Sygn. akt: KIO 2402/20

WYROK
z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**– unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, powtórzenie czynności badania i oceny z uwzględnieniem oferty Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2. kosztami postępowania obciąża **Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

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

……...

Sygn. akt: KIO 2402/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sukcesywne dostawy płynów infuzyjnych, płynu do perfuzji i płynów do irygacji do Szpitali Pomorskich sp. z o.o.", zadanie częściowe nr 2, nr ref. D25C/251/N/13-20/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 080-188074. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec braku wezwania odwołującego do wyjaśnień w przedmiocie zgodności oferty z treścią SIWZ oraz czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. **naruszenie art 7 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art 36 ust. 1 pkt 3 i art 65 §1 kodeksu cywilnego** poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż była ona zgodna z treścią SIWZ, bowiem w toku udzielania wyjaśnień w dniu 18 maja 2020 roku zamawiający wskazał, iż wymaga aby wykonawcy dostarczyli płyny w opakowaniu zgodne z następującym opisem: „porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co do minimalnego zagrożenia jego przeniesienia do płynu/lub leku przygotowanego już do infuzji", skoro porty opakowań oferowanych przez odwołującego nie posiadają żadnych zagłębień ani krawędzi, które nie pozwalałyby na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co do minimalnego zagrożenia jego przeniesienia do płynu/lub leku przygotowanego już do infuzji", a ponadto i przede wszystkim płyny oferowane przez odwołującego są konfekcjonowane w opakowaniach posiadających jałowe porty, co potwierdza treść Charakterystyki Produktu Leczniczego, w konsekwencji czego porty te w ogóle nie wymagają dezynfekcji, co skutkowało naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, bowiem zgodnie z ustawą Pzp jest uprawniony do odrzucenia tylko tej oferty, która nie odpowiada treści SIWZ z tym zastrzeżeniem, że treść SIWZ należy interpretować z poszanowaniem określonej w kodeksie cywilnym reguły interpretacji oświadczeń woli wskazującej, że „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje".
2. **naruszenie art 7 ust 1 w zw. z art 26 ust 4 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień złożonych w związku z powziętym przez zamawiającego - na podstawie tez przedstawionych przez Wykonawcę konkurencyjnego - wyobrażeniem, które nie ma żadnego odzwierciedlenia w faktach i zaniechaniem należytej staranności w zbadaniu faktów poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnień, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego, w konsekwencji czego zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania oraz zasadę uczciwej konkurencji.
3. **art 7 ust. 1 w zw. z art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp** poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zaskarżonego zadania, mimo że postępowanie to nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu Umowy z sprawie zamówienia publicznego, co stanowiło naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na fakty wskazane w jego treści,

b) **dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka** dr P. W., Prezesa Polskiego Towarzystwa Pielęgniarek Anestezjologicznych i Intensywnej Opieki, Adiunkta w Klinice Anestezjologii i Intensywnej Terapii Dziecięcej, Wydział Lekarski, Warszawski Uniwersytet Medyczny (adres do doręczenia wezwania: Klinika Anestezjologii i Intensywnej Terapii Dziecięcej, Warszawski Uniwersytet Medyczny ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091

Warszawa) - na fakt zastosowania normy PN-EN 16615 oraz zasad dezynfekcji portów w tym portów opakowań zaoferowanych przez Odwołującego.

c)nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zaskarżenia;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, publikacja wyników wyboru ofert w zakresie zaskarżenia i zawarcie z odwołującym umowy;

d)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę powiększonych o wysokość opłaty skarbowej uiszczonej od udzielonego pełnomocnictwa, według norm przepisanych.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący na wstępie przedstawił okoliczności faktyczne. Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2020 roku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na „sukcesywne dostawy płynów infuzyjnych, płynu do perfuzji i płynów do irygacji do Szpitali Pomorskich sp. z o.o.", zadanie częściowe nr 2 pozycja: 4, 5, 6, 8, 9.

Przedmiot postępowania został podzielony przez zamawiającego na 7 zadań częściowych. W ramach zadania częściowego nr 2 „Zadanie 2 Płyny infuzyjne" CPV33692500-2 (płyny dożylne) zamawiający wymagał dostarczenia produktów leczniczych opisanych w tabeli w następujący sposób: poz. 4 - Glucosum inj. 5% 250 ml – 27000, poz. 5 - Glucosum inj. 5% 500 ml – 42000 szt.; poz. 6 - Natrium chloratum inj. 0,9% 100 ml butelka – 630000 szt.; poz. 8 - Natrium chloratum inj. 0,9% 250 ml butelka – 172000 szt.; poz. 9 - Natrium chloratum inj. 0,9% 500 ml butelka – 220000 szt.

Jednocześnie zamawiający w dniu 18 maja 2020 roku odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie zadania nr 2 pozycje 1-10 dokonał następującej modyfikacji treści SIWZ (pytanie nr 2 lit c):

Pytanie:

„Czy mając na uwadze bezpieczeństwo Pacjentów i Personelu oraz bezpieczeństwo epidemiologiczne organizacyjne i finansowe podmiotu leczniczego oraz obecną sytuację epidemiologiczną w Polsce i na świecie, co powoduje, że względy mikrobiologiczne w tym zanieczyszczenia bakteryjne i wirusowe muszą być brane pod uwagę w doborze wszystkich elementów linii infuzyjnej - w tym opakowania do przygotowania w nich leków i infuzji, Zamawiający doprecyzuje wymagania, co do opakowania płynów infuzyjnych? Czy Zamawiający wymaga ww. zadaniu płynów infuzyjnych w opakowaniu z płaskimi portami, z cechami bezpieczeństwa takimi jak: c) porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji".

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wymaga w poz. 4, 5, 6, 8, 9.

Do tak określonego przedmiotu zamówienia odwołujący złożył ofertę, w tym w zakresie zadań 4,5,6,8,9, oferując płyny konfekcjonowane w opakowaniach Kabi Pack.

W dniu 10 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień o następującej treści:

„Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego ww. produkty pod tymi samymi kodami EAN mają zarejestrowane co najmniej dwa rodzaje opakowań. W związku z powyższym, w celu zachowania należytej staranności, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie jakie konkretnie produkty zostały zaoferowane przez Wykonawcę w pozycjach: 4, 5, 8 i 9 tj. czy są to produkty w opakowaniach posiadających porty bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. Wskazanym byłoby podanie konkretnych numerów katalogowych oferowanych produktów oraz załączenie folderów lub ulotek potwierdzających spełnienie przez nn produkty wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ wraz z modyfikacją".

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 15 czerwca 2020 r. odwołujący złożył stosowne oświadczenie opatrzone podpisem osoby odpowiedzialnej za dopuszczenie do obrotu leków oraz ulotki informacyjne jednoznacznie potwierdzające, że: opakowania zaoferowane przez odwołującego posiadają „płaskie porty bez krawędzi, pozwalające na skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu, bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu/leku przygotowanego do infuzji", a tym samym oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający na podstawie złożonego przez odwołującego oświadczenia dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie w dniu 26 czerwca 2020 r. opublikował ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej - wybierając w zakresie zadania 2 ofertę odwołującego.

W dniu 01 lipca 2020 r. Wykonawca Konkurencyjny powiadomił zamawiającego, iż oferta odwołującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, powołując się na doświadczenie rynkowe, katalogi Fresenius Kabi, których nie załączył, oraz fotografie portów. Odwołujący zwrócił uwagę, iż: doświadczenie rynkowe wykonawcy konkurencyjnego nie może być traktowane jako potwierdzenie wywodzonych przez tego wykonawcę faktów, jako samo w sobie jest subiektywnym poglądem; katalogów wskazanych w treści pisma - wykonawca konkurencyjny nie załączył; fotografie portów nie pozwalają na ustalenie: z jakich opakowań w rzeczywistości pochodzą porty jak również czy porty nie zostały uszkodzone w toku użytkowania.

Ponadto odwołujący podkreślił, że Wykonawca Konkurencyjny nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej, mimo iż miał na tym etapie postępowania możliwość skutecznego zakwestionowania wyniku postępowania. Co jedynie potwierdza, iż sam Wykonawca Konkurencyjny nie był przekonany co do mocy przedstawianych przez siebie tez.

Zamawiający w dniu 3 lipca 2020 r. opublikował informację o nieznanej prawu czynności „anulowania wyniku postępowania" wyniku postępowania, co odwołujący rozumiał na podstawie treści tej czynności oraz wykładni dokonanej na podstawie art 65 § 1 kodeksu cywilnego jako czynność unieważnienia ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2.

Następnie dnia 6 lipca 2020 r. zamawiający ponownie wezwał odwołującego do wyjaśnień o następującej treści:

„Zamawiający wnosi o wyjaśnienie czy zaoferowane w Zadaniu 2 poz. 4, 5, 6, 8, 9 produkty cechują się takim zagłębieniem, które uniemożliwia skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metoda przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu

pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji, czy też takiego zagłębienia nie posiadają". Zakreślając termin na udzielenie wyjaśnień do dnia 9 lipca 2020 r..

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący w dniu 7 lipca 2020 r. udzielił wyjaśnień ponownie wskazując, iż „opakowania płynów infuzyjnych typu Kabi Pack nie cechują się zagłębieniem, które uniemożliwia skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu, bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu/lub leku przygotowanego do infuzji". Dodatkowo Wykonawca przedłożył ulotkę informacyjną potwierdzającą, iż oferowane opakowanie posiada „nowe płaskie membrany" (porty). Ponownie potwierdzając, iż oferta złożona przez odwołującego jest zgodna z treścią S1WZ.

W dniu 17 lipca 2020 r. Zamawiający ponownie opublikował ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 wskazując ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Wykonawca Konkurencyjny, w dniu 22 lipca 2020 r. ponownie nie korzystając z odwołania jako środka ochrony prawnej przewidzianego w ustawie złożył zamawiającemu kolejne pismo, w którym, o ocenie odwołującego, prezentował szereg poglądów własnych i niepopartych dowodami poglądów o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Tu należy wskazać, iż Wykonawca Konkurencyjny ponownie załączył fotografie i nieznanego pochodzenia próbki wskazując, iż są to opakowania potwierdzone oferowane przez odwołującego.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2020 r. ponownie opublikował informację o anulowaniu wyniku w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, co odwołujący na podstawie treści tej czynności rozumie jako unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Następnie w dniu 11 września 2020 r. zamawiający opublikował informację o odrzuceniu oferty odwołującego powołując w uzasadnieniu zaskakujące w obliczu treści SIWZ uzasadnienie o następującej treści:„Po ponownym wyborze oferty Wykonawca konkurencyjny ponownie złożył zastrzeżenia dotyczące nn wyboru, wskazując zamawiającemu, iż wprost wymagał „płaskich portów" nie uzależniając tego parametru od możliwości skutecznej dezynfekcji. Zamawiający po ponownym zbadaniu oferty stwierdził, iż rzeczywiście w swojej odpowiedzi z dnia 18.05.2020 r. ograniczył możliwość złożenia oferty tylko dla produktów z płaskimi portami."

Następnie w tym samym dniu Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania powołując, iż: Zamawiający po ponownym zbadaniu oferty stwierdził, iż rzeczywiście w swojej odpowiedzi z dnia 18.05.2020 r. ograniczył możliwość złożenia oferty tylko dla produktów z płaskimi portami. Dodatkowo posiłkując się opinią ekspercką dr hab. nauk med. M. B. prof. nadzw. z Katedry i Zakładu Mikrobiologii Farmaceutycznej i Parazytologii Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu z dn. 04.08.2020 r., udostępnioną przez Wykonawcę Aesculap Chifa Sp. z o.o., stwierdza, że zgodnie z normą PN-EN 16615 „jako powierzchnię gładką (płaską) należy uznać powierzchnię, która nie zawiera zagłębień, głębokich rys, połączeń płaszczyzn pod ostrymi kątami itp.". Oceniając zatem obiektywnie czy zaoferowany produkt posiada płaskie porty, należałoby stwierdzić, że porty typu KabiPac nie są płaskie a tym samym nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ wraz z modyfikacją. Zamawiający poprzez tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia zmodyfikowany odpowiedzią na zapytanie Wykonawcy ograniczył możliwość złożenia ważnej oferty Wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 134 02-305 Warszawa, tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji, z posiadanej bowiem przez Zamawiającego wiedzy płaskie porty posiada tylko jeden Wykonawca na rynku. Mając na uwadze wprowadzony modyfikacją SIWZ wymóg płaskich portów Zamawiający, biorąc pod uwagę wcześniej wskazane uzasadnienie, nie mógł wybrać oferty Wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 134 02-305 Warszawa i był zmuszony ją odrzucić. Z punktu widzenia funkcjonalnego i epidemiologicznego lekkie wgłębienie w porcie produktu Wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. nie ma znaczenia, co potwierdza wskazana wyżej opinia, lecz z uwagi na tak a nie inaczej skonstruowany opis przedmiotu zamówienia Zamawiający nie mógł wybrać oferty, która nie spełnia wymogu płaskich portów. Mając na względzie, iż tym samym opis przedmiotu zamówienia ograniczył konkurencję do jednego Wykonawcy, który spełnia wymóg płaskich portów, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Przedstawiając okoliczności prawne odwołania, odwołujący wskazał, że zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: **niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.** Odwołujący przywołał wyroki KIO o sygn. akt 585/16, z dnia 5 maja 2016 r. oraz o sygn. akt KIO 98/20, z dnia 29 stycznia 2020r.

Odwołujący stwierdził, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego określenia w SIWZ wymagań związanych z jego wykonaniem poprzez dokonanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ustawy Pzp, oraz określenia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp), Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia stanowi obligatoryjny element każdej SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest z jednej strony obowiązkiem zamawiającego, z drugiej zaś jego uprawnieniem. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach umowy. Na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przygotowują ofertę. Z tego też względu ustawodawca jednoznacznie wskazał, iż „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt 592/19 z dn. 15 kwietnia 2019 r.

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt stanu faktycznego niniejszego postępowania, odwołujący podkreślił, iż SIWZ jest kierowana przez profesjonalistę do profesjonalistów, a zatem jej jednoznaczność i zrozumiałość winna być oceniana zgodnie z zawodowym charakterem świadczonych przez zamawiającego usług opieki zdrowotnej. **Opis**

przedmiotu zamówienia nie jest niczym innym niż oświadczeniem woli Zamawiającego określającym wszystkie wymagania i okoliczności dotyczące nabywanego w trybie zamówienia publicznego produktu leczniczego z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Konsekwentnie stosując określone w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego zasady wykładni celowościowej w myśl której „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje", należy wskazać, iż zamawiający żądał aby dostarczony produkt, posiadał „porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia, portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII)bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku. co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji".

W konsekwencji powyższego, odwołujący przyjął, iż w wyjaśnieniach z dnia 18 czerwca 2020 roku zamawiający wskazał, iż nie chodziło o wszelkie lub jakiekolwiek zagłębienia i krawędzie, a jedynie o porty bez (takich) zagłębień i krawędzi, które nie pozwalają na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji.

Odwołujący podkreślił, iż wszelkie oświadczenia i dowody przedłożone przez odwołującego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzały, iż oferowane przez niego porty są płaskie i nie posiadają zagłębień ani krawędzi, które nie pozwalałyby na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji.

W konsekwencji czego oferta odwołującego, w jego ocenie, odpowiada treści SIWZ i jako taka nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że stanowisko zamawiającego wyrażone pismem z dnia 11 września 2020 uzasadniające przyczyny odrzucenia ofert jest kompletnie niezrozumiałe, opiera się wszelkim zasadom logiki oraz stoi w kontrze z dotychczasową linią orzeczniczą. Z jednej bowiem strony zamawiający w wyjaśnieniach treści SIWZ wskazuje jasno i bez cienia jakiekolwiek wątpliwości, że nie chodziło o jakiekolwiek zagłębienia i krawędzie, chce otrzymać porty płaskie bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. Dokładnie w tym duchu zamawiający prowadził też wyjaśnienia treści SIWZ. Z drugiej zaś strony w piśmie z dnia 11 września 2020 roku, zapominając zdaje się o art. 65 § 1 kodeksu cywilnego i dotychczasowych czynnościach, zamawiający przyjął za własne poglądy Wykonawcy Konkurencyjnego wskazując, że mimo iż de facto chodziło o dezynfekcję, to jednak wprost wymagał płaskich portów" nie uzależniając tego parametru od możliwości skutecznej dezynfekcji. Zaskakujące dla odwołującego jest również to, że zamawiający dokonywał ustaleń treści oferty odwołującego na podstawie tez i nieudowodnionych twierdzeń Wykonawcy Konkurencyjnego oraz przedłożenia przez niego niewiadomego pochodzenia próbek rzekomych opakowań KabiPack mimo, iż zamawiający dysponował własnym doświadczeniem w tym zakresie bowiem nabywał już od odwołującego płyny w opakowaniach KabiPack w przeszłości. Tu warto podkreślić, że zamawiający w przeszłości wielokrotnie nabywał od odwołującego płyny w opakowaniach KabiPack (tj. opakowaniach oferowanych przez odwołującego również w tym postępowaniu) i nigdy dotąd nie składał żadnej reklamacji w zakresie możliwości lub skuteczności dezynfekcji. Co więcej takiego zastrzeżenia nie wnosił również żaden inny zamawiający, jak również takie zastrzeżenie nie zostało nigdy sformułowane w żadnej publikacji. W konsekwencji czego nie istnieje ani dowód bezpośredni, ani nawet dowód prima facie.

Odwołujący zwrócił uwagę na istotę przepisu art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń, jeżeli oświadczenia te są nieprawidłowe lub budzą wątpliwości wskazane przez zamawiającego. Odwołujący przywołał w tym miejscu orzecznictwo KIO tj. wyrok o sygn. akt KIO 2233/19, z dnia 20 listopada 2019 r., oraz wyrok o sygn. akt KIO 2690/17, z dnia 8 stycznia 2018 r.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy odwołujący zwrócił uwagę, iż wprawdzie zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę do wyjaśnień wskazując wątpliwości, jednakże za każdym razem po udzielonych wyjaśnieniach dokonywał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszą, co dawało odwołującemu gwarancję, że w ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia są prawidłowe i potwierdzają zgodność oferty z SIWZ. Tym samym sytuacja, w której Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w związku z przekazanymi przez Wykonawcę Konkurencyjnego poglądami stanowiła naruszenie zasady przejrzystości postępowania i zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał również na fakt, że ustalenia w zakresie zgodności treści oferty przedłożonej przez odwołującego z treścią SIWZ były prowadzone przez zamawiającego z Wykonawcą Konkurencyjnym w trybie nieznanym ustawie, mimo iż Wykonawca Konkurencyjny miał możliwość zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie pozaustawowe działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, ewidentnie naruszyło zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, bowiem pozbawiło wykonawcę możliwości konfrontacji z poglądami Wykonawcy Konkurencyjnego, które zamawiający bezkrytycznie przyjął za własne, zapominając zdaje się o tym, że Wykonawca konkurencyjny miał interes w odrzuceniu oferty odwołującego.

Przechodząc dalej odwołujący wskazał, iż kolejną czynnością dokonaną przez Zamawiającego było unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przesłanką unieważnienia postępowania, określoną w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest obarczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że:

1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis);
2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (jeśli wada jest usuwalna - konieczne jest jej usunięcie, w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania);
3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia umowy).

Odwołujący podniósł, że wady postępowania, z powodu wystąpienia których umowa może podlegać unieważnieniu określone zostały w art 146 ust 1 ustawy Pzp. Stanowią one konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów regulujących prowadzenie postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę na

użyty w tym przepisie tryb dokonany wskazanych tam uchybień, co oznacza, że mają one charakter nieodwracalnych. W świetle tego przepisu umowa - co do zasady (z zastrzeżeniem okoliczności określonych w ust. 2) - podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

(1)z naruszeniem przepisów PZP zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

(2)nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE;

(3)zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust 1 PZP, jeżeli uniemożliwiło to KIO uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

(4)uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;

(5)uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;

(6)z naruszeniem przepisów PZP zastosował tryb zapytania o cenę.

W ocenie odwołującego, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest bezwzględne tylko w sytuacji, gdy zamawiający unieważniając postępowanie korzysta z dyspozycji zawartych w art. 146 ust. 1 ustawy. Bowiem w obydwu przepisach ustawodawca mówi o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i o umowie podlegającej unieważnieniu a nie jak w art. 146 ust. 5 i ust. 6 ustawy o tym, że może zamawiający, Prezes UZP wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Reasumując, odwołujący podkreślił, że czym innym jest działanie z mocy prawa (umowa podlega unieważnieniu - art. 146 ust. 1 ustawy) a czym innym możliwość unieważnienia umowy przez wystąpienie do sądu (art. 146 ust 5 i ust 6 ustawy Pzp) [KIO 1098/19, KIO z dnia 4 lipca 2019 roku]. Takie również stanowisko przyjął Sąd Okręgowy w Łodzi wskazując, iż „Umowa obarczona wadami opisanymi m.in. w art. 146 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia w trybie przewidzianym w ustawie. Nie można zatem przesłankowo, w toku innego postępowania, ustalać nieważności umowy zawartej w trybie zmówienia publicznego z powołaniem na uchybienia, które uzasadniałyby wdrożenie postępowania na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na sądowym ustaleniu ważności umowy na wniosek Prezesa UZP" [I ACa 647/14].

Przenosząc powyższe na przedmiotowy stan faktyczny, odwołujący podkreślił, że zamawiający błędnie przyjął w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia jakoby „opis przedmiotu zamówienia ograniczył konkurencję do jednego Wykonawcy, który spełnia wymóg płaskich portów, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego", ponieważ zgodnie z przedłożonymi zamawiającemu dowodami z dokumentów oferowane przez odwołującego opakowanie posiada płaskie porty, a zatem opis przedmiotu zamówienia nie ograniczył odwołującemu możliwości złożenia oferty. Warto też wskazać, że odwołujący nigdy nie zaskarżył treści SIWZ, jako że nie uważał jej za naruszającą konkurencję, bowiem oferowany przez odwołującego produkt spełnia wymagania SIWZ, zaś same wymagania są adekwatne i proporcjonalne do celu związanego z przedmiotem zamówienia. Tym samym, zdaniem odwołującego, nie ulegało żadnej wątpliwości, że na skutek tak określonego wymagania (płaskie porty) zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji, a zatem nie zmaterializowała się przesłanka unieważnienia postępowania na którą zamawiający się powołał w uzasadnieniu faktycznym.

W dniu 6 października 2020 r. zamawiający przedłożył Izbie odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1.oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,

2.oddalenie wniosku o przeprowadzanie dowodu z zeznań świadka wskazanego przez Odwołującego na okoliczność zastosowania normy PN-EN 16615 oraz zasad dezynfekcji portów w tym portów opakowań zaoferowanych przez odwołującego, albowiem jest to okoliczność, która nie jest kwestionowana przez zamawiającego,

3.przeprowadzenie dowodu z oględzin opakowań oferowanego asortymentu odwołującego na okoliczność, czy oba porty opakowania spełniają wymóg płaskich obu portów - dotyczy asortymentu o nr EAN 5909990251063, KabiPack Natrium Chloratum 0,9% 100 ml.

4.przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka dr hab. nauk med. M. B., prof. zw., Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Katedra i Zakład Mikrobiologii Farmaceutycznej i Parazytologii na okoliczność spełniania przez oferowany asortyment Odwołującego wymogu płaskich (gładkich) obu portów w opakowaniu typu „butelka",

5.zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, według norm przepisanych.

Zamawiający, analizując argumentację przywołaną w odwołaniu, nie zgodził się z tezami postawionymi przez odwołującego.

W pierwszej kolejności zamawiający stwierdził, iż w przypadku odnotowania, iż popełnił błąd w toku postępowania ma on prawo a wręcz obowiązek cofnąć, anulować czy unieważnić podjęte czynności i dokonać ich powtórzenia, o ile jest to jeszcze na danym etapie postępowania możliwe. Choć w samej ustawie Pzp nie ma takiej konstrukcji jak anulowanie, cofnięcie czy unieważnienie czynności wyboru oferty, to jest wręcz wskazanym, aby zamawiający wycofał się z podjętej czynności, jeśli może ona skutkować nieodwracalnymi negatywnymi konsekwencjami.

W ocenie zamawiającego, ustawa Pzp nie zakazuje w żadnym razie dokonywania korekty czynności wyboru oferty z uwagi na zauważone w toku postępowania przez zamawiającego błędy. W większości sytuacji zamawiający może, a nawet powinien wycofać się z podjętej decyzji i naprawić błędy, których dopuścił się w toku postępowania. Jeżeli wada procedury, która pojawiła się w jego toku jest wadą usuwalną, to - mając na uwadze zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zamawiający może jej dokonać. Rzeczą drugorzędną jest, jak taką czynność naprawczą zamawiający będzie nazywać. W opinii zamawiającego nieistotnym jest, czy zamawiający określi ją jako „anulowanie" czy „unieważnienie" ogłoszenia wyboru oferty. Tego typu czynności są możliwe do chwili zawarcia umowy o ile nie są przez ustawę zakazane. Zamawiający zauważył, że odwołujący zarzuca Wykonawcy Konkurencyjnemu, iż nie skorzystał z prawa złożenia środka zaskarżenia, a jedynie wystosował pismo wskazujące na nieprawidłowości, jakich dopuścił się w jego ocenie zamawiający. Oczywiście nie jest to dokument uregulowany przepisami ustawy Pzp, ale sam odwołujący zdaje sobie sprawę, że takie notatki, czy też pisma wskazujące na nieprawidłowości są praktykowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, i nie są sprzeczne z ustawą, co sam odwołujący wykorzystał

kierując do zamawiającego pismo, w którym wyraził swoją opinię na temat sposobu prowadzenia przedmiotowego postępowania.

Zamawiający wskazał, że pomimo faktu, iż pismo Wykonawcy Konkurencyjnego nie było pismem uregulowanym ustawowo, chcąc dochować należytej staranności musiał wziąć pod uwagę wszelkie sugestie uczestników postępowania lub inne informacje powzięte w toku postępowania, aby móc w odpowiednim momencie zareagować i podjąć czynności „naprawcze" usuwające popełniony przez zamawiającego błąd, a tym samym uniknąć negatywnych konsekwencji postępowania prowadzonego z naruszeniem przepisów.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby przyjął tezy zawarte w pismach Wykonawcy Konkurencyjnego bezkrytycznie. Pisma te były jedynie impulsem do ponownej analizy sprawy przez niego, a ocena zasygnalizowanych błędów i ich wpływ na wynik postępowania były zaś dokonane przez zamawiającego samodzielnie w oparciu o całokształt okoliczności sprawy (do czego - jak wskazał wyżej - zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek). Zamawiający podkreślił, że zbadał dokładnie dokumentację w postępowaniu, zapoznał się z pismem Wykonawcy Konkurencyjnego i jednocześnie zbadał oferowany asortyment odwołującego, albowiem nie tylko otrzymał próbki od Wykonawcy Konkurencyjnego, ale także posiadał go w swoich magazynach. Zamawiający nie kwestionuje tego, iż dwukrotnie anulował czynność wyboru oferty. Wynikało to z faktu, iż zamawiający wziął pod uwagę wybiórczo swoje wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w toku postępowania przy badaniu i ocenie oferty odwołującego.

Zamawiający przyznał, że skupił się wówczas jedynie na analizie jednego z wymogów będących jedną z wymienionych przez pytającego cech bezpieczeństwa a wprowadzonych jako wymóg w toku wyjaśnień, w brzmieniu: c) porty opakowania bez zagłębień / krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji.

W tym też obszarze zamawiający dokonał ponownego badania oferty odwołującego poprzez przesłanie odwołującemu wniosków o udzielenie wyjaśnień. Po dokonaniu badania w tym zakresie, zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty uznając, iż oferowany asortyment nie posiada zagłębień czy krawędzi uniemożliwiających skuteczną dezynfekcję. W odpowiedzi na ponowny wybór, Wykonawca Konkurencyjny ponownie złożył pismo, w którym zwrócił zamawiającemu uwagę, iż wybiórczo potraktował swoje wyjaśnienia treści SIWZ w toku postępowania przy badaniu oferty odwołującego, albowiem konstrukcja wyjaśnień wskazuje na fakt, iż zamawiający w sposób jednoznaczny i nie uzależniający powierzchni portów od skuteczności dezynfekcji wymagał wprost „płaskich portów".
Zamawiający przywołał treść zadanego pytania wraz z udzielonymi odpowiedziami.

W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę, iż zapis „c) porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji" nie jest rzeczywiście jednoznaczny z tym, iż oba porty mają być płaskie, a jedynie, że skuteczna musi być dezynfekcja tej części portu (jednego), która jest płaska (nie wynika z tego opisu wymóg płaskości obu portów), ale czym innym jednak jest parametr opisany przez pytającego w pierwszej części pytania i pozytywna na nie odpowiedź zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca Konkurencyjny zwrócił mu uwagę, iż wymóg „płaskich portów" znalazł się w części głównej pytania i w pytaniu dotyczącym pierwszej cechy bezpieczeństwa na które Zamawiający odpowiedział „Tak. Zamawiający wymaga ", Kolejne punkty literowe były jedynie enumeratywnie wymienionymi pozostałymi cechami bezpieczeństwa. Tak skonstruowane pytanie, a szczególnie cząstkowa odpowiedź Zamawiającego mogła prowadzić jedynie do wniosku, iż Zamawiający wymaga „płynów infuzyjnych w opakowaniu z płaskimi portami" (nie jednym a dwoma płaskimi portami) i w „butelce samodzielnie stojącej (nie wymagającej dodatkowych akcesoriów np. stojaków)". Zamawiający podkreślił, że nie dokonał żadnej interpretacji co rozumie przez płaskie porty, czy dopuszcza jakiekolwiek odchylenia, czy marginesy od cechy płaskości, dlatego nie można było interpretować tej cechy w żaden inny sposób jak całkowicie płaskie porty. Asortyment odwołującego, w ocenie zamawiającego, niestety zawiera w sobie wgłębienie, wklęśnięcie w jednym z portów, które powoduje, iż nie można uznać, że oba porty w oferowanych opakowaniach są płaskie. Co więcej, zamawiający podniósł, że tak skonstruowany wymóg ogólny „płaskich portów" w części wstępnej pytania i udzielona odpowiedź bezpośrednio pod pytaniem głównym i pierwszą cechą bezpieczeństwa zawartą w pkt a), mogła spowodować, iż inni Wykonawcy na rynku posiadający asortyment z jednym lub dwoma portami o niewielkim wklęśnięciu czy zagłębieniu nie złożyli ofert, uznając iż nie spełniają tego konkretnego wymogu.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w swoim odwołaniu kładzie szczególny nacisk na cechę braku zagłębień i krawędzi, które mogłyby uniemożliwić skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu, co zdaniem odwołującego jest kluczowe dla postępowania odwoławczego. W tym też zakresie wnosi o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Zdaniem Zamawiającego zaś, kluczowym było zawarcie przez pytającego w toku postępowania cechy „płaskich portów" w głównej części pytania i pozytywna na nie odpowiedź zamawiającego. Cała zatem polemika nie dotyczy możliwości skutecznej dezynfekcji, czego zamawiający nie kwestionuje, ale odpowiedzi na pytanie, czy porty w asortymencie odwołującego są płaskie. Ponieważ zamawiający nie dokonał jakiejkolwiek gradacji pojęcia „płaskości", przyjąć należy, iż płaskie to takie, które nie zawierają żadnych zagłębień, wklęśnięć czy krawędzi. Zamawiający ocenił, że takiej cechy porty w asortymencie odwołującego nie posiadają, a na pewno jeden z nich, który cechuje się zagłębieniem.

Zamawiający z całą stanowczością zaprzeczył, jakoby bezkrytycznie przyjął tezy Wykonawcy Konkurencyjnego. Zamawiający podkreślił, że nie tylko bardzo starannie zanalizował dokumentację postępowania, ale i podszedł krytycznie do odpowiedzi na pytania Wykonawców, jakich sam udzielił i uznał, iż popełnił błąd, który nie tylko skutkował koniecznością odrzucenia oferty odwołującego, ale błąd ten mógł spowodować, iż inni Wykonawcy nie złożyli ofert w postępowaniu.
Zamawiający podkreślił również, iż sam odwołujący nie próbował w ramach wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ doprecyzować cechy „płaskości portów" i upewnić się, iż zamawiający dopuści jeden z portów z wklęśnięciem/ zagłębieniem.

Zamawiający stwierdził, że polemika toczy się na gruncie stricte językowym — co należy uznać za płaskie i czy oba porty w oferowanym przez odwołującego asortymencie mają charakter płaski. W tej sytuacji zamawiający nie widział potrzeby przeprowadzania dowodu z zeznań świadka na okoliczności merytoryczne związane z dezynfekcją, w tym dezynfekcją portów asortymentu odwołującego, bo nie to stanowiło o odrzuceniu oferty odwołującego. Co więcej, w żadnym miejscu sam zamawiający nie kwestionował spełniania normy PN-EN 16615 w zakresie skutecznej dezynfekcji, a jedynie posiłkował się otrzymaną opinią, która w świetle ww. normy odnosiła się do kwestii, co należy rozumieć pod pojęciem „płaski". Zamawiający wspomniał, że norma ta jest przeznaczona do określenia parametrów działania

preparatów dezynfekcyjnych stosowanych do dezynfekcji powierzchni z działaniem mechanicznym. Uwzględnia ona sposób aplikacji preparatu dezynfekcyjnego na powierzchnię gładką, poddawaną dezynfekcji. Norma zatem odnosi się do dezynfekcji gładkiej powierzchni, co nie jest przedmiotem sporu, a czego nie można utożsamiać z płaskimi portami.

Zamawiający nie kwestionował cechy skutecznej dezynfekcji. Kluczowym, w ocenie zamawiającego, jest odpowiedź na pytanie czy asortyment odwołującego cechuje się płaskimi portami (nie jednym a dwoma), o których mowa w części głównej pytania zadanego w toku postępowania.

Zamawiający podniósł, że w konsekwencji, mając na uwadze tak określone wymagania dotyczące płaskich portów, które opisał w SIWZ oraz w modyfikacji, a których na tym etapie nie mógł już zmienić (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp), oferta złożona przez odwołującego, która w ocenie zamawiającego nie spełniała tak określonych warunków, musiała ulec odrzuceniu. W ocenie zamawiającego, zarzut naruszenia art 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy PZP i art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego jest nieuzasadniony.

Podobnie zamawiający za nieuzasadniony uznał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 4 aktualizuje się wówczas, gdy pozostają jakieś niejasności. Na tym etapie - po ponownej o dogłębnej analizie - Zamawiający podkreślił, że nie miał już wątpliwości, iż złożona przez odwołującego oferta nie spełnia wymagań określonych w zmodyfikowanej treści SIWZ, a dotyczącej wymogu „płaskich portów".

Odnośnie zarzutu unieważnienia postępowania niezgodnie z przepisami prawa poprzez nieprawidłowe zastosowanie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego. Oczywiście, zamawiający nie kwestionował, iż czym innym jest nieważność umowy z chwilą jej podpisania, a czym innym jest stwierdzenie jej nieważności w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił jednak uwagę, iż zapis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mógł budzić wątpliwości co do katalogu stanowiącego o nieważności umowy i możliwości zastosowania tej przesłanki unieważnienia przed 2010 rokiem, kiedy możliwość unieważnienia była uzależniona od wady „uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy". Aktualne brzmienie tej przesłanki znacząco zmieniło charakter tej podstawy, albowiem na gruncie nowego brzmienia, zamawiający nie oceniał, czy umowa z chwilą jej podpisania będzie ważna czy nieważna. Zamawiający miał obowiązek unieważnić postępowanie jeśli jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym, w ocenie zamawiającego, nie ma mowy o deklaratoryjnym stwierdzeniu, że umowa jest nieważna, ale że mogłaby ona podlegać unieważnieniu. Zamawiający wskazał, że całkowicie zasadnym jest zatem uznanie, iż mamy w tym wypadku do czynienia również z sytuacją, gdy umowa będzie podlegać unieważnieniu na wniosek np. Prezesa UZP. Pogląd ten ma swoje odzwierciedlenie nie tylko w orzecznictwie KIO, ale i w komentarzach, czy opiniach. Zamawiający przywołał komentarz W. Dzierżanowskiego i in. Prawo Zamówień Publicznych, oraz komentarz z serii Duże Komentarze Becka, Prawo Zamówień Publicznych, Jerzy Pieróg, Warszawa 2019. Zamawiający podkreślił, iż gdyby Zamawiający nie mógł unieważnić postępowania, chociaż popełnił w nim nienaprawialny błąd, który mógł lub miał wpływ na wynik postępowania — byłoby to sprzeczne z logiką i zdrowym rozsądkiem, prowadziłoby do sytuacji absurdalnych. Zamawiający mając świadomość błędu, podpisywałby umowę i narażałby się na dyscyplinę finansów publicznych, korekty finansowe i inne negatywne konsekwencje. (vide: Zamawiający przywołał również wyrok KIO z dnia 10 września 2014 r., sygn. akt KIO 1804/14. W ocenie Zamawiającego, kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania". (vide: i).

Mając na względzie powyższe, zamawiający stwierdził, że unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, która znacząco ograniczyła lub mogła ograniczyć krąg Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w wyniku dokonanych modyfikacji SIWZ w ramach wyjaśnień treści SIWZ tj. ograniczono dostęp do zamówienia jednemu wykonawcy, który posiada asortyment cechujący się płaskimi portami, było wręcz obowiązkiem zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, iż jego zdaniem wszystkie czynności podjęte przez niego, w toku postępowania w tym odrzucenie oferty odwołującego oraz unieważnienie postępowania podjęte zostały zgodnie z przepisami i mają na celu usunięcie nieprawidłowości oraz doprowadzenie do przeprowadzenia postępowania w sposób obiektywny, z jednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia umożliwiającym udział jak najszerszemu kręgowi Wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Aesculap Chifa sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, informacji o wyborze oferty odwołującego, pism wykonawcy Aesculap Chifa Sp. z o.o, wyjaśnień odwołującego składanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego, informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołanie, odpowiedzi na odwołanie, pismo procesowe wraz z załącznikami) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 października 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest sukcesywna dostawa płynów infuzyjnych, płynów do perfuzji i płynów do irygacji do Szpitali Pomorskich sp. z o.o. Odwołanie dotyczy zadania częściowego nr 2.

Stan faktyczny sprawy został opisany powyżej w uzasadnieniu odwołującego, i nie był sporny pomiędzy Stronami, brak więc podstaw do jego ponownego przytaczania.

Izba uzupełniająco wskazuje na następujące okoliczności.

W dniu 18 maja 2020 r. Zamawiający pismem D.25C/250/221/2020 udzielił odpowiedzi na pytania wykonawcy Aeskulap Chifa Sp. z o.o., dot. zadania nr 2 następującej treści:

1.Zapytanie Wykonawcy:

Pytanie dotyczy, SIWZ formularza asortymentowo-cenowego

Zadanie 2 Płyny infuzyjne, poz. 1-10

Czy mając na uwadze bezpieczeństwo Pacjentów i Personelu oraz bezpieczeństwo epidemiologiczne organizacyjne i finansowe podmiotu leczniczego oraz obecną sytuację epidemiologiczną w Polsce i na świecie, co powoduje, że względy mikrobiologiczne w tym zanieczyszczenia bakteryjne i wirusowe muszą być brane pod uwagę w doborze wszystkich elementów linii infuzyjnej - w tym opakowania do przygotowania w nich leków i infuzji, Zamawiający doprecyzuje wymagania, co do opakowania płynów infuzyjnych?

Czy Zamawiający wymaga ww. zadaniu płynów infuzyjnych w opakowaniu z płaskimi portami, z cechami bezpieczeństwa takimi jak:

a)butelka samodzielnie stojąca (nie wymaga dodatkowych akcesoriów np. stojaków)

Odpowiedź Zamawiającego:

Tak. Zamawiający wymaga.

b)dwa porty niezależnie otwierane i niewymagające dezynfekcji przy pierwszym użyciu.

Odpowiedź Zamawiającego:

Tak. Zamawiający wymaga.

c)porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wymaga w poz. 4, 5, 6, 8, 9.

d)skala na opakowaniach od 250 do 1000, umożliwiająca przebieg /i kontrolę tempa infuzji przynajmniej z dokładnością do 3 znaczników pojemności.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

e)dodatkowa przestrzeń na dodanie leku w opakowaniach od 100 do 1000 ml

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

f)dwa równej wielkości porty o podwójnej funkcji zarówno infuzyjnego jak i iniekcyjnego- w celu wyeliminowania otwarcia i użycia niewłaściwego portu, jeżeli są odmienne.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

g)kod kolorów na etykiecie - identyfikacja nazw roztworów, różnicująca rodzaje płynów, co zmniejsza ryzyko niewłaściwego doboru płynu infuzyjnego w trakcie realizowania

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

h)opakowanie nie wymaga napowietrzania (otwierania w czasie infuzji napowietrznika na przebiegu aparatu do przetaczania) - pracujące w systemie zamkniętym? Konieczność stosowania zamkniętych systemów infuzyjnych wskazywała m. in. WHO w roku 2007.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

i)opakowanie o samozapadających się ścianach, nie wymagających napowietrzania, wyposażonych w dwa płaskie równe porty, dla których objętość rezydualna nie przekracza 5% (definicja Rosenthalla)

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga.

j)opakowanie z płynem posiadające potwierdzoną zgodność pracy w zamkniętym systemie infuzyjnym - według definicji NIOSH (wskazanie przez CDC) oraz zapewni szczelność połączenia z aparatem do przetaczania potwierdzone badaniami laboratoryjnymi?

Zastosowanie opakowań w systemie zamkniętym zrealizuje elementarne zasady bezpieczeństwa procedur infuzyjnych, które jak powszechnie wiadomo obarczone są wysokim ryzykiem i bezpośrednio przekładają się na jakość świadczeń medycznych i ich koszty, a tym samym wdroży element linii naczyniowej (opakowanie infuzyjne), którego cechy wyczerpują definicję zamkniętego systemu infuzyjnego według Rosenthala i stanowią podstawę bezpieczeństwa pracy z płynem / lekiem stosowanym pozajelitowo. Jest to szczególnie istotne w toku konstruowania nie antybiotykowej strategii zapobiegania lekooporności, co bezpośrednio przekłada się na jakość świadczeń medycznych oraz optymalizację kosztów w podmiocie leczniczym.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga."

W podsumowaniu pisma zamawiający zamieścił następującą adnotację „Wszystkie wprowadzone zmiany stają się integralną częścią siwz i zastępują lub uzupełniają zapisy siwz w odpowiednim zakresie."

W dniu 19 maja 2020 r. odwołujący złożył zapytanie do zamawiającego o następującej treści: „Czy zamawiający w zadaniu 2 pozycjach 1-10 ma na myśli zaoferowanie bezpiecznych opakowań, które posiadają płaskie membrany o wysokich właściwościach uszczelniających, zabezpieczających przed wyciekiem leku z opakowania? Jednocześnie membrany są jałowe i nie wymagają dezynfekcji przed pierwszym zastosowaniem co jest potwierdzone zapisem w CHPL?". Na przedmiotowe zapytanie jako złożone po terminie zamawiający odpowiedzi nie udzielił.

W dniu

W dniu 29 maja 2020 r. Kierownik Apteki Szpitalnej dokonała oceny merytorycznej ofert, w zakresie oferty

odwołującego wskazano „brak uwag".

W dniu 10 czerwca 2020 r. zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie do wyjaśnień cyt.: "Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wzywa WykonawcęFresenius Kabi Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 134 02-305 Warszawa do złożenia pisemnych wyjaśnień pod rygorem odpowiedzialności karnej na podst. art. 297 Kodeksu Karnego, dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ wraz z modyfikacją w Zadaniu 2 poz. 4, 5, 6, 8, 9 wymagał zaoferowania „płynów posiadających porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. "Wykonawca w zadaniu 2 zaoferował następujące produkty:

-poz. 4 - Glucosum 5 % Fresenius/250 ml o kodzie EAN 5909990249077;

-poz. 5 - Glucosum 5 % Fresenius/500 ml o kodzie EAN 5909990249084;

-poz. 8 - Natrium Chloratum 0,9% Fresenius/ 250 ml o kodzie EAN 5909990251070;

-poz. 9 - Natrium Chloratum 0,9% Fresenius/ 500 ml o kodzie EAN 5909990251087.

Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego ww produkty pod tymi samymi kodami EAN mają zarejestrowane co najmniej dwa rodzaje opakowań. W związku z powyższym, w celu zachowania należytej staranności, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie jakie konkretnie produkty zostały zaoferowane przez Wykonawcę w pozycjach: 4, 5, 8 i 9 tj. czy są to produkty w opakowaniach posiadających porty bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. Wskazanym byłoby podanie konkretnych numerów katalogowych oferowanych produktów oraz załączenie folderów lub ulotek potwierdzających spełnienie przez nn produkty wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ wraz z modyfikacją."

Odwołujący w dn. 15 czerwca 2020 r. udzielił wyjaśnień o następującej treści: Informujemy, iż zaoferowane produkty pod wskazanym kodem EAN mają zarejestrowany jeden rodzaj opakowania. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 4, 5, 8, 9, poniżej przedstawiamy numery katalogowe wraz z nazwą opakowania, tj.:

•• poz. 4 – Glucosum 5 % Fresenius/ 250 ml, kod EAN 5909990249077, nr katalogowy PK042E025PL, KabiPac
•• poz. 5 – Glucosum 5 % Fresenius/ 500 ml, kod EAN 5909990249084, nr katalogowy PK042E050PL, KabiPac
•• poz. 8 – Natrium Chloratum 0,9% Fresenius/ 250 ml, kod EAN 5909990251070, nr katalogowy PK03XE025PL, KabiPac
•• poz. 9 - Natrium Chloratum 0,9% Fresenius/ 500 ml, kod EAN 5909990251087, nr katalogowy PK03XE050PL, KabiPac.

Wraz z tym pismem wykonawca złożył oświadczenie z dn. 15 czerwca 2020 r. podpisane przez Dyrektor Rejestracji, Bezpieczeństwa Farmakoterapii i Jakości Fresenius Kabi o następującej treści „W imieniu firmy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., informuję niniejszym, że opakowania płynów infuzyjnych typu KabiPac posiadają płaskie porty bez krawędzi, pozwalające na skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu, bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu/lub leku przygotowanego do infuzji."

W dniu 16 czerwca 2020 r. sekretarz komisji przetargowej wystąpił o pisemną opinię merytoryczną, dotyczącą spełniania wymagań SIWZ przez zaoferowane przez niego produkty w świetle ww. wyjaśnień. W odpowiedzi udzielonej tego samego dnia Kierownik Apteki Szpitala Morskiego wyraziła następującą opinię: „Pisemne wyjaśnienie i oświadczenie Wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. dotyczące treści złożonej oferty w zadaniu nr 2 postępowania na płyny infuzyjne potwierdzają spełnienie wymagań jakie Zamawiający określił w SIWZ. Oświadczenie potwierdza spełnienie wymagań jakościowych dotyczących opakowań typu Kabi Pac posiadających płaskie porty. W wyjaśnieniu Wykonawca potwierdził, iż zaoferowane produkty pod wskazanymi w ofercie kodami EAN mają zarejestrowany jeden rodzaj opakowań. Na potwierdzenie przedstawił numery katalogowe wraz z nazwą opakowania i kodami EAN. W związku z tym, że wyjaśnienia Wykonawcy są składane pod rygorem odpowiedzialności karnej Zamawiający potwierdza zgodność zaoferowanego asortymentu z wymogami SIWZ."

Zamawiający w dniu 6 lipca 2020 r. wezwał odwołującego do złożenia następujących wyjaśnień „Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wzywa WykonawcęFresenius Kabi Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 134 02-305 Warszawa do złożenia pisemnych wyjaśnień pod rygorem odpowiedzialności karnej na podst. art. 297 Kodeksu Karnego, dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: Zamawiający powziął informację, iż zaoferowane przez Wykonawcę w Zadaniu 2 poz. 4, 5, 6, 8, 9 butelki mogą posiadać porty z zagłębieniem mogącym uniemożliwiać skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o wyjaśnienie czy zaoferowane w Zadaniu 2 poz. 4, 5, 6, 8, 9 produktycechują się takim zagłębieniem, które uniemożliwia skuteczna dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metoda przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszytVIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji, czy też takiego zagłębienia nie posiadają."

Odwołujący w dniu 7 lipca 2020 r. „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień informujemy, iż w zakresie Zadania 2 pozycji 4, 5, 6, 8, 9 zostały zaoferowane opakowania KabiPac." Do pisma załączył oświadczenie o następującej treści „W imieniu firmy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., informuję niniejszym, że opakowania płynów infuzyjnych typu KabiPac nie cechują się zagłębieniem, które uniemożliwia skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu, bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu/lub leku przygotowywanego do infuzji" podpisane przez Dyrektor Rejestracji, Bezpieczeństwa Farmakoterapii i Jakości Fresenius Kabi.

W dniu 17 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 oferty odwołującego uzasadniając „Zamawiający w związku z otrzymaniem pisma od jednego z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, który kwestionował wybór oferty w zadaniu 2, jako oferty niespełniającej wymogów Zamawiającego, w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, podjął decyzję o cofnięciu wyboru oferty w zadaniu 2. W związku z przesłanym przez konkurencyjnego Wykonawcę pismem wraz z próbkami oferty wybranej, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i stwierdził, iż oferta Wykonawcy Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami w toku postępowania, zaoferowany produkt nie mógł cechować się zagłębieniem, które

uniemożliwiałoby skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizować miało zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. W przypadku tak skonstruowanego parametru istotnym w tym wypadku był fakt braku zagłębień, ale nie jakichkolwiek zagłębień, lecz takich zagłębień, które z punktu widzenia epidemiologicznego uniemożliwiałyby skuteczną dezynfekcję. Zaoferowany produkt zatem należało zbadać biorąc pod uwagę nie sam fakt wystąpienia jakichkolwiek zagłębień czy krawędzi, ale takich zagłębień/krawędzi, które mogłyby stanowić przeszkodę w dezynfekcji produktu. Na podstawie przedłożonych przez konkurencyjnego Wykonawcę próbek wybranego w postępowaniu produktu, Zamawiający dokonał próby dezynfekcji i potwierdził, iż jest możliwa skuteczna dezynfekcja. Produkt nie cechuje się bowiem zagłębieniem, które taką dezynfekcję metodą przecierania by uniemożliwiło. Produkt zawiera pewne wklęśnięcie, ale nie ma ono cech zagłębienia, a więc literalnie ujmując, na tyle głębokiego otworu, który uniemożliwiłby dezynfekcję.
Mając na uwadze powyższe, Wykonawca Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., przedłożył w ramach wyjaśnień treści SIWZ oświadczenie, iż produkt w tym zakresie spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający zaś na podstawie źródła zewnętrznego dokonał próby dezynfekcji produktu i doszedł do wniosku, iż oświadczenie Wykonawcy złożone w przedmiotowym postępowaniu jest wiarygodne.
Wykonawca Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. wyjaśnił, iż produkty zaoferowane w zadaniu 2 poz. 4, 5, 6, 8, 9 są w opakowaniach KabiPac, które nie cechują się zagłębieniem, które uniemożliwia skuteczną dezynfekcję powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji.
Mając na względzie powyższe, Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Wykonawcy jako spełniającej wymogi Zamawiającego."

Następnie zamawiający w oparciu o informację wykonawcy konkurencyjnego ponownie anulował wynik postępowania w zakresie zadania nr 2, a następnie w dn. 11 września 2020 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, stwierdzając, że „rzeczywiście w swojej odpowiedzi z dn. 18 maja 2020 r. ograniczył możliwość złożenia oferty tylko dla produktów z płaskimi portami. (…) oceniając zatem obiektywnie czy zaoferowany produkt posiada płaskie porty, należałoby stwierdzić, że porty typu KabiPack nie są płaskie a tym samym nie spełniają Wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ wraz z modyfikacją."

W dniu 11 września 2020 r. zamawiający unieważnił postępowanie podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, albowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając zasadność podniesionych przez odwołującego zarzutów odwołania, pozostając jednocześnie w granicach zarzutów postawionych przez odwołującego w odwołaniu podzielając, jako prawidłowe i zasadne stanowisko prezentowane przez odwołującego stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na kanwie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp orzecznictwo ukształtowało pogląd, że niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy (definiujących przedmiot świadczenia) (vide wyrok KIO z dn. 30 stycznia 2020 o sygn. akt KIO 85/20), a nie elementów pobocznych nie mających znaczenia dla prawidłowej realizacji świadczenia. W tej sprawie zamawiający odrzucając ofertę, powołał się n a jej niezgodność z wyjaśnieniami z dn. 18 maja 2020 r. ze względu na fakt, iż porty typu KabiPack jakimi charakteryzują się produkty oferowane przez odwołującego, nie są płaskie, a tym samym nie spełniają wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ wraz z modyfikacją.

Izba zwraca uwagę, że zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości. W niniejszym postępowaniu zamawiający dwukrotnie wybierał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą i dwukrotnie anulował tę czynność na skutek zawiadomień/informacji składanych przez wykonawcę konkurencyjnego. Ostatecznie zamawiający w oparciu o te informacje zdecydował się odrzucić ofertę odwołującego i unieważnić postępowanie. Izba nie kwestionuje możliwości anulowania przez zamawiającego czynności wykonanej wadliwie, jeśli ma to prowadzić do zgodnego z prawem rozstrzygnięcia postępowania. Jednakże czynności wykonywane przez zamawiającego powinny być dokonywane z zachowaniem należytej staranności i rzetelnie tak aby budziły zaufanie wykonawców i czyniły zadość zasadom prowadzenia postępowania. Sprzeciw budzi bezkrytyczne działalnie zamawiającego wobec informacji konkurencyjnych wykonawców. Zamawiający przed opublikowaniem informacji o wyniku postępowania winien wnikliwie zbadać i ocenić oferty.

Odnosząc się do zarzucanych ofercie niezgodności skład orzekający uznał, że zamawiający błędnie, najprawdopodobniej na skutek sugestii wykonawcy konkurencyjnego, ocenił ofertę odwołującego. Przypomnieć należy, że przedmiotem zamówienia jest realizacja dostaw produktów leczniczych opisanych przez zamawiającego w Formularzu asortymentowo –cenowym z opisem przedmiotu zamówienia poprzez zdefiniowanie składu i pojemności zamawianego produktu. Co znamienne w pierwotnej treści SIWZ zamawiający oprócz określenia pojemności zupełnie pominął kwestię opakowań i nie opisywał swoich wymagań co do ich wyglądu i parametrów. Dopiero udzielając odpowiedzi na pytania wykonawcy zamawiający odniósł się do sugestii wykonawcy akceptując je lub nie. Jednocześnie Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że w związku z udzielonymi odpowiedziami wymagał „płaskich portów" w oderwaniu od funkcjonalności jakie one miały realizować. Izba analizując udzielone przez zamawiającego odpowiedzi uznała, że potwierdzenia wymagalności tj. sformułowania „Tak. Zamawiający wymaga" należy odnieść do poszczególnych cech bezpieczeństwa określonych w pkt a), b), c) itd., a nie do ogólnej formuły pytania. Takie rozumienie udzielonych odpowiedzi wynika z intencji przyświecającej zadawanemu pytaniu, ale także ze sposobu prezentacji przez zamawiającego wymagań – po każdym opisie cechy bezpieczeństwa wymienionym w kolejnym podpunkcie następuje ocena zamawiającego co do jej wymagalności lub nie. W ocenie Izby brak jest w SIWZ jednoznacznego potwierdzenia przez zamawiającego wymagania płaskich portów bez kontekstu funkcjonalności jaką miały one realizować. Tym samym, Izba zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że zamawiający w SIWZ nie żądał prostych portów dla samej ich prostości lecz zamawiający odnosił tę cechę bezpieczeństwa do skutecznej dezynfekcji portów. Co istotne, produkty oferowane przez odwołującego spełniają wymagane cechy bezpieczeństwa w tym cechę opisaną w pkt c) odpowiedzi na pytania wykonawcy tj. porty opakowania bez zagłębień i krawędzi pozwalające na skuteczną dezynfekcję płaskiej powierzchni portu metodą przecierania, również po usunięciu zabezpieczenia portu (zgodnie z zaleceniami PSPE zeszyt VIII) bez ryzyka pozostawienia w obrębie portu pozostałości antyseptyku, co minimalizuje zagrożenie jego przeniesienia do płynu /lub leku przygotowanego już do infuzji. Okoliczność ta nie była sporna między stronami (przyznana również

przez zamawiającego w informacji o wyborze oferty z dn. 17 lipca 2020 r.). Ponadto w niniejszym stanie faktycznym należy mieć na względzie, że przedmiot zamówienia stanowią produkty lecznicze dopuszczone do obrotu zgodnie z obowiązującymi wymaganiami prawnymi. Izba, oceniając niniejszą sprawę wzięła pod uwagę opinię p. dr n med. i n. o zdr. Pawła Witt złożoną przez odwołującego oraz dokumenty dot. oferowanych produktów złączone do pisma procesowego. Opinia ta jest zgodna z innym materiałem dowodowym zgormadzonym w niniejszym postępowaniu, w szczególności z dokumentacją postępowania oraz oświadczeniami odwołującego składanymi w toku postępowania wyjaśniającego. Wskazać należy, za ww. opinią, że brak jest definicji legalnej pojęcia port i przyjmuje się w tym zakresie definicję funkcjonalną. Ponadto porty opakowania KabiPack są jałowe i nie wymagają dezynfekcji przed pierwszym użyciem co wynika z Charakterystyki Produktu Leczniczego, ponadto porty te są płaskie/gładkie w takim sensie, że nie zawierają ostrych krawędzi i zagłębień uniemożliwiających skuteczną dezynfekcję, niezależne, łatwo identyfikowalne, zabezpieczone zatyczkami. Norma PN-EN 16615 w żaden sposób nie odnosi się do wymagańw zakresie porowatości powierzchni dezynfekowanego wyrobu medycznego jak również nie określa wymagania płaskości tej powierzchni i jako taka nie znajduje żadnego zastosowania do cech portów opakowań płynów infuzyjnych.
Wobec czego Izba uznała, że nie zachodzi w niniejszym przypadku niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, ani dowodów na okoliczność, że zakres świadczenia wynikający z oferty odwołującego nie pokrywa się z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, a oferowane produkty nie posiadają cech wymaganych przez zamawiającego.

Mając na względzie powyższe, Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez zamawiającego i przystępującego, stwierdzając, iż nie są one istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, w szczególności dowodu z oględzin opakowań oferowanego asortymentu odwołującego na okoliczność, czy oba porty opakowania spełniają wymóg płaskich obu portów – wniosek dotyczył asortymentu o nr EAN 5909990251063, KabiPack Natrium Chloratum 0,9% 100 ml oraz dowodu z zeznań świadka na okoliczność spełniania przez oferowany asortyment odwołującego wymogu płaskich (gładkich) obu portów w opakowaniu typu „butelka". Jednocześnie w ocenie Izby osoba proponowana na świadka nie mogła bezstronnie oceniać produktu odwołującego ze względu na łączące ją powiązania z przystępującym, na rzecz którego przygotowała opinię w dn. 4 sierpnia 2020 r., a którą to opinię przystępujący przekazał zamawiającemu. Opinia pn. „Opinia ekspercka specjalisty mikrobiologii w zakresie oceny charakteru powierzchni opakowań typu KabiPack, np. produktu Natrium Chloratum 0,9% Fresenius/100ml EAN 5909990251063 o numerze katalogowym PKO03XE010PL w kontekście skuteczności dezynfekcji portów KabiPack Fresenius wg Normy PN-EN 16615" dotyczyła skuteczności dezynfekcji portów w opakowaniach typu KabiPack, a jej wnioski były sprzeczne z uprzednimi ustaleniami zamawiającego wyrażonymi w wyborze oferty najkorzystniejszej dokonanym w dn. 17 lipca 2020 r. Tym samym, dowód ten podlegał oddaleniu przez Izbę.
Biorąc powyższe pod uwagę oraz uwzględniając fakt, iż Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła brak podstaw do ponownego wyjaśnienia dokumentów składanych przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 2 mimo, że postępowanie to nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i naruszenie zasady przejrzystości. Izba uznała, że zarzut ten także się potwierdził. Zamawiający unieważniając postępowanie w zakresie zadania nr 2 kierował się analogicznymi przesłankami co przy odrzuceniu oferty odwołującego dodatkowo wskazując, iż skonstruował opis przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie ważnej oferty odwołującemu, przez co naruszył zasadę uczciwej konkurencji, z posiadanej wiedzy przez zamawiającego wynikało bowiem, że płaskie porty posiada tylko jeden wykonawca na rynku. Ponadto zamawiający stwierdził, że w ten sposób naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, nie jest w stanie skutecznie zmodyfikować opisu przedmiotu zamówienia, tym samym zmuszony jest unieważnić postępowanie jako obarczone wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnianiu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podziela poglądy doktryny i orzecznictwa, prezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, odnośnie możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w sytuacji gdy postępowanie jest obarczone wadami, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć. Jednakże oceniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy należy mieć na względzie okoliczności związane z ustaleniami i wywodem Izby poczynionym powyżej odnośnie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego. Skoro Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, to wobec treści uzasadnienia unieważnienia postępowania, w ocenie Izby brak jest również podstaw do unieważnienia postępowania. Tym bardziej, iż jak podkreślał odwołujący w toku rozprawy nigdy nie uważał aby opis przedmiotu zamówienia i siwz sporządzone w niniejszym postępowaniu były wadliwe i uniemożliwiały mu złożenie ważnej oferty. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:……