

WYROK
z dnia 2 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 października 2016 r. w Warszawie**, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **14 października 2016 r.** przez wykonawcę **Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska** (sygn. akt: KIO 1934/16)
B. w dniu **19 października 2016 r.** przez wykonawcę **Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska** (sygn. akt: KIO 1993/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin**

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 6, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty dla zadania 6 Odwołującego: Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania 6, z uwzględnieniem oferty Odwołującego dla zadania 6;

1

1B. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1993/16 dotyczące zadania 5.

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin i Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska** tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** na rzecz **Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „dostawę preparatów do dezynfekcji, antyseptyki oraz wyposażenia, o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp”, znak sprawy EDZ.242-66/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 102 -182367 z 28.05.2016 r., przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 05.10.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu w zadaniu 6 – oferty Bialmed Sp. z o.o., ul. M. Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska zwanej dalej: „Bialmed Sp. z o.o.” albo „Odwolującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz wyborze oferty H.K. Sp. z o.o., ul. Kolejowa 3, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce zwany dalej: „H.K. Sp. z o.o.”. Wykonawca zgodnie z zapisem art. 82 ust. 1 Pzp może złożyć jedną ofertę. W zakresie zadania nr 6 złożono ofertę wariantową niedopuszczalną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”. W pozycji 10 „wanienka do dezynfekcji” a 10 I wskazano w kosztorysie ofertowym wanienkę o numerze katalogowym 1000000235 firmy Ecotab. W toku składanych wyjaśnień treści oferty zaproponowano wanienkę o innym numerze katalogowym 3908267 oraz innego producenta czyli firmy BBRAUN i dołączono dla niej ulotkę. Wobec powyższego Wykonawca istotnie zmodyfikował przedmiot oświadczenia woli, zmieniając pierwotnie zaoferowany przedmiot zamówienia na inny. Jest to niedopuszczalne zarówno w zapisach SIWZ, jak i Pzp. Wykonawca nie może dokonywać zmiany przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert. Niezależnie od powyższego - jednym z wymogów SIWZ było obligatoryjne złożenie opisu przedmiotu oferty w formie katalogów, ulotek itp. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o uzupełnienie brakującej ulotki dla pokrywy wanienki a 10 I, a Wykonawca nie przedłożył tego dokumentu (uzasadniając te działanie, jednak po otwarciu ofert nie można odstąpić od wymogów wskazanych w SIWZ). W związku z powyższym treść oferty dla zadania nr 6 nie odpowiada treści SIWZ.

3

W dniu 11.10.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zadaniu 5 – oferty Bialmed Sp. z o.o. i unieważnieniu postępowania dla zadania 6 na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp. Zamawiający stwierdził w zakresie odrzucenia, że w poz. 1 wymagał zaoferowania preparatu 2l w opakowaniach z systemem dozowania, Wykonawca zaproponował opakowanie preparatu z dołączonym „mieszalnikiem”, co nie spełnia wymogów SIWZ. Przy stosowaniu preparatu w zaoferowanej butelce - Zamawiający nie uzyskuje dozowania koncentratu, ale jedynie jego rozcieńczenie. Niezależnie od powyższego - okazana próbka nie obejmuje wszystkich „elementów” systemu (zaoferowanego jako rozcieńczenie a nie dozowanie), gdyż brak łączników, którymi można doprowadzić wodę do rozcieńczenia koncentratu (dostarczono jedynie końcówkę, którą prawdopodobnie gotowy roztwór roboczy przepłynie do wiadra wózka sprzątającego).

Odwolanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16:

W dniu 14.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bialmed Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 05.10.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.10.2016 r. (e-mailem). Złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

- odrzuceniu oferty Bialmed Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 1 Pzp w zakresie zadania nr 6 - Preparaty do manualnych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne,
- wyborze w zakresie zadania nr 6 - Preparaty do manualnych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne oferty innego wykonawcy - H.K. Sp. z o.o.
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty Bialmed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie

zadania nr 6 - Preparaty do manualnych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne. Zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez błędne i całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym przyjęcie przez Zamawiającego, iż Bialmed Sp. z o.o. w ofercie zaoferował wanienkę do dezynfekcji o pojemności 10 l firmy Ecolab o nr katalogowym zaś w składanych 100000235, toku wyjaśnień rzekomo zmienił przedmiot oferty wanienkę o pojemności 10 l firmy BBraun o nr proponując katalogowym 3908267, podczas gdy w zakresie wanienki o pojemności 10 l Bialmed Sp. z o.o. od początku oferował wanienkę firmy BBraun o nr katalogowym 3908267, a w konsekwencji - bezzasadne odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. ze względu na rzekomą zmianę przedmiotu oferty, która w istocie nie miała miejsca,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że zbiorcza ulotka informacyjna (folder) zatytułowany Akcesoria, obejmujący informacje

4

o wannie do dezynfekcji składającej się z kuwety, sita oraz pokrywy na wannę nie stanowi wystarczającej ulotki (folderu) wymaganego zgodnie z SIWZ, a dotyczącego pokrywy do wanny do dezynfekcji 10 l, pomimo oświadczenia Aesculap-Chifa Sp. z o.o. o nieistnieniu odrębnej ulotki informacyjnej dla przedmiotowej pokrywy, przy jednoczesnym uznaniu przez Zamawiającego za wystarczającą „ulotki” dotyczącej tej pokrywy złożonej przez innego wykonawcę - zawierającej wyłącznie takie samo zdjęcie produktu, jak w ulotce dostarczonej przez odwołującego się, a nie pochodzącej przy tym ani od producenta ani od autoryzowanego przedstawiciela, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 6 i niesłusznym wyborem oferty innego wykonawcy w zakresie tego zadania. Wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 6 - Preparaty do manualnych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne:
 - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Bialmed Sp. z o.o.;
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego poprzez zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, a nadto
- 3) dopuszczenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu odwołania.

W ramach tego postępowania Odwołujący złożył ofertę m.in. w zakresie zadania nr 6 - Preparaty do manualnych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne. W ofercie w poz. 10 wanienka do dezynfekcji o pojemności 10 l Odwołujący zaoferował produkt firmy Braun, podając - błędnie - jako jej nr katalogowy: 7-411-2. Jednocześnie w pozycji tej Odwołujący zaoferował pokrywę do wanny o pojemności 10 l firmy Braun o nr katalogowym 7-411-2, a także wanienkę do dezynfekcji o pojemności 8 l firmy Ecolab o nr katalogowym 100000235. Pismem z 20.07.2016r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do przedłożenia ulotek do preparatów zaoferowanych:

- w zadaniu nr 6 poz. 10 wanienka do dezynfekcji 10 l o numerze katalogowym 100000235 (punkt B lit. q wezwania),
- w zadaniu nr 6 poz. 10 wanienka do dezynfekcji i pokrywy do wanny 10 l o numerze katalogowym 7-411-2 (punkt B lit. h wezwania).

W wezwaniu tym Zamawiający popełnił więc błąd, gdyż w punkcie B lit. g wezwania zażądał od Wykonawcy ulotki do wanienki o poj. 10 l o numerze katalogowym 100000235, a więc produkcji Ecolab, podczas gdy przedmiotem oferty Wykonawcy o numerze katalogowym 100000235 była wanienka Ecolab o pojemności 8 l, do której ulotka załączona została już przy ofercie. Natomiast zaoferowana przez Bialmed Sp. z o.o. wanienka

5

o pojemności 10 l była wanienką firmy Braun o omyłkowo określonym w ofercie numerze katalogowym 7-411-2. Skierowane do Odwołującego wezwanie sporządzone przez Zamawiającego w zakresie jego punktu B lit. g było więc nie tylko zupełnie zbędne, ale i wprowadziło ono Wykonawcę w błąd, o czym w dalszej części pisma.

Odwołujący pismem z 21.07.2016r.:

- wprowadzony w błąd błędnie sformułowanym w punkcie B lit. g wezwaniem Zamawiającego podał prawidłowy numer katalogowy wanienki Ecolab o wskazanej przez Zamawiającego pojemności 10 l, tj. 10000331 i przedłożył dotyczącą jej ulotkę, pomimo że, jak już to wyżej wskazano, przedmiotem oferty Bialmed Sp. z o.o. w ogóle nie była wanienska Ecolab o pojemności 10 l, lecz o pojemności 8 l. Reasumując - błędna treść wezwania Zamawiającego skutkowała tym, że udzielając wyjaśnień w piśmie z 21.07.2016r. Bialmed sp. z o.o. wskazał kod dla wanienki Ecolab o pojemności 10 l, tj. 10000331 i dołączył stosowną ulotkę, choć wanienska Ecolab o pojemności 10 l i kodzie 10000331 nie była przedmiotem jego oferty,
- przedłożył ulotkę dotyczącą m.in. oferowanej wanienki do dezynfekcji o pojemności 10 l firmy Braun, wskazując jednocześnie, że w ofercie błędnie określił ten numer katalogowy, oraz podał prawidłowy numer katalogowy w/w artykułu - 3908267. Nadto przy piśmie tym Odwołujący przedłożył oświadczenie Aesculap-Chifa sp. z o.o., zgodnie z którym pokrywy do waniek firmy BBraun występują w katalogu jako część zapasowa do waniek i nie posiadają własnej odrębnej ulotki informacyjnej. Dodać należy, iż załączona do pisma Odwołującego z 21.07.2016r. ulotka firmy B. Braun w lewym górnym rogu zawierała zdjęcie wanny do dezynfekcji oraz pokrywy do niej.

Zawiadomieniem z 10.08.2016 r., przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 10.08.2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 6 i wyborze oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy w zakresie tego zadania. W przedmiotowym zawiadomieniu (w pkt 1 lit. c) uzasadniając odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. w zadaniu nr 6 Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może dokonywać zmiany przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, treść oferty nie wskazuje na zaistnienie oczywistej omyłki pisarskiej przy podaniu oznaczeń katalogowych, a Zamawiający nie może poprawić błędnie wpisanych numerów katalogowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że: *„Jest to znaczna ingerencja w treść oferty a udzielane wyjaśnienia nie: mogą prowadzić do zmiany przedmiotu oferty”*.

Od w/w czynności Zamawiającego Bialmed sp. z o.o. wniósł odwołanie, którego zarzuty zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego, co skutkowało umorzeniem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 1547/16).

W tym miejscu podkreślił, iż w/w odwołanie dotyczyło m.in. omyłkowo podanych przez Odwołującego numerów katalogowych produktów oferowanych w zakresie zadania nr

6

6. Odwołujący wskazywał w nim, że numery te powinny zostać poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako omyłka niepowodująca zmiany w treści oferty. Argumentacja odwołania sprowadzała się do tego, iż przedmiotem oferty Odwołującego były produkty tożsame zarówno przed, jak i po poprawieniu oferty w w/w zakresie. Odwołujący, który wskutek wezwania Zamawiającego wykrył swoją omyłkę i podał prawidłowe numery katalogowe, nie zmienił w żaden sposób tego, co pierwotnie zaoferował, a jedynie wskazał prawidłowe dane (tj. numery katalogowe) dotyczące tych produktów. Zamawiający, uznając w całości zarzuty odwołania, przyznał tym samym słuszność przedmiotowego stanowiska Zamawiającego. Wybór ofert oraz odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. zostały więc unieważnione, a Zamawiający przystąpił do ponownej oceny ofert.

Zawiadomieniem z 05.10.2016 r., przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 05.10.2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 6 i wyborze oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy - H.K. Sp. z o.o. w zakresie tego zadania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Bialmed Sp. z o.o. Zamawiający podał, że Odwołujący złożył „*ofertę wariantową*” niedopuszczalną w SIWZ, gdyż rzekomo „*w pozycji 10 „wanienska do dezynfekcji” a 10 l wskazano w kosztorysie ofertowym wanienskę o numerze katalogowym 1000000235 firmy Ecolab. W toku składanych wyjaśnień treści oferty zaproponowano wanienskę o innym numerze katalogowym 3908267 oraz innego producenta, czyli firmy BBraun i dołączono dla niej ulotkę. Wobec powyższego Wykonawca istotnie zmodyfikował przedmiot oświadczenia woli, zmieniając pierwotnie zaoferowany przedmiot zamówienia na inny. Jest to niedopuszczalne (...)*”.

Powyższe stwierdzenia Zamawiającego są całkowicie i ewidentnie sprzeczne ze stanem faktycznym niniejszej sprawy, a odrzucenie oferty Odwołującego - oczywiście bezzasadne. Mianowicie - jak już to wyżej wskazano - Odwołujący w swej ofercie w pakiecie nr 6 w pozycji nr 10 jako wanienskę do dezynfekcji o pojemności 10 l zaoferował wanienskę

firmy BBraun, której numer katalogowy - 3908267, prawidłowo wskazał w piśmie z dnia 21.07.2016r. i oferty w tym zakresie w żaden sposób w toku postępowania nie zmieniał. Odwołujący nigdy nie oferował wanienki o wskazanej pojemności 10 l firmy Ecolab. Wanienkę firmy Ecolab o numerze katalogowym 100000235 Odwołujący zaoferował, ale o pojemności 8 l. Powyższe wynika wprost z treści złożonej przez Odwołującego oferty. Zamawiający z ofertą tą nie zapoznał się widać dostatecznie uważnie. Zresztą ten sam błąd Zamawiającego legł u podstaw omyłkowej treści wezwania z 20.07.2016r. skierowanego przez Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o., w którym w pkt B lit. g Zamawiający bezzasadnie wezwał Odwołującego do przedłożenia ulotki dot. wanienki do dezynfekcji 10 l o numerze katalogowym 100000235 (punkt B lit. g wezwania).

Reasumując - Odwołujący, wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego, nie złożył żadnej oferty wariantowej, gdyż od początku jako wanienkę o pojemności 10 l oferował

7

wanienkę firmy BBraun o nr katalogowym 3908267 (producent BBraun został wskazany przez Bialmed Sp. z o.o. w ofercie, zaś prawidłowy jej numer katalogowy w piśmie Bialmed Sp. z o.o. z 21.07.2016r.). Natomiast wanienka Ecolab o nr katalogowym 100000235 została przez Odwołującego zaoferowana w pojemności 8 l.

Na marginesie już tylko dodać można, że w niniejszej sprawie nie sposób w ogóle mówić o złożeniu oferty wariantowej. Oferta wariantowa to bowiem oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7 Pzp). Bialmed Sp. z o.o. - co oczywiste już *prima facie* - nie złożył zaś oferty przewidującej odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia.

Jako drugą z przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał brak ulotki dla pokrywy wanienki o pojemności 10 l. W tej kwestii podnieść należy, że -jak to już wyżej wskazano - przy piśmie z 21.07.2016r. Odwołujący przedłożył oświadczenie Aesculap-Chifa Sp. z o.o. (spółki należącej do międzynarodowego koncernu B. Braun Melsungen AG), zgodnie z którym pokrywy do wanienek firmy BBraun występują w katalogu jako część zapasowa do wanien i nie posiadają własnej odrębnej ulotki informacyjnej. Do przedmiotowego pisma Odwołujący załączył ulotkę obejmującą akcesoria firmy B. Braun, która w lewym górnym rogu zawierała zdjęcie wanny do dezynfekcji oraz pokrywy do niej. Wobec faktu, iż producent oferowanego wyrobu nie stworzył odrębnej ulotki, ani też innego materiału informacyjnego, np. folderu, dotyczącego pokrywy do wanienki, przedłożenie takiego materiału nie było możliwe. Brak indywidualnej ulotki informacyjnej do w/w pokrywy - a to z uwagi na brak jej odrębnej od wanny funkcjonalności - potwierdza także i obecne pismo Aesculap-Chifa Sp. z o.o. z 10.10.2016r. W piśmie tym wskazano również, że folder Akcesoria (przedłożony przez Bialmed Sp. z o.o.) zawiera zbiorcze informacje o wannie składającej się z kuwety, sita oraz pokrywy na wannę.

W tym miejscu wskazał, iż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w tym pakiecie - H.K. Sp. z o.o., także zaoferował pokrywę do wanienki 10 l firmy B. Braun, a więc produkt tożsamy z zaoferowanym przez Bialmed Sp. z o.o. Wykonawca ten w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako ulotkę dotyczącą przedmiotowej pokrywy przedłożył dokument; na którym widnieje zdjęcie wanienki B. Braun wraz z jej pokrywą - tożsame ze zdjęciem widniejącym na ulotce załączonej przez Bialmed Sp. z o.o. do jego pisma z 21.07.2016r., a przedstawiającym wanienkę wraz z pokrywą. Na ulotce złożonej przez H.K. Sp. z o.o. pod w/w zdjęciem umieszczony został napis „*Pokrywa do wanny 10 l do dezynfekcji narzędzi chirurgicznych, Nr katalogowy - 7-411-2, Producent Braun*”. Przedmiotowa ulotka nie pochodzi ani od producenta wyrobu ani też od Aesculap-Chifa Sp. z o.o. i z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością została sporządzona przez samego wykonawcę H.K. Sp. z o.o. z nieuprawnionym użyciem

8

znaków firmowych producenta. Mimo to Zamawiający ulotkę taką zaakceptował i dokonał wyboru oferty H.K. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 6.

W tym miejscu sformułował pytanie, jaka jest wartość ulotki sporządzonej przez podmiot, który nie jest producentem objętego nią wyrobu ani nawet jego autoryzowanym przedstawicielem. Uprawniony do tworzenia tego typu dokumentów jest producent jako podmiot, który wypuścił na rynek dany wyrób medyczny i który ponosi odpowiedzialność za

jego jakość i prawidłowość jego działania. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do nie dającej się zaakceptować konkluzji, że ulotkę lub folder informacyjny sporządzić może każdy. Wartość merytoryczna takich niepochochzących od producenta czy autoryzowanego przedstawiciela dokumentów, a tym samym i przydatność ich dla celów rozstrzygnięcia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, jest żadna.

Podkreślił, iż zgodnie z art. 59 ust. 2 pkt 3 ustawy o wyrobach medycznych wytwórca i autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP do zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu dołącza wzory materiałów promocyjnych, które są dostarczane wraz z wyrobem medycznym. Regulacja ta świadczy o szczególnej roli materiałów promocyjnych, do których zaliczyć należy także i ulotki czy foldery. Natomiast „ulotka” sporządzona samodzielnie przez wykonawcę nie stanowi dokumentu składanego do organu właściwego w sprawie dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych, biobójczych, wyrobów medycznych oraz w ramach procedury oceny zgodności, nie korzysta zatem z wynikającej z tego zwiększonej wiarygodności i nie może być uznana za dokument równoważny w/w materiałom promocyjnym (w tym ulotce informacyjnej czy katalogowi sporządzonemu przez producenta).

Niezależnie od powyższego zauważył, iż skoro zdjęcia widniejące na „ulotce” przedłożonej przez H.K. sp. z o.o. i na ulotce załączonej przez Bialmed Sp. z o.o. do jego pisma z 21.07.2016r. są tożsame, a różnią się jedynie podpisem, to - uwzględniając treść oświadczenia Aesculap-Chifa sp. z o.o. - uznać należy, iż Bialmed Sp. z o.o. również spełnił wymogi Zamawiającego i przedłożył ulotkę dotyczącą pokrywy do wanienki.

Na marginesie Odwołujący podniósł, iż postawa i działania Zamawiającego wskazują na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na duże nacechowanie złej woli w stosunku do Bialmed Sp. z o.o., być może spowodowane uprzednim wniesieniem przez spółkę odwołania od poprzedniego rozstrzygnięcia postępowania. Od tego czasu Zamawiający zaczął kierować do Odwołującego nieustanne żądania o złożenie wyjaśnień, przedłożenie dokumentów, nawet nakazując sposób dostarczenia tych wyjaśnień i dokumentów w sposób nieprzewidziany w SIWZ, a mianowicie za pośrednictwem poczty (wezwanie z 05.09.2016r.). Wskazuje to na intencjonalne działanie Zamawiającego mające na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

9

Uprzednio - to jest przed pierwotnym rozstrzygnięciem postępowania z 10.08.2016r. - Zamawiający miał szereg pytań i wątpliwości do referencji przedłożonych przez Bialmed Sp. z o.o., zaś do referencji firmy H.K., które zostały zresztą przez ten podmiot zastrzeżone jako rzekomo stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (i choćby z tego powodu wątpliwych), Zamawiający zdaje się nie miał żadnych obiektywnych. Także i okoliczność, że aktualnie - w dniu 11.10.2016r. - Zamawiający odrębnie rozstrzygnął postępowanie w zakresie pakietu nr 5 (odrzucając m.in. ofertę Bialmed Sp. z o.o. i unieważniając postępowanie), zdaje się świadczyć o bepodstawnym negatywnym nastawieniu Zamawiającego wobec Bialmed Sp. z o.o., gdyż w ten sposób owo rozstrzygnięcie będzie musiało zostać również odrębnie zaskarżone i opłacone. Mając powyższe na uwadze, czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu ofert Bialmed Sp. z o.o. w zadaniu nr 6 i dokonaniu wyboru oferty Bialmed Sp. z o.o., zostały dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp - i jako takie winny zostać unieważnione i powtórzone.

Zamawiający w dniu 13.10.2016 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16:

W dniu 19.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO): Bialmed Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 11.10.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.10.2016 r. (e-mailem). Złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

- odrzuceniu oferty Bialmed Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie zadania nr 5 - Preparaty do dezynfekcji powierzchni i sprzętów w obszarze medycznym,

- unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 5 - Preparaty do dezynfekcji powierzchni i sprzętów w obszarze medycznym,
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty Bialmed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5 - Preparaty do dezynfekcji powierzchni i sprzętów w obszarze medycznym.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż Bialmed Sp. z o.o. zaoferował wyrób Terralin Protect w opakowaniu o pojemności 2 l z systemem

10

rozcieńczania, a nie dozowania, podczas gdy system ten - z uwagi na jego konstrukcję i sposób działania - odpowiada pojęciu „system dozowania”,
a w konsekwencji - bezzasadne odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5 ze względu na rzekomą niezgodność przedmiotu oferty ze SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że Bialmed Sp. z o.o. przedłożył próbkę nie obejmującą wszystkich elementów systemu dozowania, oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego w sytuacji, w której w toku badania i oceny ofert uznał on - choć nietrafnie - że próbka przedłożona przez Bialmed Sp. z o.o. jest niekompletna, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5 jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ. Wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Bialmed Sp. z o.o.;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Bialmed Sp. z o.o.;

2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego poprzez zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, a nadto

3) dopuszczenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu odwołania.

W ramach tego postępowania Odwołujący złożył ofertę m.in. w zakresie zadania nr 5 - Preparaty do dezynfekcji powierzchni i sprzętów w obszarze medycznym. W ofercie w poz. 1 „preparat do dezynfekcji powierzchni płaskich i sprzętu medycznego. Całość asortymentu w opakowaniach do 6 l oraz w opakowaniach z systemem dozowania do 2 l” Odwołujący zaoferował produkt Terralin Protect w opakowaniach o pojemności 2 l i 5 l. Zawiadomieniem z 10.08.2016 r., przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 10.08.2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o m.in. o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 5 i unieważnieniu postępowania w zakresie tego zadania - a to ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. W pkt 1 lit. b przedmiotowego zawiadomienia, uzasadniając odrzucenie ofert Bialmed Sp. z o.o. w zadaniu nr 5 Zamawiający wskazał, że wykonawca nie może dokonywać zmiany przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, treść oferty nie wskazuje na zaistnienie oczywistej omyłki pisarskiej przy podaniu oznaczeń katalogowych, a Zamawiający nie może poprawić błędnie wpisanych numerów katalogowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że: „Jest to znaczna ingerencja w treść oferty a udzielane wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany przedmiotu oferty”. Nadmieniał, iż w w/w zawiadomieniu w zakresie zadania nr 5 Zamawiający nie powoływał innych niż wyżej wymieniona przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, a w szczególności dotyczących systemu dozowania produktu. Od w/w czynności Zamawiającego Bialmed Sp.

11

z o.o. wniósł odwołanie, którego zarzuty zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego, co skutkowało umorzeniem postępowania przed KIO (sygn. akt KIO 1547/16). Unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 5 oraz odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. zostały więc unieważnione, a Zamawiający przystąpił do ponownej oceny ofert.

Pismem z 05.09.2016r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty m.in. przez podanie informacji, czy zaproponowana w poz. 1 butelka a 2 l posiada w swojej budowie (konstrukcji) system dozowania. W odpowiedzi przy piśmie w dnia 07.09.2016r. Odwołujący przedłożył oświadczenie z 01.07.2016r. producenta w/w produktu -

Schulke Polska sp. z o.o., zgodnie z którym Terralin Protect w opakowaniach a 2 l dostępny jest z systemem dozowania dołączanym do każdego opakowania. Wezwaniem z 08.09.2016r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przesłanie 2 sztuk próbek Terralinu Protect a 2l w opakowaniach z systemem dozowania. Białmed sp. z o.o. próbki te przedłożył przy piśmie z 09.09.2016r. Następnie pismem z 21.09.2016r. Zamawiający wezwał Białmed sp. z o.o. do poinformowania, czy zaoferowany Terralin Protect a 2 l w opakowaniach z systemem dozowania był zgłoszony do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych oraz czy producent wystawił dla takiego zestawu deklarację zgodności. Odwołujący przy piśmie z 23.09.2016r. przesłał Zamawiającemu wyjaśnienie Schulke Polska sp. z o.o. - producenta Terralin Protect w opakowaniach a 2 l, zgodnie z którym produkt ten został dopuszczony do obrotu i zarejestrowany jako wyrób medyczny, posiada deklarację zgodności oraz jest dostępny m.in. w opakowaniach dwulitrowych, do których istnieje możliwość dołączenia systemu dozowania. Jednocześnie w w/w piśmie z 23.09.2016r. Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby preparat do dezynfekcji posiadał w swojej konstrukcji fabrycznie zamontowany system dozowania. Kolejnym wezwaniem z 22.09.2016r. Zamawiający zwrócił się do Białmed Sp. z o.o. o wyjaśnienie, na jakiej podstawie spółka złożyła oświadczenie, że Terralin Protect a 2l w opakowaniach z systemem dozowania jest kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego systemem Penquin. W odpowiedzi pismem z 26.09.2016r. Odwołujący wyjaśnił, że nigdy nie składał oświadczenia, że kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego systemem Penquin jest Terralin Protect a 2l w opakowaniach z systemem dozowania, lecz że kompatybilnością tą cechuje się Terralin Protect w opakowaniach 5 l - gdyż tylko co do tej pojemności opakowań, które w SIWZ wymagane były bez systemu dozowania, obowiązywał wymóg, by pasowały one do systemu dozowania Penquin. Następnie pismem z 04.10.2016r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowany Terralin Protect a 2 l w opakowaniach z systemem dozowania był zgłoszony do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych oraz czy

12

producent wystawił dla takiego zestawu deklarację zgodności, a dodatkowo do wyjaśnienia, jakie będzie uzyskane stężenie roztworu roboczego przy zastosowaniu systemu dozowania, w jaki sposób kalibrowana jest ilość dozowanego preparatu oraz w jaki sposób możliwa jest zmiana ilości dozowanego preparatu do uzyskania stężenia roboczego wynikającego z bieżących potrzeb Zamawiającego. Odwołujący w piśmie z 06.10.2016r. wyjaśnił, że dysza dozownika zapewnia powtarzalność w wymaganym zgodnie z SIWZ stężeniu 0,25%, a w celu zmiany ilości dozowanego preparatu wystarczy zmiana dyszy na taką, która zapewni dozowanie w innym stężeniu. Odwołujący zapewnił, że dysze takie zostaną dostarczone wg potrzeb Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że SIWZ nie przewidywała wymogu zmiany stężeń. Dodatkowo do przedmiotowego pisma Białmed sp. z o.o. załączył oświadczenie producenta Schulke Polska sp. z o.o. z 05.10.2016r., zgodnie z którym Terralin Protect, konfekcjonowany przez producenta w opakowaniach a 2 l i a 5 l, jako wyrób medyczny posiada deklarację zgodności, certyfikat oraz powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Osprzęt w postaci systemu dozowania ma jedynie właściwości użytkowe, pomocnicze i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie podlega zgłoszeniu do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych i nie jest wymagana dla niego deklaracja zgodności.

Zawiadomieniem z 11.10.2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 5 i unieważnieniu postępowania w tym zakresie, a to ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Białmed Sp. z o.o. Zamawiający podał, że Odwołujący zaoferował preparat w opakowaniach a 2 l z dołączonym mieszalnikiem umożliwiającym rozcieńczenie, a nie - zgodnie z SIWZ - dozowanie. Nadto Zamawiający stwierdził, że przesłana mu próbka nie obejmuje wszystkich elementów systemu, gdyż brak jest łączników, którymi można doprowadzić wodę do rozcieńczenia koncentratu. Powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne, a odrzucenie oferty Odwołującego - nieuzasadnione.

W pierwszej kolejności wyjaśnił sposób działania zaoferowanego przez Odwołującego systemu dozowania. Jeśli spojrzeć się na załączone zdjęcie wyrobu Terralin Protect w opakowaniu o pojemności 2 l z dołączonym do niego systemem dozowania

(założonym na górną część opakowania produktu) to po prawej stronie nakładki dozującej znajduje się otwór służący do doprowadzania wody, w centrum - część dozująca w ścisłym tego słowa znaczeniu, zaś po stronie lewej - rurka wyprowadzająca gotowy do użycia roztwór o wymaganym przez Zamawiającego stężeniu 0,25%. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na cel i sposób zastosowania przedmiotowego produktu: służy on do dezynfekcji powierzchni płaskich i sprzętu medycznego, przy czym dla zastosowania wszystkich dostępnych na rynku preparatów o parametrach opisanych w zadaniu nr 5 poz. 1 konieczne

13

jest ich rozcieńczenie (co wynika z samej treści SIWZ, gdzie mowa jest o ilości roztworu roboczego). Stężenie Terralinu Protect konieczne dla spełnienia wymagań Zamawiającego wskazanych w zadaniu nr 5 poz. 1 to 0,25% (2,5 ml preparatu na 1 l wody).

System dozujący zaoferowany przez Odwołującego zapewnia zachowanie w/w stężenia automatycznie, niezależnie od objętości roztworu roboczego, jaką chce się uzyskać, a więc niezależnie od ilości wody zużytej do przygotowania roztworu roboczego preparatu. Mianowicie system ten mierzy przepływającą przez niego, a doprowadzoną przez użytkownika, ilość wody i dozuje odpowiednią ilość preparatu, dostosowując ją tak, aby finalne stężenie roztworu roboczego wynosiło 2,5%. Tym samym eliminuje on całkowicie możliwość zastosowania błędnego stężenia wskutek tzw. „błędu ludzkiego”.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego czasownik „dozować” oznacza „dzielić na porcje, używać czegoś w określonych ilościach”, „stopniować nasilenie czegoś”. Ponieważ opisany wyżej, a zaproponowany przez Odwołującego, system dot. produktu Terralin Protect a 2 l, dzieli na porcje, stopniuje nasilenie, odmierza, a więc dozuje potrzebną ilość preparatu, jest to bezzsprzecznie system dozowania produktu.

Co niezwykle istotne stosowany przez Zamawiającego system Penquin, do którego zgodnie z SIWZ mają być dostosowane opakowania preparatu do dezynfekcji do objętości do 6 l, działa na takiej samej zasadzie, jak zaoferowany przez Odwołującego - tzn. jest on podłączany do ujęcia wody i automatycznie dozuje środek dezynfekcyjny. System Penquin nazwany został przez Zamawiającego w SIWZ wprost „systemem dozowania”. Świadczy to jednoznacznie o niekonsekwentnym i wewnętrznie sprzecznym stanowisku Zamawiającego, a co za tym idzie - o bezzasadności odrzucenia oferty Bialmed Sp. z o.o.

Zamawiający bezzasadnie koncentruje się na jedynie formalnym, językowym aspekcie opisu przedmiotu zamówienia, nadając mu przy tym treść inną niż zgodna ze znaczeniem pojęcia „dozowanie” przyjętym w języku polskim. Niezależnie od powyższego Zamawiający całkowicie ignoruje funkcję i cel, dla których wymagał on systemu dozowania produktu. Celem tym i funkcją jest zaś możliwość sporządzenia roztworu roboczego (co wynika wprost z treści SIWZ dot. zadania 5 poz. 1), nie zaś sama możliwość odmierzenia np. 2 ml preparatu w celu zastosowania go w postaci nie rozcieńczonej. Odwołujący nie tylko zaoferował więc system dozowania zgodny z SIWZ, lecz nadto system odpowiadający potrzebom Zamawiającego w najpełniejszy z możliwych sposobów. Alternatywą do zaproponowanego przez Odwołującego systemu mogłoby być np. dołączenie pojemnika z nadrukowaną na niego skalą - miarką, czy też zaworu, który odmierza jednorazowo z góry określoną objętość płynu. W obu tych przypadkach użytkownik musiałby jednak samodzielnie odmierzyć odpowiednią ilość rozpuszczalnika (wody), na którym to etapie stosunkowo łatwo o pomyłkę, a następnie połączyć obie ciecze. Obie te wymienione czynności w systemie zaproponowanym przez Odwołującego wykonywane są przy użyciu

14

samego systemu i wykluczają możliwość pomyłki w sporządzeniu określonej procentowej mocy roztworu. Również nie można zgodzić się z tym stwierdzeniem Zamawiającego, jakoby dostarczona przez Odwołującego próbka nie obejmowała wszystkich elementów systemu dozowania - a to „łączników, którymi można doprowadzić wodę do rozcieńczenia koncentratu”. W tej kwestii po pierwsze podnieść trzeba, że jeśli Zamawiający w toku oceny ofert uznał, że przesłana próbka jest niekompletna, to powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do uzupełnienia próbki, czego jednak - wbrew obciążającemu go obowiązкови - nie uczynił.

Po wtóre system ten nie wymaga żadnych łączników, którymi można doprowadzić wodę, gdyż jest on podłączany bezpośrednio do końcówki gumowego węża wychodzącego z kranu, a ten właśnie sposób wypływu wody jest powszechnie stosowany w szpitalach.

Także i u Zamawiającego występuje kilka co najmniej kranów z takim właśnie ujściem wody, które zresztą widział wielokrotnie przedstawiciel handlowy Bialmed Sp. z o.o., w czasie wykonywania jego obowiązków zawodowych w siedzibie Zamawiającego. Zarzut Zamawiającego, jakoby próbka złożona przez Odwołującego nie posiadała stosownych łączników, można więc porównać do zarzutu, że próbka systemu, do którego woda pobierana jest bezpośrednio z kranu - z baterii umywalkowej, jest niekompletna, gdyż nie załączono do niej baterii umywalkowej. Z uwagi na powyższe odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. nie znajduje podstaw faktycznych ani prawnych, gdyż złożona przez niego oferta odpowiada treści SIWZ i dlatego też opisana czynność Zamawiającego powinna zostać unieważniona.

Na marginesie już tylko Odwołujący podnosi, iż postawa i działania Zamawiającego wskazują na nierówne traktowanie Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na duże nacechowanie złej woli w stosunku do Bialmed Sp. z o.o., być może spowodowane uprzednim wniesieniem przez spółkę odwołania od poprzedniego rozstrzygnięcia postępowania. Od tego czasu Zamawiający zaczął kierować do Odwołującego nieustanne żądania o złożenie wyjaśnień, przedłożenie dokumentów, nawet nakazując sposób dostarczenia tych wyjaśnień i dokumentów w sposób nieprzewidziany w SIWZ, a mianowicie za pośrednictwem poczty (wezwanie z 05.09.2016r.). Wskazuje to na intencjonalne działanie Zamawiającego mające na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uprzednio - to jest przed pierwotnym rozstrzygnięciem postępowania z 10.08.2016r. - Zamawiający miał szereg pytań i wątpliwości do referencji przedłożonych przez Bialmed Sp. z o.o., zaś do referencji firmy H.K., które zostały zresztą przez ten podmiot zastrzeżone jako rzekomo stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (i choćby z tego powodu wątpliwych), Zamawiający zdaje się nie miał żadnych obiekcji.

15

Także i okoliczność, że aktualnie - w dniu 05.10.2016r. - Zamawiający odrębnie rozstrzygnął postępowanie w zakresie pakietu nr 6 (odrzucając m.in. ofertę Bialmed Sp. z o.o.), zdaje się świadczyć o bezpodstawnie negatywnym nastawieniu Zamawiającego wobec Bialmed Sp. z o.o., gdyż w ten sposób owo rozstrzygnięcie musiało zostać odrębnie zaskarżone i opłacone. Mając powyższe na uwadze, czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu ofert Bialmed Sp. z o.o. w zadaniu nr 5 i unieważnieniu w tym zakresie postępowania, zostały dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - i jako takie winny zostać unieważnione i powtórzone.

Zamawiający w dniu 19.10.2016 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący oba odwołania dla zadania 5 i 6 posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go ich złożenia oddzielnie dla każdego z zadań. W zakresie odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16 - Odwołujący, którego oferta w zakresie zadania 6 została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w niniejszym zadaniu. W zakresie odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16 - Odwołujący, którego oferta w zakresie zadania 5 została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w niniejszym zadaniu. W tym wypadku postępowanie dla tej części zostało unieważnione z uwagi na brak ważnych ofert.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem do sprawy

o sygn. akt: KIO 1547/16 oraz do połączonych spraw o sygn. akt: KIO 1934/16, jak i sygn. akt: KIO 1993/16, w tym w szczególności postanowień SIWZ, załącznik nr 5 do SIWZ - Zadanie nr 5 Preparaty do dezynfekcji powierzchni i sprzętów w obszarze medycznym, jak

16

i załącznik nr 6 do SIWZ - Zadanie nr 6 Preparaty do namulanych i maszynowych procedur postępowania ze sprzętem oraz wanny dezynfekcyjne.

W zakresie odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16 dopuścił dowody załączone do odwołania z:

- oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. dla zadania nr 6, w tym kosztorysu ofertowego, jak i ulotki dla wanny dezynfekcyjnej producenta Ecolab wspólnie dla 2l, 8l, 10l i 30 l, ulotki Akcesoria producenta BBraun,
- wezwania skierowane przez Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 20.07.2016 r.,
- pisma Bialmed Sp. z o.o. do Zamawiającego z 21.07.2016 r. wraz z załącznikami /m.in. ulotki dla wanny dezynfekcyjnej producenta Ecolab wspólnie dla 2l, 8l, 10l i 30 l, ulotki Akcesoria producenta BBraun - takiej jak w ofercie, oświadczenia firmy Aesculap-Chifa Sp. z o.o. - członek grupy BBraun - z 01.07.2016 r./
- zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszych z 10.08.2016 r. dla m.in. zadania 5 i 6, - „ulotka” dot. pokrywy do wanny 10 l producenta BBraun złożonej w postępowaniu przez H.K. sp. z o.o.,
- wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 05.09.2016 r., 08.09.2016 r., 21.09.2016 r., 22.09.2016 r., 04.10.2016 r.,
- zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszych dla zadania nr 6 z 05.10.2016 r.,
- oświadczenie firmy Aesculap-Chifa Sp. z o.o. /członek grupy BBraun/ z 10.10.2016 r.
- zawiadomienia o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 5 z 11.10.2016 r.

W zakresie odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16 dopuścił dowody załączone do odwołania z:

- oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. dla zadania nr 5, w tym kosztorysu ofertowego, jak i ulotki informacyjnej produktu/preparatu Terralin Protect płyn - Schulke Polska Sp. z o.o.,
- zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych z 10.08.2016 r.,
- pismo Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 05.09.2016 r.,
- pismo Bialmed Sp. z o.o. do Zamawiającego z 07.09.2016 r. wraz z załącznikami /oświadczeniem Schulke Polska Sp. z o.o. z 01.07.2016 r. oraz ulotką na dozownik do chusteczek Schulke Wipes/,
- pismo Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 08.09.2016 r.,
- pismo Bialmed sp. z o.o. do Zamawiającego z 09.09.2016 r.,
- zdjęcie produktu Terralin Protect a. 2l w opakowaniu z systemem dozowania,
- pismo Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 21.09.2016 r.,
- pismo Bialmed Sp. z o.o. do Zamawiającego z 23.09.2016 r. wraz z załącznikiem /oświadczeniem Schulke Polska Sp. z o.o. z 22.09.2016 r./,
- pismo Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 22.09.2016 r.,
- pismo Bialmed Sp. z o.o. do Zamawiającego z 26.09.2016 r.,

17

-
- pismo Zamawiającego do Bialmed Sp. z o.o. z 04.10.2016 r.,
 - pismo Bialmed Sp. z o.o. do Zamawiającego z 06.10.2016 r. wraz z załącznikiem /oświadczeniem Schulke Polska Sp. z o.o. z 05.10.2016 r./,
 - zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 5 z 11.10.2016 r.
 - pismo Bialmed Sp. z o.o. z 21.07.2016 r., wraz z załącznikami /m.in. oświadczeniem Schulke Polska Sp. z o.o. oraz taką samą jak w ofercie ulotką preparatu Terralin Protect/,
 - oceny z 21.09.2016 r. preparatu Terralin Protect w zadaniu 5 członka Komisji przetargowej będącej Kierownikiem Działu Nadzoru Sanitarno-Epidemiologicznej u Zamawiającego
 - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 6 z 05.10.2016 r.

W zakresie odwołaniu o sygn. akt: KIO 1993/16 próbka produktu Terralin Protect a. 2 l w opakowaniu z systemem dozowania - okazana na rozprawie była zgodna ze zdjęciem załączonym do odwołania próbki przedłożonej Zamawiającemu. Zamawiający potwierdził zgodność okazanej próbki na rozprawie z próbką dostarczoną na jego wniosek.

Wskazywana w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1993/16 - opinia biegłego z zakresu językoznawstwa, na okoliczność czy sposób działania zaoferowanego przez Odwołującego

systemu dozowania produktu Terralin Protect a. 2 I stanowi desygnat pojęcia „dozowanie” – nie została załączona do odwołania ani przedłożona na rozprawie. Przytoczony w odwołaniu sposób rozumienia, Izba uznaje za stanowisko Odwołującego w tym zakresie.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchane stron - w charakterze Odwołującego: Członka Zarządu R.R., na okoliczność:

- sposobu działania zaoferowanego przez Bialmed Sp. z o.o. systemu dozowania produktu Terralin Protect a. 2 I oraz systemu dozowania Penguin,
- sposobu podłączenia zaoferowanego przez Odwołującego systemu dozowania produktu Terralin Protect a. 2 I do ujęcia wody, istnienia u Zamawiającego punktów poboru wody z zakończeniem pasującym do w/w systemu.

W tym zakresie, Izba dysponowała innymi dowodami w sprawie pozwalającymi na wydanie orzeczenia (art. 190 ust. 6 Pzp). Nadto, w ocenie Izby, Zamawiający de facto, nie kwestionował powyższych okoliczności na potwierdzenie których miały zostać przeprowadzone niniejsze dowody (w zakresie obu kwestii). Odnośnie drugiej okoliczności, jedynie zwracał uwagę na to, że ma różne punkty poboru wody także wymagające brakującego w dostarczonej próbce wężyka.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznawania świadka p. M.G. (przedstawiciel handlowy Odwołującego), na okoliczność sposobu podłączenia zaoferowanego przez Odwołującego systemu dozowania produktu Terralin Protect a. 2 I do ujęcia wody, istnienia u Zamawiającego punktów poboru wody z zakończeniem pasującym do w/w systemu. W tym zakresie, Izba dysponowała innymi dowodami w sprawie

18

pozwalającymi na wydanie orzeczenia (art. 190 ust. 6 Pzp). Nadto, w ocenie Izby, Zamawiający de facto, nie kwestionował powyższej okoliczności na potwierdzenie której miała zostać przeprowadzony niniejsze dowody, jedynie zwracał uwagę na to, że ma różne punkty poboru wody także wymagające brakujących w dostarczonej próbce wężyka.

Złożone na rozprawie przez Zamawiającego zdjęcia (3 sztuki), odnośnie istniejących u Zamawiającego punktów poboru wody, Izba uznała za materiały poglądowe, dające jednakże pewną wiedzę, co do uwarunkowań Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1934/16 - Bialmed Sp. z o.o. - sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez błędne i całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym przyjęcie przez Zamawiającego, iż Odwołujący zaoferował wanienkę do dezynfekcji o pojemności 10 l firmy Ecolab o nr katalogowym 100000235, zaś w toku składanych wyjaśnień rzekomo zmienił przedmiot oferty proponując wanienkę o pojemności 10 l firmy BBraun o nr katalogowym 3908267, podczas gdy w zakresie wanienki o pojemności 10 l BialmedSp. z o.o. od początku oferował wanienkę firmy BBraun o nr katalogowym 3908267, a w konsekwencji - bezzasadne odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. ze względu na rzekomą zmianę przedmiotu oferty, która w istocie nie miała miejsca,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że zbiorcza ulotka informacyjna (folder) zatytułowany Akcesoria, obejmujący informacje o wannie do dezynfekcji składającej się z kuwety, sita oraz pokrywy na wannę nie stanowi wystarczającej ulotki (folderu) wymaganego zgodnie z SIWZ, a dotyczącego pokrywy do wanny do dezynfekcji 10 l, pomimo oświadczenia Aesculap-Chifa Sp. z o.o. o nieistnieniu odrębnej ulotki informacyjnej dla przedmiotowej pokrywy, przy jednoczesnym uznaniu przez Zamawiającego za wystarczającą „ulotki” dotyczącej tej pokrywy złożonej przez innego wykonawcę - zawierającej wyłącznie takie samo zdjęcie produktu, jak w ulotce dostarczonej przez odwołującego się, a nie pochodzącej przy tym ani od producenta ani od autoryzowanego przedstawiciela, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 6 i niesłusznym wyborem oferty innego wykonawcy w zakresie tego zadania.

19

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1934/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu oraz wynikający z przywołanych pism załączonych do odwołania. Przy czym, Izba do kwestii spornych odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie podnosił pierwszy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp i dokonania błędnego założenia względem zaoferowanej wanny do dezynfekcji w zakresie zadania 6.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że w ramach jego oferty dla zadania 6 nie miało miejsca złożenie oferty wariantowej, nie dopuszczonej przez postanowienia SIWZ, czy też zmiana przedmiotu zamówienia w wyniku udzielonych wyjaśnień. Odwołujący zaoferował w ramach swojej oferty dla zadania 6 wannę do dezynfekcji 10 l firmy BBraun nr katalogowy 3908267 oraz wannę do dezynfekcji 8 l firmy Ecolab nr katalogowy 100000235. Rzekoma zmiana treści oferty z wanienki do dezynfekcji 10 l nr katalogowy 100000235 firmy Ecolab na wannę do dezynfekcji 10 l firmy BBraun nr katalogowy 3908267 (jak twierdził Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 6 z 05.10.2016 r.) nie miała miejsca, bowiem od początku zaoferowano tą drugą. Zaistniały stan faktyczny, opisywany w odwołaniu i błędne wnioski Zamawiającego były wynikiem wadliwego wezwania Zamawiającego w piśmie z 20.07.2016 r. w pkt B lit. g, gdzie sformułowano pytanie dotyczące wanny do dezynfekcji firmy Ecolab – poz. 10, ale błędnie odniesiono je do wanny do dezynfekcji 10l, a nie jak wprost wynika z kosztorysu ofertowego o pojemności 8l. Powyższe także w kontekście wezwania Zamawiającego z 20.07.2016 r. z pkt. B lit. h /dotyczącego innej wanny do dezynfekcji i pokrywy do niej z poz. 10 kosztorysu ofertowego/ i uzyskanej odpowiedzi zostało zinterpretowane przez Zamawiającego na niekorzyść Odwołującego.

Izba wskazuje, że tak jak niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców, tak odpowiedzi będące wynikiem wadliwego wezwania, wprowadzającego w błąd, nie mogą być rozpatrywane na niekorzyść w tym wypadku Odwołującego. Jednocześnie Izba podnosi, że pytanie z pkt B lit. g było niezrozumiałe zważywszy, że nr katalogowy wynikający z folderu załączonego do oferty, jak i wynikający z kosztorysu ofertowego był tego rodzaju, że było oczywiste, iż miała w tym wypadku miejsce oczywista omyłka pisarska. Przy czym, pytanie było także niezrozumiałe w kontekście tego, że załączony do oferty dla zadania 6 folder/ulotka odnosiła się w swej treści do kilku wanien

20

do dezynfekcji firmy Ecolab o różnej pojemności i podawały stosowne nr katalogowe (w tym nr katalogowy wskazany w kosztorysie ofertowym). Biorąc pod uwagę deklaracje z kosztorysu ofertowego (załączonego do oferty zgodnie z Rozdz. V ust.2 pkt 1 SIWZ), co do zaoferowania określonej wanny do dezynfekcji, o określonej pojemności, danego producenta, jak i oczywistego charakteru omyłki w nr katalogowym, wezwanie było zbędne. Odnosnie pytanie z pkt B lit. h, to nr katalogowy wynikał z załączonej ulotki i wezwanie do wyjaśnień nie było konieczne, choć dopuszczalne, można było zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba podnosi, że kosztorys ofertowy dla każdego zaoferowanego zadania należało sporządzić samodzielnie zgodnie ze wskazaniami szczegółowymi podanymi w Rozdz. V ust.2 pkt 1 lit. od a do f SIWZ. Jednocześnie, Izba wskazuje że każdorazowo istnieje obowiązek zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, zanim zastosuje się art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Nadto, każdorazowe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp wiąże się z obowiązkiem informacyjnym względem Wykonawcy, którego oferta została poprawiona, zaś Wykonawca może się nie zgodzić na poprawienie omyłki, jeśli uzna dokonane zmiany za nie do przyjęcia, co implikuje określone skutki. (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp odnośnie uznania nie złożenia przez Odwołującego folderu lub ulotki proponowanego przedmiotu zamówienia do zaoferowanej pokrywy do wanny do dezynfekcji 10 l firmy BBraun w zakresie zadania 6, Izba uznała zasadność powyższego zarzutu.

Należy zauważyć, że Odwołujący złożył do oferty zbiorczą ulotkę informacyjną (folder) zatytułowany Akcesoria - dotyczącą tak samej wanny do dezynfekcji, jak i pokrywy

do niej. Okoliczność, że odnosiła się ona do nich zbiorczo jest bez znaczenia z punktu widzenia merytorycznej treści oferty. Nie stoi to także w sprzeczności z postanowieniami z Rozdz. V ust.2 pkt 2 SIWZ, które regulowały sferę załączania folderów lub ulotek.

Izba podnosi, że słusznie sam Zamawiający stwierdził na rozprawie, że brak jest definicji folderu lub ulotki, a co istotne taka definicja nie została wskazana przez Zamawiającego w SIWZ, a ściślej nie określił Zamawiający w odróżnieniu przykładowo od kosztorysu ofertowego, tego jakie minimalne informacje winna ona zawierać. Na rozprawie Zamawiający uznał nawet, że nie musi w nich być podany nr katalogowy.

Z powyższych względów, Izba stoi na stanowisku, że to co pierwotnie załączono do oferty, tj. zbiorcza ulotka informacyjna (folder) zatytułowany Akcesoria – było wystarczające, zaś samo wezwanie było nadmiarowe. Powyższe, Izba także rozpatrywała w kontekście oświadczenia producenta, tzn. oświadczenia firmy Aesculap-Chifa Sp. z o.o. - członek grupy BBraun - z 01.07.2016 r. Dodatkowo potwierdzonego oświadczeniem firmy Aesculap-Chifa Sp. z o.o. - członek grupy BBraun - z 10.10.2016 r. złożonym na potrzeby przedmiotowego

21

postępowania odwoławczego. Jednoznacznie z nich wynika, że brak jest oddzielnej ulotki na pokrywę do wanny do dezynfekcji.

Izba pozostawiła bez rozpoznania – sformułowany de facto na rozprawie – nowy zarzut względem Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zadaniu 6 (art. 192 ust. 7 Pzp). W ocenie Izby, nie mieścił się on w kontekście naruszenia art. 7 Pzp i był nakierowany na usunięcie Wykonawcy konkurencyjnego z postępowania, co nie zostało dostatecznie wyartykułowane w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1934/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1993/16 - Bialmed Sp. z o.o. - sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż Odwołujący zaoferował wyrób Terralin Protect w opakowaniu o pojemności 2 l z systemem rozcieńczania, a nie dozowania, podczas gdy system ten - z uwagi na jego konstrukcję i sposób działania - odpowiada pojęciu „system dozowania”, a w konsekwencji - bezzasadne odrzucenie oferty Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5 ze względu na rzekomą niezgodność przedmiotu oferty ze SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że Bialmed Sp. z o.o. przedłożył próbkę nie obejmującą wszystkich elementów systemu dozowania, oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego w sytuacji, w której w toku badania i oceny ofert uznał on - choć nietrafnie - że próbka przedłożona przez Bialmed Sp. z o.o. jest niekompletna, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5 jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1993/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu oraz wynikający z przywołanych pism załączonych do odwołania. Przy czym, Izba do kwestii spornych odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

22

Izba oddaliła - pierwszy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, uznając, że zasadnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zadaniu 5 uznając, że w zaoferowanym preparacie Terralin Protect opakowaniu o pojemności 2 l brak jest systemu dozowania.

Nie można zaprzeczyć, że w SIWZ nie ma definicji systemu dozowania, jednakże co kluczowe dla przedmiotu sporu stanowisko w tym zakresie, co do rozumienia pojęcia

systemu dozowania przedstawione w odwołaniu jest de facto zgodne z jego rozumieniem przedstawionym na rozprawie przez Zamawiającego. Zgodnie z słownikiem języka polskiego, jak podnosił w odwołaniu Odwołujący, „dozować”, to „dzielić na porcję, używać czegoś w określonych ilościach”, „stopniować nasilenie czegoś”, czyli dozowanie potrzebnej ilości preparatu (w tym wypadku koncentratu – jak wskazuje się w Rozdz. V ust. 2 pkt 1 SIWZ), stopniowe nasilenie koncentratu. Wynika więc z tego, że owe dozowanie musi mieć charakter zmienny w zależności od potrzeb, a nie stały, a taki system zaoferował Odwołujący, czy też mający takie cechy. Izba podnosi, że nawet jeśli uznać kwestie rozcieńczenia, za okoliczność poboczną, gdyż z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie, wynikało, że mimo, iż Zamawiający oczekiwał dozowania koncentratu, to miał być on następnie w kolejnym etapie rozcieńczany przez pracowników Zamawiającego /w zaoferowanym produkcie - co do tego nie było sporu – następuje to równocześnie/. To istotne jest, że owe dozowanie o charakterze zmiennym wynikające z rozumienia przedstawionego przez Odwołującego w odwołaniu, było konieczne z uwagi potrzeby Zamawiającego, tj. na przewidziane spektrum działania przez czas działania - w poz. 1 pkt 1 ppkt 3 i 4 załącznika nr 5 do SIWZ dla zadania 5. Wykonawca zaoferował dozowanie stałe (pismo Odwołującego z 09.09.2016 r., a zwłaszcza z 06.10.2016 r. – zawierające błędny wniosek co do braku konieczności zmiany stężeń), tj. 2, 5 ml na 1 l wody (stężenie 0, 25 %) /przeliczenie litrów roztworu roboczego na koncentrat/, zaś z ulotki informacyjnej załączonej do oferty dla zadania 5 wynikało, że takie stężenie winno być różne w zależności od przeznaczenia (skuteczność mikrobiologiczna), i tak w zakresie bakterii MRSA konieczne jest stężenie 2%. Izba podnosi, że tylko w zakresie wirusów – V – Zamawiający ograniczył działanie do HIV i Rota. Brak takiego ograniczenia do B – bakterii i F – grzybów, daje podstawę do uznania, że Zamawiający przewidział pełne spectrum działania w tym zakresie bez wyłączeń /przez czas działania do 15 minut – ppkt 4 pkt 1 poz. 1 załącznika nr 5 do SIWZ dla zadania 5/. Wynika więc z tego potrzeba nie stałego, ale różnego dozowania w zależności od koniecznego zastosowania w ramach przewidzianego spectrum działania. Izba podnosi, że deklaracja z rozprawy i wyjaśnień z 06.10.2016 r. co do dostarczenia na etapie realizacji oferty dyszy celem zapewnienia dozowania w innym stężeniu nie ma pokrycia w ofercie, ani w próbce, stąd ma charakter zmiany oferty – zaoferowanego asortymentu post

23

fatum na etapie realizacji oferty. W tym wypadku, w odróżnieniu od możliwości wskazanej na końcu rozpatrywania następnego zarzutu poniżej, nie można uznać możliwości wtórnego dostarczenia dodatkowego osprzętu, gdyż jednoznacznie Odwołujący wskazywał i deklarował zaoferowane stężenie w swojej ofercie dla zadania 5 - pismo Odwołującego z 09.09.2016 r., a zwłaszcza z 06.10.2016 r. – zawierające błędny wniosek co do braku konieczności zmiany stężeń

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu - naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że Bialmed Sp. z o.o. przedłożył próbkę nie obejmującą wszystkich elementów systemu dozowania, oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego w sytuacji, w której w toku badania i oceny ofert uznał on - choć nie trafnie - że próbka przedłożona przez Bialmed Sp. z o.o. jest niekompletna, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5 jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ, Izba uznała, że miało miejsce w tym zakresie naruszenie pierwszego z przytoczonych przepisów, jednakże oddalenie pierwszego zarzutu i uznanie prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność wskazaną w ramach pierwszego zarzutu, skutkuje koniecznością oddalenia drugiego zarzutu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, brak wpływu na wynik.

Istotą sporu był brak dostarczenia wraz z próbką zaoferowanego preparatu, o którym była mowa w ramach poprzedniego zarzutu, wężyka łączącego dozownik z kranem, czyli w zakresie podłączenia.

W tym wypadku, Izba podnosi, że brak jest nie tylko jakiegokolwiek postanowienia SIWZ na konieczność podłączenia zaoferowanego preparatu o wymaganej pojemności za pomocą wężyka z kranem Zamawiającego /konieczność kompatybilności z systemem PENQUIN odnosił się do opakowań o pojemności do 6 l, a nie do 2l/. Uwarunkowania

u Zamawiającego wskazywane przez niego podczas rozprawy i konieczność podłączeń, co także ma wynikać z materiałów poglądowych nie jest jednoznaczna. Wynika bowiem tak z wyjaśnień Zamawiającego i materiałów poglądowych, że ma różne punkty poboru wody tak wymagające brakującego w dostarczonej próbce wężyka, ale i takie gdzie podłączenie nie będzie mogło mieć miejsca, czyli będzie zbędne. Dodatkowo, Izba zauważyła, że kwestia próbki nie jest tylko podniesiona w Rozdz. XI ust. 2 SIWZ – zastrzeżenie: „UWAGA”, ale i w Rozdz. V SIWZ – zastrzeżenie: „UWAGA 2”. Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ z Rozdz. V, w ocenie Izby, ów wężyk może równie dobrze zostać uznany za wyposażenie próbki, preparatu, zwłaszcza wobec oświadczenia jego producenta /oświadczenie Schulke Polska Sp. z o.o. z 01.07.2016 r., oświadczenie Schulke Polska Sp. z o.o. z 22.09.2016 r.,

24

a zwłaszcza oświadczenie Schulke Polska Sp. z o.o. z 05.10.2016 r. - „dodatkowy osprzęt”/ podlegające oddzielnej procedurze sanacyjnej, tzn. dostarczeniu w trybie wynikającym w przywołanego zastrzeżenia: „UWAGA 2” (str. 7 z 35 SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1993/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1934/16, sygn. akt: KIO 1993/16 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

25