Sygn. akt: KIO 1419/22

WYROK

z dnia 10 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: 1) Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich (Partner) (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital

Specjalistyczny w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie

przy udziale wykonawcy Fresenius Medical Care Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: 1) Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich (Partner) tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: 1) Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich (Partner) - kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 1419/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wyroby medyczne oraz produkty lecznicze do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych wraz z dzierżawą aparatów - powtórka". Ogłoszenie o ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym zamówieniu: Unii Europejskiej pod nr 2022/S 040-100886 w dniu 25 lutego 2022 r.

Dnia 26 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zmianami; - dalej: „ustawa Pzp"), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: 1) Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich (Partner), dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, a polegających na:

1) odrzuceniu w dniu 16 maja 2022 oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ, a odrzucenie oferty nastąpiło w wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnej z ustawą Pzp interpretacji zapisów SWZ po terminie składania ofert
- co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 218 ust. 2 w związku z art. 137 ust. 1 w związku z art. 99 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;
2) wyborze jako najkorzystniejszej ofert złożonej przez Fresenius Medical Care Polska S.A. (dalej: „Fresenius"), podczas gdy w istocie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu była oferta Odwołującego

- co stanowiło naruszenie art. 239 ust. 2 w związku z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Fresenius jako najkorzystniejszej

w postępowaniu;

2) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,

w tym w szczególności oferty Odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 9 maja 2022 r.;

3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, a jego oferta pierwotnie została oceniona jako najkorzystniejsza. W wyniku odwołania wniesionego przez Fresenius oraz w wyniku, w ocenie Odwołującego, błędnej oceny zgodności tejże oferty z warunkami zamówienia, oferta Odwołującego została odrzucona. W przypadku zmiany decyzji

Zamawiającego i uznania, że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z SWZ - oferta

Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą wg ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Zatem Odwołujący posiada realny interes w pozyskaniu zamówienia, a w wyniku błędnych decyzji Zamawiającego może ponieść realną szkodę przejawiającą się w niepozyskaniu zamówienia, w ramach którego złożona przez niego oferta posiada najkorzystniejszy bilans jakości do oferowanej ceny.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający w Formularzu cenowym, który stanowił zgodnie z SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy określił parametry wyrobów medycznych, których dostawy oczekuje od wykonawcy przedmiotowego zamówienia, w tym wskazał, że oczekuje aby oferowany przedmiot zawierał: „Łącznik umożliwiający jednoczesne podłączenie większej ilości worków:

2 lub 4 worków, jeśli nie stanowi integralnej części zestawu."

Odwołujący złożył ofertę, która jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, wskazując że w przypadku oferowanego przez niego wyrobu nie jest wymagane stosowanie dodatkowych łączników, gdyż zaoferowany zestaw umożliwia podłączenie od 1 do 4 worków.

Dla Odwołującego wymaganie Zamawiającego było w pełni zrozumiałe, jasne i klarowne, a ponadto spójne z wymaganiami innych zamawiających publicznych - Odwołujący działa na rynku zamówień publicznych w zakresie terapii nerkozastępczych od wielu lat i posiada wieloletnie doświadczenie w analizie wymagań zamawiających publicznych w tym zakresie. Część zamawiających publicznych wymaga zaoferowania dodatkowego łącznika Y, który umożliwia połącznie 2 lub 4 worków z płynem jednego rodzaju, część zaś wyceny takich łączników nie wymaga.

W przypadkach gdy zamawiający publiczny wymaga wyceny łącznika umożliwiającego podłączenie większej ilości worków jednego rodzaju, opis przedmiotu zamówienia jest sformułowany jednoznacznie. Przykładowo, w postępowaniach, w których Odwołujący dotychczas składał ofertę oferując przedmiotowe łączniki przedmiot zamówienia w tym zakresie opisywany był w sposób następujący:

1) Szpital Wielospecjalistyczny im. dr Ludwika Błażaka w Inowrocławiu (postępowanie nr M12/2022) - „łącznik Y do podwójnych worków";

2) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza Jerzego Popiełuszki

we Włocławku (postępowanie nr DZP/25/2020) - „łącznik "Y", służący do połączenia dwóch worków z płynami, w przypadku łączenia dwóch worków z podawanymi płynami na jednej wadze".

W tym postępowaniu Zamawiający sformułował wymaganie w sposób konkretny i zgodnie z literalną wykładnią wymagania, a nadto - z powszechną praktyką rynkową, wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobligowani byli wycenić koszt łącznika wyłącznie wówczas, gdy konstrukcja oferowanego zestawu uniemożliwia jednoczesne podłączenie większej ilości worków niż wskazane w wymaganiu 2 lub 4 worki. Z literalnej wykładni wynika zatem wprost, że w sytuacji gdy zaoferowany przez danego wykonawcę zestaw umożliwia podłączenie 2 lub 4 worków bez konieczności użycia dodatkowego łącznika, to nie jest konieczne wycenianie dodatkowych łączników.

Odwołujący zaoferował zestaw, w ramach którego istnieje możliwość podłączenia do 4 worków, a dreny umożliwiające podłączenie wszystkich 4 worków w ramach jednego zestawu zawarte są w zestawie. Dlatego też w Formularzu cenowym Odwołujący wskazał, że wycena dodatkowych łączników „nie jest wymagana". Zatem - jego oferta jest w pełni zgodna z wymaganiem określonym przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Kwestia zgodności oferty Odwołującego z SWZ nie wzbudziła również wątpliwości Zamawiającego podczas dokonywania oceny ofert, a oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Dopiero po wniesieniu odwołania przez Fresenius, Zamawiający kierowany tezami kreowanymi w treści odwołania przez Fresenius zmienił swoje stanowisko, unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i wezwał Odwołującego do wyjaśnienia zastosowanego w ofercie sformułowania, zgodnie z którym, w oferowanych przez niego zestawach nie są wymaganie żadne dodatkowe łączniki.

Odwołujący przedłożył obszerne wyjaśnienia w tym zakresie, potwierdzając że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia, załączając do wyjaśnień ilustracje i schematy, a także załączniki w postaci broszur informacyjnych oferowanego produktu.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wprowadził nową, niespójną z dotychczasową treścią SWZ interpretację wymagania. Z uzasadnienia

odrzucenia oferty Odwołującego wynika bowiem, że Zamawiający wprowadził nieistniejące dotychczas w SWZ pojęcie „zestawu podstawowego", wskazał że żądał podłączenia większej ilości worków, zatem posłużył się pojęciami niejednoznacznymi, które nie istniały w pierwotnej SWZ i w konsekwencji - odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał że: „Z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynikało, że Zamawiający ma mieć możliwość podłączenia większej ilości worków aniżeli ilość wynikająca z podstawowego zestawu."

Zamawiający nie wskazuje na to jakiej ilości worków finalnie oczekuje (w SWZ mowa o 2 lub 4), nie odnosi się do złożonych wyjaśnień, w których przecież Odwołujący potwierdził możliwość podłączenia do oferowanego zestawu aż do 4 worków, tym samym nie jest wiadomym dlaczego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego skoro zestaw zaoferowany umożliwia podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 bez dodatkowego łącznika, czyli dokładnie tak jak oczekiwał tego Zamawiający. Ponadto samo stwierdzenie Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, w którym Zamawiający wskazuje, że z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynikało czego oczekuje Zamawiający oraz fakt, że pierwotnie ocenił ofertę Odwołującego jako zgodną z SWZ i wybrał jako najkorzystniejszą dowodzi, że Zamawiający tak samo jak Odwołujący rozumiał określone wymaganie i potwierdził, że Odwołujący zaoferował prawidłowy produkt zgodny z SWZ. Zatem, to dopiero powtórna ocena dokonana przez Zamawiającego zmierza w zupełnie odmiennym kierunku niż sformułowania, których użyto pierwotnie w SWZ i zaprzecza stanowisku Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia był jasno sprecyzowany.

Wprowadzona przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony na etapie oceny ofert, nowa wykładnia również nie stanowi jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie wiadomo bowiem, które worki są uznawane przez Zamawiającego za „zestaw podstawowy", a pojęcie „większa liczba worków" również jest pojęciem nieprecyzyjnym - nie wynika bowiem z treści uzasadnienia czy chodzi o ilość worków czy o rodzaj płynu w dodatkowych workach. Jednakże taka interpretacja została wprowadzona przez Zamawiającego dopiero w piśmie z wyborem oferty najkorzystniejszej, w którym to piśmie oferta Odwołującego została odrzucona (tj. w dniu 16 maja 2022 r.), zatem Odwołujący nie miał szans na jej zakwestionowanie bądź też uszczegółowienie poprzez system pytań i odpowiedzi do SWZ.

Decyzja Zamawiającego jest dla Odwołującego szczególnie niezrozumiała w kontekście uprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na tożsamy przedmiot zamówienia w roku 2020. Wówczas Zamawiający zastosował dokładnie ten sam opis wymagań (w tym również brzmienie punktu 7 Formularza cenowego było analogiczne), zaś Odwołujący wskazał w zakresie tego punktu, że wycena dodatkowych łączników nie jest wymagana. Sformułowanie to wówczas nie wzbudziło żadnych wątpliwości Zamawiającego - zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący rozumieli wówczas ten zapis w te sam sposób - zgodnie z jego wykładnią literalną. W postępowaniu z roku 2020 Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą i od tego czasu sprzęt ten wykorzystywany jest przez Zamawiającego.

Dlatego też, ponowna ocena Zamawiającego, która stanowi co najmniej zmianę wykładni określonego wymagania na etapie badania i oceny ofert, jest dla Odwołującego niezrozumiała i w jego ocenie stanowi działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego działanie to stanowi przejaw nieuprawnionej modyfikacji treści SWZ po terminie składania ofert. Bowiem w pierwotnej treści SWZ brak jest jakichkolwiek przesłanek, które świadczyłyby o konieczności wycenienia dodatkowych łączników ze względu na fakt, że Zamawiający zamierza stosować w terapii większą ilość worków. W pierwotnej wersji szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że wskazany przez Zamawiającego wymóg odnosi się do ilości worków ponad ich liczbę gwarantowaną przez danego wykonawcę w oferowanym zestawie. Z literalnego brzmienia określonego wymogu w sposób jasny i klarowny wynika, że dodatkowy łącznik należy dodatkowo wycenić wyłącznie wówczas, gdy w oferowanym zestawie brak jest możliwości jednoczesnego podłączenia większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeśli nie stanowi integralnej części zestawu, podczas gdy zestaw zaoferowany przez Odwołującego dokładnie to wymaganie spełnia gdyż umożliwia jednoczesne podłączenie aż do 4 worków, co zostało dokładnie wyjaśnione i zobrazowane na schematach zamieszczonych w piśmie do Zamawiającego z dnia 9 maja 2022 r.

Zastosowanie dodatkowej wykładni, nie wynikającej wprost z treści pierwotnie ukształtowanego warunku, stanowi przejaw niedozwolonej zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego po terminie składania ofert. Zgodnie bowiem z poglądami ukształtowanymi przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - jednym z przejawów wyrażonej w art. 137 ust. 1 zasady niezmienności warunków zamówienia jest nakaz stosowania wykładni literalnej przy interpretacji treści warunków zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2020 r., KIO 80/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2021 r., KIO 2427/21). Dlatego też, wprowadzenie na etapie badania i oceny ofert dodatkowej

interpretacji treści SWZ, która to interpretacja całkowicie ją zmieniła, stanowi nieuprawnioną zmianę treści SWZ, co jest niedopuszczalne po terminie składania ofert.
Na niedopuszczalność zmiany treści SWZ wskazują jednoznacznie poglądy doktryny oraz judykatury (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2022; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2015 r., KIO 2125/15).

Odwołujący stoi na stanowisku, że działanie Zamawiającego stanowi przejaw nieuprawnionej zmiany SWZ i odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie stanowi konsekwentnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Kwestia ta została w sposób jednoznaczny przesądzona w orzecznictwie KIO (przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2021 r., KIO 1992/21).

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący podkreślił, że niezależnie od powyższego, skoro sam Zamawiający w trakcie postępowania prezentował co najmniej dwa sposoby interpretacji warunku określonego w pkt 7 Formularza cenowego, to nie sposób czynić Odwołującemu zarzutu zrozumienia rzeczonego zapisu w konkretny sposób (spójny z jednym ze sposobów wyrażonych przez Zamawiającego). Bowiem, generalną regułą obowiązującą w zamówieniach publicznych jest nakaz interpretowania wszelkich nieścisłości wynikających z SWZ na korzyść wykonawcy biorącego udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2021 r., KIO 2020/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2917/20).

Zatem odrzucenie oferty Odwołującego stanowi przejaw rażącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odrzucenie oferty nie może bowiem być konsekwencją zmiany interpretacji zapisów SWZ na etapie badania i oceny ofert, a z taką właśnie zmianą mamy do czynienia w postępowaniu, gdyż pierwotna treść pkt 7 Formularza cenowego, w ocenie Odwołującego nie pozostawiała pola do interpretacji. Nawet jednak gdyby z daleko posuniętej ostrożności przyjąć, że wymóg ten można było interpretować w dwojaki sposób, to wszelkie wątpliwości w tym zakresie winny być intepretowane na korzyść Odwołującego i również w tym zakresie odrzucenie złożonej przez niego oferty jest nieuprawnione.

W związku ze wskazaną wyżej argumentacją Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem biorącym udział w postępowaniu, złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego to uzyskanie zamówienia uniemożliwia oraz godzi w interes

wykonawcy w uzyskaniu zysku przy realizacji przedmiotu zamówienia. Czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

W dniu 30 maja 2022 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Fresenius Medical Care Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący"). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający podał, że w toku prowadzonego postepowania wymagał zaoferowania oraz wyceny „łączników umożliwiających jednoczesne podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeśli nie stanowi integralnej części zestawu". Odwołujący w złożonej ofercie zadeklarował „nie jest wymagane" i tym samym nie wycenił wymaganego łącznika. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ - formularz cenowy, obowiązkiem

Odwołującego było zaoferowanie i wycenienie „łącznika jeśli nie stanowi integralnej części zestawu".

W wyniku wyjaśnień treści złożonej oferty, udzielonych na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz nadesłanej próbki zestawu przez Odwołującego, w ocenie Zamawiającego zestaw nie posiada wymaganego łącznika i tym samym nie spełnia wymogu w zakresie podłączenia większej ilości worków, tj. 2 lub 4. Wobec powyższego oferta Odwołującego została zdaniem Zamawiającego słusznie uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i słusznie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w punkcie 7 formularza cenowego wymagano dostawy łącznika umożliwiającego jednoczesne podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeżeli nie stanowi integralnej części zestawu.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ,- Zamawiający żądał:

1. Folderu/katalogu/ lub kart charakterystyki/ kart technicznych, zawierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu cenowym - załącznik nr 2 do SWZ. Dokumenty należało dołączyć do oferty. Numer katalogowy podany w formularzu cenowym miał być wyraźnie oznaczony w załączonych do oferty dokumentach. Ponadto dokumenty należało oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą.

Jedynym kryterium w postępowaniu była cena (100%).

Z oferty Odwołującego wynika, że w pozycji 7 formularza cenowego wskazał On „nie dotyczy".

Odwołujący, wezwany został przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, po umorzeniu postępowania odwoławczego KIO 1079/22, do złożenia wyjaśnień odnośnie do treści złożonej oferty w zakresie pkt. 7 formularza cenowego, będącego załącznikiem nr 2 do SWZ. Zamawiający w pkt 7 formularza cenowego wymagał zaoferowania łączników umożliwiających jednoczesne podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeśli nie stanowi integralnej części zestawu. Wykonawca w pkt 7 w kolumnie X formularza cenowego wpisał: nie jest wymagane. Zamawiający wnosił o wyjaśnienie zapisu „nie jest wymagane".

Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia, że łączniki w postaci drenów stanowią komponenty każdego z zestawów wycenionych w pozycjach od 1 do 3, i pozwalają one na podłączenie 4 worków, w tym trzech z płynami podawanymi do Pacjenta oraz czwartego worka - na płyn odprowadzany, tzw. worka do zbiórki ultrafiltratu, bez konieczności użycia dodatkowych łączników czy drenów. Łącznik według definicji słownika PWN to „element

łączący inne elementy maszyny lub przyrządu", „element łączący". Oferowane przez

Konsorcjum aparaty do terapii nerkozastępczych pozwalają na prowadzenie różnych terapii.

Są to przykładowo: ultrafiltracja SCUF, hemofiltracja CVVHF, hemodializa CVVHD,

hemodiafiltracja CVVHDF, plazmafereza TPE, hemoperfuzja HP. Do każdej z terapii stosuje się dedykowane kasety z hemofiltrem. We wszystkich terapiach wykonywanych na urządzeniach Prismaflex oraz Prismax standardowo używa się drenów do podłączenia worków z roztworami, albuminami czy osoczem.

Powołując się na protokół Kalmar, który opisuje zużycie płynów przy ciągłej żylno-żylnej hemodiafiltracji (CVVHDF) trwającej co najmniej 72h, można zauważyć, że w terapii tej stosuje się 5 litrowe worki cytrynianu, dializatu, substytutu oraz worek ultrafiltratu - po 1 sztuce na każdą wagę aparatu. Aby taką terapię uruchomić na urządzeniach Prismaflex lub Prismax potrzebne są produkty jednorazowego użytku: wspomniane wcześniej worki 5 litrowe, kaseta z hemofiltrem i 4 drenami / łącznikami (z których każdy został oznaczony innym kolorem dla uniknięcia omyłki przy podłączeniu do worków), dren wapnia, strzykawkę oraz - w przypadku urządzenia Prismax - wkład do podgrzewacza krwi. Taki zestaw wyrobów i produktów leczniczych pozwala uruchomić jedną z wyżej wymienionych terapii bez konieczności użycia dodatkowych łączników i asortymentu. W zależności od potrzeb

i wybranej terapii w systemie do ciągłych terapii nerkozastępczych oferowanym przez Konsorcjum możliwe jest stosowanie w czasie zabiegu zarówno jednego worka, jak i jednoczesne połączenie poprzez dreny kasety hemofiltra od 2 do 4 worków. Wyjaśnienia zawierały broszury i instrukcje obrazujące sposób podłączenia i działania oferowanego urządzenia. Sama kaseta / zestaw jest wystarczający dla prowadzenia terapii przy użyciu 2 lub 4 worków. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez konsorcjum spełnia wszystkie warunki SWZ a pominięcie wyceny poz. nr 7 nie jest wypadkową omyłkowego działania a właściwą ą interpretację wskazanego przez Zamawiającego wymogu co do kształtu składanych ofert. Wraz z wyjaśnieniami przekazano dla Zamawiającego próbkę zestawu ST 150, która została zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. W uzasadnieniu decyzji podniesiono, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał zaoferowania łączników umożliwiających jednoczesne podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeśli nie stanowi integralnej części zestawu. Konsorcjum w formularzu cenowym zadeklarował „ nie jest wymagane" i tym samym nie wycenił wymaganego łącznika. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ - formularz cenowy, obowiązkiem Wykonawcy było zaoferowanie i wycenienie „

łącznika.....jeśli nie stanowi integralnej części zestawu". W wyniku wyjaśnień treści złożonej

oferty, udzielonych na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca przesłał próbkę zestawu, która to w ocenie Zamawiającego nie spełnia wymogu w zakresie możliwości podłączenia większej ilości worków tj. 2 lub 4 - zaoferowany zestaw nie posiada wymaganego łącznika. Z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynikało, że Zamawiający ma mieć możliwość podłączenia większej ilości worków aniżeli ilość wynikająca z podstawowego zestawu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie. Wobec takiej decyzji, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Dalej, Izba nakazała Zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, kiedy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający z zapisu punktu nr 7 formularza cenowego, gdzie wykonawcy mieli wycenić łącznik umożliwiający jednoczesne podłączenie większej ilości worków: 2 lub 4 worków, jeżeli nie stanowi integralnej części zestawu, błędnie wywodzi, że wymaganie SWZ odnosił się do jakiegoś „zestawu podstawowego" i elementów dodatkowych, które miały być dostarczone poza zestawami podstawowymi.
Ani sformułowania „zestaw podstawowy", ani „elementy dodatkowe" nie były użyte w SWZ, nie były przedmiotem pytań i wyjaśnień. Pojęcia te pojawiły się dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i także w tym dokumencie Zamawiający ich nie wyjaśnił. Przebieg rozprawy uwidocznił różnicę w jaki sposób Zamawiający odczytywał zapisy SWZ, a w jaki sposób rozumieli je wykonawcy, którzy także w swoich opiniach nie byli zgodni.

W ocenie Izby z zapisów OPZ wynikało, co trafnie podkreślał w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący, że łącznik ma umożliwiać podłączenie większej ilości worków - 2 lub 4 worki i należało go zaoferować, jeśli nie stanowił on integralnej części zestawu. Skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę okazane i opisane na rozprawie próbki i uważa, że Odwołujący prawidłowo przeanalizował zapisy SWZ, kierując się wykładnią literalną, że jeśli oferowany zestaw umożliwia podłączenie 4 worków i łącznik jest integralną częścią zestawu, nie jest obowiązkiem wykonawcy oferowanie dodatkowych elementów. Izba uważa, że zapisy SWZ nie wymagały zastosowania dodatkowych rodzajów wykładni, zastosowanie wykładni literalnej było wystarczające.

Izba nie może zgodzić się z argumentacją prezentowaną przez Zamawiającego, że w punkcie 7 OPZ mowa była o dodatkowych elementach zestawu podstawowego, umożliwiających podłączenie więcej niż 4 worki w każdym wypadku, a okoliczności te wykonawcy winni wywieść z ilości preparatów do przeprowadzenia terapii. Nie jest rolą Wykonawcy domyślanie się jakie intencje miał Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający chciał, by dostarczono mu łącznik ponad zestaw podstawowy, który w każdym wypadku umożliwia podłączenie więcej niż 4 worków, to winien to wyrazić w opisie przedmiotu zamówieniu. W ocenie składu orzekającego Izby takie zobowiązanie z opisu przedmiotu nie wynika.

Izba wyraża pogląd, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie chodziło o wycenę łącznika umożliwiającego podłączenie worków w większej ilości niż 4, tym bardziej, że nie wskazano jaka byłaby wartość maksymalna, a jak należy domniemywać - wartość minimalną określono dwutorowo: 2 lub 4. Taka wykładnia tym bardziej wydaje się nieprawdopodobna, ponieważ w opisie posłużono się wyrażeniem „2 lub 4 worki". Jeżeli, co wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego potwierdzili, do każdej terapii konieczne jest użycie co najmniej 4 worków, jaki byłby cel wymagania Zamawiającego wskazującego na 2 worki. Takiego opisu nie można zdaniem składu odczytywać w ten sposób, że Zamawiający wymagał możliwości podłączenia poza podstawowe worki, 2 lub 4 worki dodatkowe. W żadnym miejscu wymaganie nie odnosi się do liczby dodatkowych worków i że może ona wynosić 2 lub 4 worki. Wymaganie wskazuje na okoliczność, że łącznik dla dwóch lub czterech worków jest wymagany dostawą, jeśli nie wchodzi w zakres zestawu.

Dostrzeżenia również wymaga, że pojęcie „łącznika" nie zostało w postępowaniu przez Zamawiającego zdefiniowane. Każdy zatem wykonawca mógł to sformułowanie interpretować indywidualnie w odniesieniu do specyfiki swoich produktów. Jak już podkreślono w niniejszym uzasadnieniu, także nie używano pojęć „zestaw podstawowy" i „elementy dodatkowe" i ich nie zdefiniowano. Zgodnie z brzmieniem punktu 7 łącznik miał być wyceniony tylko wówczas, gdy nie będzie integralną częścią zestawu. Jeżeli zaś element ten jest częścią zestawu, co Odwołujący zaprezentował na rozprawie przy użyciu próbki dostarczonej w postępowaniu, to nie podlegał wycenie.

Odwołujący i Zamawiający odwoływali się do zapisów opisu przedmiotu zamówienia przeprowadzonego w 2020 roku, Zamawiający złożył wyciąg z opisu formularza cenowego tego postępowania. Zamawiający wywodził, że opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu różni się, dlatego też nie są uprawnione twierdzenia o tożsamości zapisów i możliwości zaoferowania tożsamych produktów jak w roku 2020. Izba tymczasem nie znalazła podstaw, by uznać, że zapisy postępowań w 2020 i 2022 roku tak znacząco się od siebie różnią, by treści te uznać za nietożsame. W ocenie Izby opisy brzmią podobnie, a wówczas Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za prawidłową.

Końcowo podkreślić należy, iż wszelkie niejasności zapisów SWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji działań Zamawiającego związanych z niedoskonałością konstrukcji dokumentów przetargowych. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać Wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to w ocenie Izby wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Zamawiający i Przystępujący nie wykazali, że oferta Odwołującego jest niezgodna z zapisami SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący: .....