującego są nadinterpretacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący powołał się na instrukcję użytkowania zamieszczoną na opakowaniu opatrunku do rany penetracyjnej klatki piersiowej, z której wynika, że prawidłowy sposób umieszczenia opatrunku to odklejenie części folii, przyłożenie opatrunku do klatki piersiowej, a następnie odklejenie pozostałej części opatrunku. Zauważył, że opatrunek ten jest przewidziany

w warunkach polowych i nie jest przeznaczony do wielokrotnego odklejania. Jest też opatrunkiem sterylnym, w przeciwieństwie do produktów konkurentów. Brak dodatkowego elementu na opatrunku w postaci uchwytu powoduje też, że opatrunek nie zostanie odklejony przypadkowo poprzez pociągnięcie za ten uchwyt. Obecnie oferowany opatrunek jest oferowany MON od lat i nigdy nie było wątpliwości co do jego jakości i funkcjonalności.

Przystępujący podkreślił, że z oznaczeń próbek przedstawionych w sierpniu i październiku, m.in. numeru referencyjnego, wynika, że jest to ten sam produkt. Opatrunki dostarczane są do MON od lat, nie było co do nich zastrzeżeń. Wymogi Zamawiającego w tym zakresie się nie zmieniły, a jedynie sposób badania próbek.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;

7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Terminy na wniesienie odwołania zostały określone w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w swoim wniosku odniósł się do terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanie w sposób określony w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego odnosi się art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to przesłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający w swojej argumentacji odnosi się do niezakwestionowania przez Odwołującego czynności Zamawiającego

z 8 września 2020 r. w postaci wniesienia odwołania (odwołanie takie wniósł inny

z wykonawców biorących udział w postępowaniu). Jednak Zamawiający czynność tę unieważnił 22 września 2020 r. – co w konsekwencji spowodowało wycofanie ww. odwołania – i następnie dokonał nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – 13 października 2020 r., od której to czynności zostało wniesione odwołanie. Tym samym to Zamawiający poprzez swoje czynności doprowadził do sytuacji, w której wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany 13 października 2020 r. (czynność z 8 września 2020 r. jako unieważniona jest czynnością nieistniejącą), co otworzyło wykonawcom kolejną możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej.

Należy też zwrócić uwagę, że przez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 8 września 2020 r. – zamiast uwzględnienia odwołania, jeśli Zamawiający uznał je za słuszne – Zamawiający obszedł przepisy dotyczące postępowania odwoławczego, które w takiej sytuacji nakładają na niego obowiązek dokonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania (art. 186 ust. 2-3a ustawy Prawo zamówień publicznych) lub też zapewnijają rozpoznanie odwołania – w przypadku wniesienia sprzeciwu. Wywołują też konsekwencje wskazane w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast w przypadku unieważnienia kwestionowanej czynności, czego logicznym skutkiem

procesowym jest wycofanie odwołania jako bezprzedmiotowego – i następnie jej ponownego dokonania – wykonawcy mogliby być w sposób faktyczny pozbawiani możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, czego Izba nie może akceptować.

Tym samym Izba uznała, że – wobec unieważnienia czynności z 8 września 2020 r. i tym samym uznania jej za niebyłą – odwołanie przysługuje od czynności dokonanej

13 października 2020 r. Taki też zresztą termin „czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania” został wskazany przez Zamawiającego w informacji przekazanej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej z 27 października 2020 r.

Poza tym część zarzutów odwołania dotyczy zdarzeń, które miały miejsce 8 października 2020 r. i później, zatem już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i złożone przez niego próbki) nie jest sporny między Stronami

i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz z argumentacją Stron i Przystępującego,

w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie – w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą,

4. ewentualnie – art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru w sytuacji, gdy Przystępujący nie został wybrany zgodnie z przepisami prawa.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 7 ust. 3: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Art. 82 ust. 1: „Wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie.” (Z art. 83 ust. 1 wynika, że zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga. Sytuacja ta nie dotyczy niniejszego sporu.)

Art. 87 ust. 1: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.” (Art. 87 ust. 1a dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, natomiast art. 87 ust. 2 poprawiania omyłek w ofercie. Sytuacja ta nie dotyczy niniejszego sporu.)

Art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.” (Art. 87 ust. 2 pkt 3 dotyczy poprawiania w ofercie innych niż oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Sytuacja ta nie dotyczy niniejszego sporu.)

Art. 91 ust. 1: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatytułowanym „Procedura dotycząca badania próbki” Zamawiający wskazał, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, będzie zobowiązany do przedstawienia, w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, próbki – w rozumieniu § 13 rozporządzenia z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

– w postaci opatrunku indywidualnego – 4 sztuki oraz opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej – 4 sztuki. Próbką musi być zgodna z wymaganiami eksploatacyjno-technicznymi określonymi w załączniku nr 5.1. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 1. na str. 3 załącznika nr 6 Zamawiający, w punkcie „Szczegółowa procedura badania próbki: opatrunku indywidualnego” wskazał: „1. Sprawdzenie opakowania w zakresie kolorystyki, instrukcji stosowania oraz oznakowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i ustawą o wyrobach medycznych.

1.1. zamawiający sprawdzi, czy oznaczenia są czytelne a ich treść zgodna z OPZ i ustawą

o wyrobach medycznych, oraz czy nadruk przy pocieraniu dłonią nie rozmazuje się i jest trwały. Zamawiający oczekuje, że informacje takie jak znak CE, termin ważności, data produkcji, numer serii, czy oznaczenie sterylności są umieszczone na opakowaniu w sposób nieusuwalny, w tym: nie da się ich zetrzeć dłonią, zmasać czy odkleić. W przypadku opakowania niezgodnego z wymaganiami SIWZ lub ustawą o wyrobach medycznych Zamawiający odrzuci ofertę.”

Zdaniem Izby z założenia każdą naklejkę w odpowiednich warunkach da się odkleić lub usunąć (odedrzeć) co najmniej w zakresie jej górnej warstwy, szczególnie w przypadku jej zamoczenia. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że chodzi tu jedynie o przypadkowe jej odklejenie, zatem wymóg dotyczy również próby

celowego jej usunięcia.

Jak jednak wynika ze stanowisk Stron i Przystępującego, powyższe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pomimo jego literalnego brzmienia – nie było interpretowane ani przez Zamawiającego, ani przez wykonawców biorących udział

w postępowaniu jako ogólny zakaz stosowania na opakowaniu naklejek zawierających następujące dane: znak CE, termin ważności, data produkcji, numer serii, czy oznaczenie sterylności. Sam też fakt, że Przystępujący zastosował naklejkę, nie jest przedmiotem zarzutu odwołania (jedynie fakt, że – zgodnie z protokołem badania próbki – uległa ona odklejeniu). Tym samym Izba również nie zanegowała samego faktu użycia naklejki.

Jak wynika z okazanej podczas rozprawy próbki, Przystępujący do badania próbki dokonanej 13 września 2020 r. przedstawił próbkę opatrunku indywidualnego z naklejką papierową z nadrukowanymi informacjami wymaganymi przez Zamawiającego: REF nr..., LOT nr..., data produkcji i data przydatności.

Dokonane przez skład orzekający podczas rozprawy oględziny próbki wskazują, że naklejka ta jest trudna do usunięcia (choć nie niemożliwa, jak każda naklejka). Jej odklejenie utrudnia też niejednolita struktura powierzchni opatrunku.

Skoro – pomimo powyżej przywołanego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie była negowana możliwość zastosowania naklejki z powyższymi informacjami, Izba stwierdziła, że naklejka – jak na naklejkę – została umieszczona w sposób nieusuwalny. Tym samym – przy powyższej interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wymóg ten został spełniony.

Przy czym Izba zakłada, że próbka, o której mowa w „Protokole badania próbki” z 13 sierpnia 2020 r. nie jest tym samym egzemplarzem próbki, który został przedstawiony podczas rozprawy (wykonawca miał przedstawić po 4 egzemplarze opatrunków). Podczas rozprawy okazano bowiem egzemplarz nierozpakowany, natomiast rzeczony protokół w przywołanym punkcie odnosił się do badania przeprowadzonego na plutonowym S.Ś. i z opisu próby wynika, że został on otwarty i użyty. Tym samym wynik badania naklejki mógł być odmienny.

Izba też zauważyła, że jeśli z przedstawionych 4 egzemplarzy opatrunku choćby jeden nie przeszedł testu nieusuwalności – to cała próbka nie przeszła tego testu, gdyż oznacza to, że z założenia naklejkę taką można usunąć.

Jak wynika z „Protokołu badania próbki” z 13 sierpnia 2020 r. Zamawiający jednak uznał próbkę ze spełniającą wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia z innego powodu (nie z powodu nieusuwalności naklejki). W dniu badania próbki, tj. 13 sierpnia 2020 r., Przystępujący przedstawił pismo producenta opatrunku, w którym ten zapewnił, że dostarczone Zamawiającemu produkty nie będą opatrzone naklejką, lecz będą posiadały ww. informacje nadrukowane na opakowaniu (pismo, na którego złożenie podczas badania próbki wskazywał Odwołujący).

Oświadczenie to Zamawiający przyjął do wiadomości i pomimo stwierdzenia w „Protokole badania próbki”, że „możliwe jest odklejenie etykiety z naniesionym terminem ważności, datą produkcji i numerem serii” w punkcie „Podsumowanie oceny próbki” zawartym w protokole badania próbki stwierdził, że w związku z powyższym oświadczeniem producenta komisja nie wnosi zastrzeżeń co do zgodności badanej próbki z wymaganiami.

W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego – choć nie do końca prawidłowe – można uznać za akceptowalne.

Co prawda przedmiotowe pismo powinno było być złożone raczej wraz z próbką, a nie podczas jej badania, ale można to zaakceptować, gdyż jego złożenie nastąpiło z wyprzedzeniem, tj. przed dokonaniem oceny próbki przez komisję Zamawiającego, czyli nie zmieniało pierwotnej oceny dokonanej przez komisję. Nie odnosiło się też do dokładnego wyglądu dostarczonej próbki badanej 13 sierpnia 2020 r., lecz stanu przyszłego (planowanej produkcji opatrunków). Jednak są to szczegóły, które nie mają finalnego znaczenia dla sprawy. W okolicznościach niniejszej sprawy można bowiem uznać, że próbka podlegałaby uzupełnieniu.

Zamawiający nie żądał bowiem przedłożenia próbki wraz z ofertą, lecz dopiero w trybie przedstawiania dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – oraz miał jej żądać jedynie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona (postanowienie rozdziału X ust. 4 pkt 8, str. 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W samej ofercie została zaś wskazana nazwa produktu i producenta opatrunku: Opatrunek ratowniczy FCP 01 firmy First Care Products Ltd.

Tym samym w tym przypadku próbka nie stanowiła części oferty składanej w terminie składania ofert, określającej przedmiot tej oferty. Przedmiot oferty został bowiem określony poprzez wskazanie nazwy produktu i producenta, a próbka miała jedynie potwierdzać, że oferowany produkt jest zgodny z wymaganiami, nie zaś definiować ten produkt – co by czyniła, gdyby nie wskazano ww. nazwy produktu i producenta.

Nie ma tu też elementu nierównego traktowania wykonawców, ponieważ – zgodnie

z założeniami Zamawiającego wynikającymi z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozdziału X ust. 4 pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – do przedstawiania próbek miał zostać wezwany tylko wykonawca, którego oferta została oceniona najwyższej. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 26 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo wykonawca miał przedstawić 4 egzemplarze opatrunku, zatem w praktycznym badaniu (użyciu) mogły one wykazywać (choć nie powinny) nieco inne cechy lub np. niektóre mogły ulec uszkodzeniu. Zamawiający też najprawdopodobniej przyjął założenie, że poszczególne egzemplarze opatrunku mogą się pomiędzy sobą różnić, gdyż wymagał 4 egzemplarzy każdego opatrunku.

Jest zatem – jej dany egzemplarz lub egzemplarze – produktem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak bowiem wynika z dyspozycji tego przepisu, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W nomenklaturze rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia

26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), próbka jest również „dokumentem”, co wynika wprost z § 13 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia: „W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów,

których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego”.

Działanie takie – w okolicznościach niniejszej sprawy – w ocenie Izby nie byłoby też sprzeczne z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 lipca 2017 r. w sprawie C-131/16, odnoszącego się wprost do zakresu uzupełniania oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym Trybunał wskazał, że „zasadę równego traktowania wykonawców (...) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienie wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy – jak stwierdzono powyżej – próbka nie była składana wraz z ofertą oraz przez wszystkich wykonawców na takich samych zasadach, nie określała też samego przedmiotu oferty, lecz miała potwierdzać pewne jego cechy, a – co ważne – Zamawiający przed badaniem próbki został poinformowany o jej „wadzie”, tj. odmienności od produktu, który zostanie dostarczony, w postaci naklejki zamiast informacji nadrukowanej, co wziął pod uwagę podczas badania.

Zatem Zamawiający – jeśli stwierdził podczas badania próbki, że naklejka da się usunąć, co miało być powodem odrzucenia oferty – zasadniczo powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia tej próbki – przedstawienia wskazywanych produktów z informacjami nadrukowanymi – już w momencie takiego stwierdzenia, a nie dopiero w październiku 2020 r. (Na marginesie można zauważyć, że odklejenie informacji nie było jedyną okolicznością, która miała być badana, ale także np. możliwość zmazania druku).

Izba stwierdziła jednak, że wobec uzupełnienia próbki przed rozprawą, nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania przetargowego. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia.

Zamawiający, jak potwierdził, nie przeprowadził całościowego badania próbki przedstawionej 8 października 2020 r. Jednak, jak wskazał, samo ponowne przedstawienie opatrunku miało na celu jedynie zweryfikowanie powyższego napisu, a nie całości wymaganych cech opatrunku. Potwierdza to powołanie się przez niego w wezwaniu na art. 26 ust. 2f ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów”. Z brzmienia przepisu wynika więc, że przepis ten nie ma zastosowania do próbek, a jedynie do wymagań podmiotowych wobec wykonawców. Wskazuje jednak na sytuację, w której zamawiający stwierdził, że wymagana jest aktualizacja stanu stwierdzonego uprzednio. Powołanie się na ten przepis potwierdza więc oświadczenie Zamawiającego, że chodziło mu jedynie o potwierdzenie tej jednej kwestii (braku naklejki). Zamawiający nie miał wątpliwości, że w pozostałym zakresie opatrunek jest taki sam. Również Odwołujący nie wykazał, a i Izba podczas rozprawy nie stwierdziła, że dostarczony w październiku 2020 r. opatrunek różni się w jakikolwiek sposób od okazanego w sierpniu 2020 r. – poza ww. cechą opakowania. Tym samym Izba nie stwierdziła, że ponowne całościowe badanie próbki było niezbędne.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła także, że Przystępujący zmienił swoją ofertę lub też przedstawił dwie oferty. Przy czym wynikający z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz składania więcej niż jednej oferty aktualizuje się raczej w momencie składania ofert – nie można złożyć więcej niż jednej oferty (w tym niedozwolonej oferty

z rozwiązaniami alternatywnymi). Wszelkie późniejsze działania lub zdarzenia podlegają – co do zasady – dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się właśnie do zmiany pierwotnie złożonej oferty.

Co do opatrunku rany penetracyjnej klatki piersiowej – Przystępujący zaoferował produkt RCS IN 0680, producenta Prometheus Medical Limited, tj. RCS – Russel Chest Seal.

W zakresie tego opatrunku, w punkcie 4. załącznika 5.2 lit. b „Konstrukcja opatrunku” Zamawiający wskazał:

- kształt okrągły o średnicy... lub owalny o wymiarach... lub w kształcie prostokąta... lub

w kształcie kwadratu...,

- wentylowy: z trójdzielną zastawką jednokierunkową lub wykorzystujący zastawkową metodę opatrywania rany otwartej... (folia musi w sposób skuteczny spełniać funkcję zastawki/zaworu jednokierunkowego),

- opatrunek posiada uchwyt (lub uchwyty) ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej,

- opatrunek zawiera gazę lub włókninę do oczyszczenia rany z płynów i zabrudzenia przed jego przyklejeniem.

Dopuszczalne są opatrunki bez gazy lub włókniny,

- samoprzylepny, z klejem wysokiej lepkości, możliwość przyklejenia opatrunku na mokre ciało (pot, krew).

W punkcie 3.3. na str. 7 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że sprawdzi, czy opatrunek posiada uchwyt lub uchwyty ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej. W przypadku braku uchwytu (lub uchwytów) Zamawiający odrzuci ofertę. Na str. 8 Zamawiający powtórzył, że uzna, że oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli uchwyt (lub uchwyty) nie będzie ułatwiać oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej.

Z powyższego wynika, że Zamawiający w zakresie wymagań dotyczących opatrunku zawartych w tym punkcie nie zastosował jednolitej struktury gramatycznej (raz używane jest słowo „opatrunek”, innym razem nie).

Zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl) „opatrunek” to „gaza, wata i bandaż, zwykle sterylizowane, nakładane na rany i skaleczenia, często wraz ze środkami leczniczymi”, opatrunek osobisty: „zestaw składający się z jałowej gazy nasączonej środkiem antyseptycznym oraz bandaża i agrałki, będący w wyposażeniu żołnierza” (w niniejszym przypadku nie jest to gazą, wata czy bandaż, lecz specjalne tworzywo, ale powyższa definicja oddaje sens pojęcia opatrunku). Zatem „opatrunek” to ta część, która służy do opatrywania rany. Oczywiście w momencie, w którym jest on opakowany, określenia tego używa się w stosunku do całego opakowania lub też – po rozpakowaniu z torebki – do jego części opatrunkowej wraz z folią lub papierem osłaniającym, a po oddzieleniu od

folii/papieru osłaniającego – do samej części do opatrywania rany. Jednak jest to jedynie skrót myślowy („opatrunek będący

w opakowaniu”, „opatrunek osłonięty folią/papierem”), gdyż każdorazowo chodzi o część do opatrywania, a nie jego opakowanie, które po oddzieleniu od samej części opatrunkowej staje się odpadem, a wykorzystywany jest sam opatrunek (część opatrunkowa).

Zatem rzeczywiście, gdyby Zamawiający w rozpatrywanym wymogu posłużył się jedynie określeniem „opatrunek”, wskazywałoby to na konieczność istnienia uchwytu na samej części opatrunkowej. Zamawiający jednak sformułował wymaganie w następujący sposób: „opatrunek posiada uchwyt (lub uchwyty) ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej”. Tym samym nie wskazał np. że opatrunek posiada uchwyt (lub uchwyty) ułatwiające oddzielenie „go” od folii osłaniającej lub że opatrunek posiada uchwyt (lub uchwyty) ułatwiające oddzielenie „go” od folii osłaniającej, co wskazywałoby wprost na część opatrunkową, lecz rozróżnił dodatkowo – w ramach pojęcia opatrunku – opatrunek samoprzylepny i folię osłaniającą. Przez co nie wskazał, na którym z tych elementów ma być uchwyt lub uchwyty. Sformułowanie takie podkreśla za to sam cel istnienia owego uchwytu/uchwyty, tj. wzajemne oddzielenie od siebie tych dwóch elementów.

Zatem, w ocenie Izby, wymaganie to należy czytać w sposób funkcjonalny, tj. ułatwienia rozklejenia tych dwóch elementów.

Opatrunek zaoferowany przez Przystępującego posiada dwa uchwyty na folii osłaniającej, co do których nie ma wątpliwości, że ułatwiają oddzielenie od siebie opatrunku samoprzylepnego i folii osłaniającej. Tym samym należy uznać, że Przystępujący spełnił przedmiotowe wymaganie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Inne zalety posiadania uchwytów przez samą część opatrunkową, wskazywane przez Odwołującego, nie były zawarte w wymaganiach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie mają znaczenia.

Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie Zamawiającego i Przystępującego, że dotychczas, przy analogicznych wymaganiach, opatrunki oferowane przez Przystępującego były akceptowane.

Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przepis ten ma w tej sytuacji takie znaczenie, że poprzez pewną praktykę rozumienia wymagań poszczególnych specyfikacji istotnych warunków zamówienia w różnych postępowaniach, zamawiający tworzą pewien zwyczaj interpretacji postanowień zawartych w tych specyfikacjach, którym można posilkować się przy wykładni kolejnych wymagań kolejnych specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem jeśli Zamawiający dotychczas, przy takim wymogu, akceptował również uchwyty na folii, a wymóg nie zmienił się, prawidłowe z punktu widzenia uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania jest takie samo jego rozumienie (skoro nie ma podstaw do innego jego rozumienia). Sam fakt, czy Zamawiający badał to na próbie, czy też nie, ma drugorzędne znaczenie, gdyż wymóg był i miał być spełniony przez wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz 3.600 złotych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący:.....