

Sygn. akt: KIO 2186/21

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2021 r. przez wykonawcę „GESPAR” - G.P., A.O., M.S. - Spółka jawna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krapkowickie Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach przy udziale wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Krapkowickiemu Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego „GESPAR” - G.P., A.O., M.S. - Spółka jawna z siedzibą w Warszawie w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 1 zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Krapkowickie Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Krapkowickiego Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach na rzecz odwołującego „GESPAR” - G.P., A.O., M.S. - Spółka jawna z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2186/21

Uzasadnienie

Zamawiający Krapkowickie Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pieluchomajtek dla dorosłych i dzieci na potrzeby Krapkowickiego Centrum Zdrowia Sp. z o.o.” (nr ref. ZP 12/VI/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00096799. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 20 lipca 2021 r. wykonawca „Gespar” G.P., A.O., M.S. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie jego oferty i wybór oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, wskazując na naruszenie art. 16 ust. 1, art. 17 ust. 2, art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa, to jest oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący został wezwany do wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych i posiadania przez oferowane produkty „systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego”. W dniu 14 lipca 2021 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia załączając powtórnie ulotkę produktową oferowanych wyrobów, z oznaczonymi kolorowo miejscami, w których znajduje się wyszczególnienie części składowych systemu i jego funkcji (pierwotnie ulotkę tę bez zaznaczeń dostarczył Zamawiającemu wraz z ofertą). W przekazanych przez siebie wyjaśnieniach, opierając się na słownikowej definicji terminu „system”, zgodnie z którą pod tym pojęciem rozumie się „układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość”, Odwołujący podkreślił, iż oferowane przez niego wyroby taki system posiadają, co dowiódł wskazując poszczególne elementy układu odpowiadającego za szybką i dokładną dystrybucję wilgoci w oferowanym wyrobie. W dniu 15 lipca 2021 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty złożonej przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych (dalej jako „TZMO”), jako oferty najkorzystniejszej, działając tym samym w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia dla pozycji 4 i 5 Formularza cenowego wskazał wiele cech, jakimi oferowany produkt musi się charakteryzować, by odpowiadać wymaganiom Zamawiającego. Pośród tych cech Zamawiający wskazał „system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego”. Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez oferowane produkty wskazanego wyżej systemu nie wskazał, jaki rodzaj systemu miał na myśli, nie podał jego cech konstrukcyjnych, składu materiałowego ani konkretnych parametrów fizycznych. Jednak brak w karcie technicznej bezpośredniego zapisu o posiadaniu przez oferowane przez Odwołującego produkty „systemu” dystrybuującego wilgoć uznał za wystarczający, by jego (najkorzystniejszą cenowo) ofertę odrzucić. W opisie przedmiotu zamówienia poza wymaganiami dotyczącymi posiadania przez oferowane produkty systemu szybszej i dokładniejszej dystrybucji wilgoci znajduje się również zapis o konieczności posiadania przez oferowane produkty także innego systemu - systemu zakładania jak przy zwykłej bieliźnie. Z treści karty katalogowej

oferowanego przez Odwołującego produktu nie wynika wprost, iż produkty te ów system posiadają, jednak Zamawiający słusznie uznał, że oferowane wyroby wymóg ten spełniają poprzez obecność samej funkcji, którą ten niewymieniony literalnie „system” zapewnia - tak też jest w rzeczywistości.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż wskazując na „szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci” Zamawiający nie wskazał również od czego ta dystrybucja winna być szybsza i dokładniejsza, nie podał żadnych mierzalnych parametrów i wartości odniesienia. Zgodnie z treścią art. 99, ust. 1 i 2 ustawy Pzp „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Po analizie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia dla poz. 4 i 5 Formularza cenowego w sposób utrudniający właściwe zrozumienie jego wymagań, czym bez wątpliwa naruszył przepis art. 99. ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący tworząc ofertę oparł się na słownikowej definicji pojęcia „system” i nie przewidział, że samo to słowo powinno w przedmiotowych środkach dowodowych się znajdować. Odwołujący podjął próbę ustalenia, czy produkty zaoferowane przez wybranego w postępowaniu wykonawcę TZMO taki system posiadają - w tym celu zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty złożonej przez TZMO wraz z korespondencją pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą - kompletną ofertę otrzymał dopiero w dniu wnoszenia odwołania, tj. 20 lipca 2021 r. w godzinach porannych, mimo złożenia wniosku w dniu 15 lipca. Z przedmiotowych środków dowodowych dołączonych do oferty TZMO wynika, że produkty marki SENI (producent Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.) posiadają: a) warstwę rozprowadzającą EDS (z ang. Extra Dry System) - szybkie i dokładniejsze wchłanianie - dla pieluchomajtek Super Seni poz. 1-3, str. 17 oferty TZMO; b) EDS (z ang. Extra Dry System) szybka i dokładniejsza dystrybucja cieczy - dla majtek chłonnych Seni Active poz. 4 i 5, str. 19 oferty TZMO. Opis elementu EDS w produktach SENI jest zdaniem Odwołującego łudząco podobny do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego przez Zamawiającego „systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego”.

Odwołujący podkreślił, że EDS jest pojedynczą warstwą włókniny, a nie systemem w rozumieniu definicyjnym. Włóknina ta wchodzi wraz z innymi materiałami konstrukcyjnymi majtek Seni Active do systemu zapewniającego dystrybucję wilgoci. Jednakże zespół elementów składowych wyrobu służących szybkiemu i dokładnemu odprowadzaniu wilgoci w produktach Odwołującego Zamawiający nie uznał jako wymagany przez siebie system (jako dowód Odwołujący załączył kartę katalogową produktu marki SENI z wyjaśnieniem, czym jest EDS). Odwołujący wskazał, iż Zamawiający ma prawo posiłkować się przy opisie przedmiotu zamówienia cechami produktów, które stosował wcześniej, jednak uwidocznione przez Odwołującego działanie Zamawiającego jest krzywdzące dla Odwołującego. Odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o jej niezgodność z warunkami zamówienia również nie jest zgodne z prawem. Zamawiający nie podał żadnej definicji i żadnych parametrów wymaganego przez siebie „systemu”, Odwołujący natomiast w złożonych wyjaśnieniach przedmiotowych środków dowodowych wykazał, że oferowane produkty posiadają system zapewniający szybkie wsiąkanie i dokładne rozprowadzanie moczu we wkładzie chłonnym i podał jego części składowe (włóknina hydrofilowa i najwyższej jakości materiały, z których zbudowany jest wkład chłonny), przez co działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący dodał, że w świetle podniesionych zarzutów oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane przez Zamawiającego naruszenie przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów postępowania. W ocenie Zamawiającego odwołanie jest niezasadne.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie zaskarżył postanowień SWZ w niniejszym postępowaniu. Skorzystanie ze wskazanego narzędzia może pozwolić wykonawcy na uniknięcie negatywnych konsekwencji, jak w tym przypadku odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SWZ. Na aktualnym etapie postępowania wywiedzione odwołanie, jak i prezentowane uzasadnienie uznać należy za spóźnione. Założenie Odwołującego, w sytuacji która legła u podstaw wywiedzenia odwołania, prawidłowości własnej wykładni niejasnych postanowień dokumentacji przetargowej skutkować musi jego oddaleniem. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1615/18. Zamawiający wskazał, iż postępowanie przetargowe ogłoszono na Platformie zakupowej Zamawiającego. Pytania do SIWZ służyły do 1 lipca 2021 r. Abstrahując od wskazanego powyżej praktycznego aspektu składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, należy wskazać, że w doktrynie i orzecznictwie zarysował się pogląd, zgodnie z którym w razie powstania uzasadnionych wątpliwości co do treści dokumentacji przetargowej, wystąpienie do zamawiającego o wyjaśnienie jest nie tylko prawem, ale przede wszystkim obowiązkiem wykonawcy. Według tego poglądu rzeczony obowiązek wykonawcy można wywieść z art. 354 k.c. nakładającego na strony stosunku prawnego obowiązek dochowania należytej staranności. Jej niedochowanie może zatem negatywnie wpłynąć na sytuację wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. (sygn. akt IV CSK 626/13). Podkreślił, że Odwołujący nie zadał żadnego pytania dotyczącego części 1 zamówienia (Zamawiający przywołał treść opisu przedmiotu zamówienia z pkt 1-5 formularza cenowego). Wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić w sposób odpowiadający uzasadnionym potrzebom zamawiającego. Powołał się w tym zakresie na wyroki Izby z dnia 13 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1595/20, z dnia 30 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1718/17, z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 246/12, z dnia 16 maja 2011 r., sygn. akt KIO 937/11.

Zamawiający wskazał, iż dnia 15 lipca 2021 podjął decyzję o odrzuceniu oferty, Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp stosowanym w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne na podstawie art. 266 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym, w okolicznościach przedstawionych w treści pytania, wskazaną ofertę należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w związku z art. 266 ustawy Pzp), tj. ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wykazał by oferowany przez niego asortyment posiadał system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Poprzestał na ogólnych stwierdzeniach odwołując się do złożonych wraz z ofertą dokumentów co w praktyce doprowadzić może do wyboru towaru niezgodnego z oczekiwaniami zamawiającego, którego zużycie będzie dwu lub trzykrotnie większe wskutek nie posiadania pożądanego cech. Nie wykazano by oferowany wyrób posiadał dodatkowy system czy też element pozwalający na szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Zawarta w ulotce informacja nie potwierdza by wkład w pieluchomajtkach miał jakikolwiek dodatkowy element, zaś

hydrofilowa włóknina ma za zadanie zmniejszyć ryzyko powstania oparzeń i podrażnień podskórnych nie służy zaś szybszemu i dokładniejszemu dystrybuowaniu i rozprowadzeniu wilgoci wewnątrz.

Zdaniem Zamawiającego, nie można tracić z pola widzenia faktu, iż minimalna chłonność określona w normie wg metody ISO 119948-1- na określoną ilość gram nie jest jedynym parametrem w oparciu o które oceniany jest wyrób mający być przedmiotem dostawy. W zakładach opiekuńczo leczniczych w których to pieluchomajtki używane są przez osoby o ograniczonej sprawności ruchowej często z inkontynencją (problemami związanymi z nietrzymaniem moczu) natury komfort ich użytkowania ma niebagatelne znaczenie. Każde dodatkowe usprawnienie mogące poprawić komfort użytkowania pieluchomajtek dla ich użytkowników a także ich samopoczucia ma niebagatelne znaczenie. Ośrodek opiekuńczy, typu ZOL (Zakład Opiekuńczo Leczniczy), jest wyspecjalizowaną placówką leczniczą i rehabilitacyjną dla osób w podeszłym wieku, na wózkach inwalidzkich, leżących oraz cierpiących na przewlekłe i uciążliwe choroby, które wymagają całodobowej i stałej opieki lekarskiej oraz pielęgniarstwa. Głównym zadaniem ZOL jest podjęcie działań oraz określenie zadań dla pacjenta, które mają na celu usprawnienie jego funkcjonowania, naukę samoopieki oraz w miarę możliwości, umożliwić mu powrót do domu. W placówkach ZOL świadczenia udzielane są przez sztab medyczny oraz terapeutów, w tym lekarza internistę, pielęgniarki, psychologa, terapeutów zajęciowych, fizjoterapeutę oraz dietetyka. Zakłady opiekuńczo lecznicze są w pełni wyposażonymi ośrodkami zdrowotnymi, przystosowanymi do podjęcia współpracy z chorymi i osobami w podeszłym wieku, ale nie tylko. Ośrodki ZOL to kompleksowe placówki rehabilitacyjne, które pełnią rolę całodobowego centrum leczniczego, wspomagającego rozwój osób chorych oraz ich powrót do samodzielności, w wymiarze pozwalającym na wykonywanie czynności życia codziennego możliwie najbardziej samodzielnie.

Na poparcie powyższej konstatacji Zamawiający wskazał stanowisko prezentowane jednolicie w orzecznictwie, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2903/12). Zamawiający wskazał ponadto, iż przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to odpowiednik poprzedniego art. 89 ust. 1 pkt 2. Chodzi o niezgodność oferty z jakimkolwiek merytorycznymi warunkami co do przedmiotu lub realizacji zamówienia postawionymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia, a opisał te warunki w sposób precyzyjny i nie pozostawiający pola do interpretacji. Bierność Odwołującego na etapie składania pytań i wyjaśnień skutkowałą uznaniem jego oferty za niezgodną z SWZ.

W piśmie z dnia 26 lipca 2021 r. zawierającym zgłoszenie przystąpienia wykonawca Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Przystępujący”) wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że pieluchomajtki Egosan zaoferowane przez Odwołującego w części 1 w pozycjach 4 i 5 posiadają system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. W ocenie Przystępującego, niezależnie od rozważań na temat definicji słowa „system”, opis przedmiotu zamówienia w części 1 w pozycjach 4 i 5 wymaga zaopatrzenia wyrobu w jakiś dodatkowy element, dzięki któremu dystrybucja wilgoci jest szybsza i dokładniejsza. Zawarta w złożonej ulotce informacja dotycząca rozprowadzania wilgoci w pieluchomajtkach Egosan ogranicza się do stwierdzenia: „specjalna budowa wkładu chłonnego z najwyższej jakości materiałów zapewnia szybkie wsiąkanie i dokładne rozprowadzanie moczu wewnątrz wkładu”. W informacji tej nie ma mowy o jakimkolwiek dodatkowym elemencie budowy pieluchomajtek, a jedynie o „specjalnej budowie” i „najwyższej jakości” materiałach, z których zbudowany jest wkład chłonny. Natomiast hydrofilowa włóknina (na którą powołuje się Odwołujący w odwołaniu) wg treści ulotki nie służy szybszej i dokładniejszej dystrybucji wilgoci, lecz „zmniejsza ryzyko powstania oparzeń i podrażnień skórnych”. Wynika stąd, że pieluchomajtki Egosan nie mają żadnego dodatkowego elementu budowy ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz wkładu chłonnego. Dlatego Zamawiający, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zobowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp są zatem bezpodstawne. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, jest nie tylko nieuzasadniony, ale również spóźniony. Jest to bowiem zarzut dotyczący treści specyfikacji warunków zamówienia, a zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Na obecnym etapie postępowania kwestionowanie treści specyfikacji warunków zamówienia jest niedopuszczalne i nie może być skuteczne. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ale w uzasadnieniu odwołania nie ma żadnej wzmianki o naruszeniu tego przepisu. Również ten zarzut należy zatem uznać za nieuzasadniony.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym. Uczestnik postępowania nie stawiał się na posiedzeniu, prawidłowo zawiadomiony o jego terminie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia jego oferty w części 1 zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego wraz z załącznikami, wezwanie Odwołującego do wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych, odpowiedź Odwołującego z dnia 14 lipca 2021 r., informację z dnia 15 lipca 2021 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów załączonych do odwołania, tj. karty produktu Super Seni Plus i Seni Active Normal oraz złożonego przez Odwołującego na rozprawie wydruku ze strony <https://seni.pl> na okoliczności wynikające z ich treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawy pieluchomajtek dla dorosłych i dzieci na potrzeby Krapkowickiego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w formularzu cenowym – załącznik nr 2 do SWZ oraz we wzorze umowy – załącznik nr 5 do SWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części – część 1: pieluchomajtki dla dorosłych, część 2: pieluchomajtki dla dzieci.

W formularzu cenowym dla części 1 zamówienia w poz. 4 wskazano następujący opis przedmiotu dostawy: pieluchomajtki dla dorosłych uniwersalne co do płci, o podwyższonej chłonności, rozmiar M z oddychającą warstwą zewnętrzną, dobrym dopasowaniem do ciała dzięki elastycznym elementom w części taliowo- biodrowej i w kroku. System zakładania jak przy zwykłej bieliźnie, z wewnętrznymi hydrofobowymi osłonkami bocznymi zapobiegającymi wyciekom. Posiadające indykator wilgoci, rozrywane szwy boczne oraz system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Minimalna chłonność wyrobu wg metody ISO 11948-1 – 1100 g (2000 szt.)

W formularzu cenowym dla części 2 zamówienia w poz. 5 wskazano następujący opis przedmiotu dostawy: pieluchomajtki dla dorosłych uniwersalne co do płci, o podwyższonej chłonności, rozmiar L z oddychającą warstwą zewnętrzną, dobrym dopasowaniem do ciała dzięki elastycznym elementom w części taliowo- biodrowej i w kroku. System zakładania jak przy zwykłej bieliźnie, z wewnętrznymi hydrofobowymi osłonkami bocznymi zapobiegającymi wyciekom. Posiadające indykator wilgoci, rozrywane szwy boczne oraz system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Minimalna chłonność wyrobu wg metody ISO 11948-1-1100 g (2000 szt.)

Ponadto Zamawiający w pkt IV.1 SWZ wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, każdy Wykonawca składa wraz z ofertą, aktualne na dzień składania ofert, następujące przedmiotowe środki dowodowe: 1) Deklaracja zgodności z załącznikami (jeżeli produkt nie jest wyrobem medycznym – inny dokument dopuszczający przedmiot zamówienia do obrotu); 2) Oryginalne ulotki producenta, katalogi, ulotki o produkcie, karty danych technicznych w języku polskim potwierdzające wymagane parametry ofertowanego przedmiotu zamówienia. Każdą ze stron katalogowych należy opisać, której części i pozycji dotyczy. Zamawiający wskazał także, iż jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę, będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (pkt IV.2 SWZ). Poinformował również, że Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (pkt IV.4 SWZ).

W postępowaniu w zakresie części 1 wpłynęły dwie oferty: Odwołującego (z ceną 151 930,00 zł netto i terminem dostawy 3 dni robocze) oraz Przystępującego (z ceną 165 040,00 zł netto i terminem dostawy 3 dni robocze).

Przystępujący w formularzu cenowym w poz. 4 wskazał, iż oferuje produkt SENI Active normal, nr katalogowy SE-096-ME30-AN1 własnej produkcji, zaś w poz. 5 produkt SENI Active normal, nr katalogowy SE-096-LA30-AN1 własnej produkcji. Do oferty załączył kartę produktu SENI Active Normal, w której wskazano m.in., iż produkt posiada cechę: EDS (Extra Dry System) – szybka i dokładniejsza dystrybucja cieczy.

Odwołujący w formularzu cenowym w poz. 4 wskazał, iż oferuje majtki chłonne EGOSAN Medium Plus, nr katalogowy XPM11B-15P producenta Santex S.p.A., zaś w poz. 5 majtki chłonne EGOSAN Large Plus, nr katalogowy XPL11B-15P producenta Santex S.p.A. Do oferty załączył kartę produktu EGOSAN, w której wskazano m.in. następujące informacje: „Innowacyjna oddychająca powłoka zewnętrzna. Oddychająca, przepuszczalna dla powietrza i pary wodnej, a nieprzepuszczająca płynu powłoka gwarantuje uczucie suchości i maksymalną ochronę, co wraz z hydrofilową, hipoalergiczną włókniną zmniejsza ryzyko powstania odparzeń i podrażnień skórnych. (...) „Koniec z uczuciem wilgoci. Specjalna budowa wkładu chłonnego z najwyższej jakości materiałów zapewnia szybkie wsiąkanie i dokładne rozprowadzanie moczu wewnątrz wkładu, co w powiązaniu z falbankami wewnętrznymi z włókniny hydrofobowej umieszczonymi po bokach wkładu, zabezpiecza przed wyciekami i sprzyja poczuciu suchości i komfortu. Kontrola nieemiłych zapachów i podwyższona chłonność. Superabsorbent (organiczny związek polimerowy) wiążąc mocz podnosi chłonność wyrobu i zapobiega powstawaniu nieprzyjemnego zapachu.”

Zamawiający w dniu 13 lipca 2021 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami SWZ, wraz z ofertą złożone zostały karty danych technicznych dla poszczególnych pozycji w części 1 zamówienia. W pozycji 4 i 5 Zamawiający postawił wymóg posiadania przez pieluchomajtki systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Z przedstawionych dokumentów nie wynika, iż zaoferowane pieluchomajtki posiadają wyżej wymieniony system. W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i wskazanie w karcie danych technicznych dot. poz. 4 i 5 zapisu wskazującego, iż zaoferowane pieluchomajtki posiadają wyżej wymieniony system.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 14 lipca 2021 r. przedstawił wyjaśnienia, wskazując, iż elastyczne majtki chłonne Egosan Pants posiadają, zgodnie z wymogami Zamawiającego, system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz wkładu chłonnego. Na system ten składają się wymienione w dołączonej do oferty ulotce produktu:

- najwyższej jakości materiały, z których zbudowany jest wkład chłonny zapewniające szybkie wsiąkanie i dokładne rozprowadzenie moczu wewnątrz wkładu, ujęte w ulotce, w opisie pod nazwą „Koniec z uczuciem wilgoci”,
- włóknina hydrofilowa wymieniona w ulotce, w opisie pod nazwą „Innowacyjna oddychająca powłoka zewnętrzna”.

To zespół tych elementów, czyli składników wkładu chłonnego i włókniny hydrofilowej, tworzy wymagany w opisie przedmiotu zamówienia system. W załączeniu Odwołujący przesłał ulotkę produktu uprzednio dołączonej do oferty, w której ww. elementy zostały zakreślone kolorem.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający uzasadnił swoje działanie podnosząc, iż Zamawiający w części 1 zamówienia, poz. 4 i 5 wymagał pieluchomajtek chłonnych posiadających system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Z dokumentów dołączonych do oferty Odwołującego nie wynikało, iż pieluchomajtki posiadają wyżej wymieniony system, w związku z czym Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2021r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W dniu 14 lipca

2021r. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia wraz z ulotką opisującą pieluchomajtki z części 1 zamówienia, poz. 4 i 5. Przedstawione dokumenty nie potwierdzają, iż pieluchomajtki zaoferowane w części 1 zamówienia, poz. 4 i 5 posiadają system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 16 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje produkt, który nie spełnia wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań (np. nie posiada określonych cech, parametrów technicznych czy funkcjonalnych).

Podkreślenia wymaga także, że Izba dokonuje weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy w danym postępowaniu poprzez przyznanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp (tryb podstawowy - bez przeprowadzenia negocjacji) jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego.

Powyższa okoliczność ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w zawiadomieniu z dnia 15 lipca 2021 r. jest bardzo lakoniczne i nie wyjaśnia dostatecznie przyczyn, dla których Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Całość uzasadnienia odrzucenia oferty zakomunikowana Odwołującemu przez Zamawiającego ogranicza się do wskazania, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że majtki chłonne Egosan, zaoferowane w poz. 4 i 5 części 1 zamówienia, posiadają system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci wewnątrz układu chłonnego. Zamawiający nie wskazał na czym opiera powyższy wniosek. W szczególności zaś Zamawiający w ogóle nie odniósł się do okoliczności wynikających z wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego w dniu 14 lipca 2021 r. i nie wytłumaczył dlaczego uznał, że wskazane przez Odwołującego w ramach ww. wyjaśnień fragmenty opisów cech produktu Egosan zawartych w karcie produktu (ulotce), nie świadczą o posiadaniu przez majtki chłonne Egosan systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci. Na gruncie przedstawionego w piśmie z dnia 15 lipca 2021 r. uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób ustalić przyczyn tej decyzji.

Izba podkreśla, że odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy rzeczona niezgodność jest możliwa do stwierdzenia w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości. O braku posiadania przez zaoferowany przez Odwołującego produkt systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci nie przesądza okoliczność, iż tego rodzaju sformułowania literalnie nie zawarto w załączonej do oferty Odwołującego karcie produktu. Karty katalogowe czy ulotki co do zasady stanowią dokumenty o przeznaczeniu ogólnym, nie są one indywidualizowane na potrzeby konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia, stąd mogą zawierać inną nomenklaturę niż stosowana w dokumentach zamówienia. Odwołujący składając wyjaśnienia wskazał konkretne informacje podane w ulotce załączonej do oferty (i złożonej ponownie z wyjaśnieniami), mające świadczyć o posiadaniu przez zaoferowane majtki chłonne Egosan wymaganego w SWZ systemu, na który w ocenie Odwołującego składają się najwyższej jakości materiały, z których zbudowany jest wkład chłonny zapewniające szybkie wsiąkanie i dokładne rozprowadzenie moczu wewnątrz wkładu, ujęte w karcie produktu, w opisie pod nazwą „Koniec z uczuciem wilgoci”, a także włóknina hydrofilowa wymieniona w opisie produktu pod nazwą „Innowacyjna oddychająca powłoka zewnętrzna”. To zespół tych elementów, czyli składników wkładu chłonnego i włókniny hydrofilowej, tworzy - zdaniem Odwołującego - wymagany w opisie przedmiotu zamówienia system, na co Odwołujący wskazał wprost w treści wyjaśnień z dnia 14 lipca 2021 r. Do powyższej argumentacji Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty w ogóle nie odniósł się. Co więcej, Zamawiający nawet w postępowaniu odwoławczym nie podjął próby wyjaśnienia przyczyn swojej decyzji.

Izba miała ponadto na względzie, że Zamawiający nie zdefiniował w dokumentach zamówienia pojęcia „system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci” użytego w opisie przedmiotu zamówienia, a jednocześnie w żaden sposób nie wyjaśnił (ani w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, ani w postępowaniu odwoławczym), co konkretnie należy przez taki opis rozumieć. Zamawiający nie określił żadnych parametrów, które pozwalałyby ustalić, czy dystrybucja wilgoci w danym produkcie jest odpowiednio szybka i dokładna. Brak jest możliwości ustalenia z czym należy porównywać parametry dotyczące dystrybucji wilgoci, tj. od czego ta dystrybucja wilgoci w zaoferowanym produkcie ma być szybsza i dokładniejsza. Słusznie wskazał Odwołujący, że Zamawiający nie podał żadnych mierzalnych parametrów i wartości odniesienia w tym zakresie. Zamawiający nie podjął także w postępowaniu odwoławczym jakiegokolwiek próby

dowiedzenia, że interpretacja pojęcia „system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci” nie powinna budzić wątpliwości dla podmiotów trudniących się profesjonalnie dostawą produktów będących przedmiotem zamówienia, jak również nie wyjaśnił jak ww. pojęcie powinno być rozumiane przez tego rodzaju podmioty, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru ich działalności.

Biorąc pod uwagę okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, nie jest w ocenie Izby uprawnione zastanawianie się przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym okolicznością, że Odwołujący powinien był zadać pytanie do treści SWZ i błędnie rozumiał postawione przez Zamawiającego wymagania. Nie sposób stwierdzić, że Odwołujący błędnie zrozumiał pojęcie „systemu ułatwiającego szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci” skoro sam Zamawiający nie wyjaśnił jak należy to pojęcie rozumieć. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnej merytorycznej argumentacji, która odnosiłaby się do aspektów technicznych, jak również – co wskazano już powyżej – argumentacji, która wyjaśniałaby, dlaczego zdaniem Zamawiającego fakt posiadania przez majtki chłonne Egosan wkładu chłonnego o specjalnej budowie i włókniny hydrofilowej nie świadczy o tym, że mają one wymagany system. Stwierdzenie Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie, iż zawarta w ulotce informacja nie potwierdza, by wkład chłonny miał jakkolwiek dodatkowy system czy element pozwalający na szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci, pozostaje gołosłowne i niezasadzone w obliczu faktu, że Zamawiający nie wyjaśnił, nie mówiąc już o wykazaniu, dlaczego elementy zaoferowanego produktu, na które wskazał Odwołujący, takiej szybszej i dokładniejszej dystrybucję wilgoci wewnątrz wkładu chłonnego nie zapewniają. Z kolei twierdzenie Zamawiającego, że hydrofilowa włóknina ma za zadanie zmniejszyć ryzyko powstania oparzeń i podrażnień i nie służy dokładniejszemu dystrybuowaniu i rozprowadzaniu wilgoci na zewnątrz, nie broni się w zestawieniu z argumentacją Odwołującego, który podczas rozprawy wyjaśnił, iż tego rodzaju włóknina nie tylko wpływa na zmniejszenie ryzyka podrażnień, ale ma także właściwości hydrofilowe (jak wskazał Odwołujący hydrofilowość powoduje szybką dystrybucję cząsteczek wody do wkładu chłonnego, gdzie są absorbowane dodatkowo przez superabsorbent). Odwołujący podkreślił ponadto, że właściwości hydrofilowe są okolicznością oczywistą dla podmiotów z tej branży, nie wymagają szczegółowego wyjaśnienia w kartach katalogowych, a Zamawiający mimo tego pominął tę cechę produktu Odwołującego, która gwarantuje maksymalnie szybkie przesiąkanie. Zamawiający powyższych twierdzeń Odwołującego w postępowaniu odwoławczym w żaden sposób nie odparł, wobec czego brak jest podstaw do podważania ich wiarygodności.

Reasumując, Zamawiający nie przewidział w SWZ jednoznacznych mechanizmów pozwalających na ustalenie, czy oferowany produkt posiada system ułatwiający dystrybucję wilgoci na odpowiednio szybkim i dokładnym poziomie, a jednocześnie odrzucając ofertę Odwołującego nie wyjaśnił nawet co należy rozumieć przez „system ułatwiający szybszą i dokładniejszą dystrybucję wilgoci” ani dlaczego uznał, że dane wynikające z przedstawionej przez Odwołującego ulotki nie potwierdzają, że majtki chłonne Egosan taki system posiadają. Takie działanie Zamawiającego niewątpliwie uchybia zasadom przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców, wobec czego Izba uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 za zasadne. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż naruszenie wymienionego w opisie zarzutu przepisu art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, jako odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia, nie mogłoby zostać stwierdzone na obecnym etapie, niemniej w ocenie Izby przywołanie tego przepisu w odwołaniu miało jedynie charakter poboczny, uzupełniający argumentację odnoszącą się do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący bowiem, nie mając pełnej wiedzy, dlaczego jego oferta została odrzucona, poddał analizie tok rozumowania Zamawiającego, próbując ustalić z czego mógł on wywieść, że produkt Odwołującego nie posiada wymaganego systemu i co Zamawiający przez ten system mógł rozumieć. To z kolei doprowadziło Odwołującego do wniosku, że opis ten mógł zostać zaczerpnięty z dokumentacji produktów marki Seni zaoferowanych przez jego konkurenta. Podkreślić jednak raz jeszcze należy, że to zadaniem Zamawiającego było należycie uzasadnić i szczegółowo wyjaśnić przyczyny, jakie legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a następnie obronić prawidłowość swojego stanowiska w postępowaniu odwoławczym. W ocenie Izby Zamawiający powyższemu zadaniu nie sprostał.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący.....