Sygn. akt KIO 1562/22

WYROK

z dnia 4 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez

Linde Gaz Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez

Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Rudzie Śląskiej

przy udziale wykonawcy Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Prawo zamówień publicznych i nakazuje Szpitalowi Miejskiemu w Rudzie Śląskiej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Air Liquide Polska Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Linde Gaz Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Linde Gaz Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej na rzecz Linde Gaz Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą

proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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 1562/22

Zamawiający - Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę gazów medycznych dla Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej sp. z o. o." na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 28 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00139091. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Linde Gaz Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie w zakresie pakietu 1. zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z ostrożności do art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

3. (z ostrożności) art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. prowadzenie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu,

4. (z ostrożności) art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z ostrożności do art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

5. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wybór oferty wykonawcy Air Liquide Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z przepisami ustawy w nawiązaniu do art. 17 ust. 2 i z ostrożności art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. czynność wyboru oferty spółki Air Liquide, w sytuacji, gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia w nawiązaniu do

art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych,

7. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. czynność wyboru oferty spółki Air Liquide w sytuacji, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w nawiązaniu do czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art.15 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 oraz art. 240 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

7. (z ostrożności) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 oraz w zw. art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. wnikliwą czynność Zamawiającego związaną z badaniem i oceną ofert w niniejszym postępowaniu,

2. odrzucenie oferty wykonawcy Air Liquide, ponieważ oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, a Zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm,

3. odrzucenie oferty wykonawcy Air Liquide, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (należy przez to 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),

4. ewentualne wezwanie do ponownego złożenia wyjaśnień złożonych ofert w zakresie oferty

firmy Air Liquide - warunki zamówienia/ opis przedmiotu zamówienia/ wymagania związane z realizacją zamówienia przy niedopuszczalności prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany

w jej treści (dotyczy jednorazowego zaworu wydechowego z ustnikiem, kompatybilnego

z butlą zawierającą gaz medyczny określony w poz. nr 1., ew. dzierżawa zaworu dozującego (nierozbieralnego fabrycznie nowego) z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilny z butlą z poz.1 (3 zawory),

5. i w konsekwencji - uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

6. ewentualne unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

7. zwrot na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do specyfikacji warunków zamówienia oraz w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia postawił wymóg dostarczenia butli z mieszaniną 50% tlen medyczny/50% podtlenek azotu medyczny, posiadających stabilną i jednolitą podstawę (bez żadnych dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów) - odpowiedź z 6 maja 2022 r. oraz zaworu dozującego (dzierżawa) nierozbieralnego, fabrycznie nowego, z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilnym z butlą z poz.1 (3 zawory). Celem Zamawiającego było uzyskanie przedmiotu zamówienia zgodnego z jego potrzebami. Wymagania Zamawiającego odzwierciedlają jego rzeczywiste potrzeby i są takie same dla każdego z wykonawców.

Na podstawie uzyskanego wglądu do oferty oraz protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz wieloletniego doświadczenia i wiedzy na rynku gazów medycznych odwołujący stwierdził, że firma Air Liquide zaoferowała butle o pojemności 11 l z mieszaniną o nazwie własnej Kalinox, wyposażone w podstawę z dodatkowymi kółeczkami, co czyni tę ofertę niezgodną z warunkami zamówienia oraz oczekiwaniami Zamawiającego, zatem podlega ona odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Firma Air Liquide w przedłożonych wyjaśnieniach z 23 maja 2022 r. oraz z 30 maja 2022 r. wyjaśniła, że zaoferowane butle posiadają stabilną i jednolitą podstawę, nie wskazując jednoznacznie, czy są one pozbawione dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów. Takie wyjaśnienia zostały przedstawione jedynie w dodatkowym mailu, stanowiącym coś w rodzaju dodatku do przedłożonym wyjaśnień z 30 maja 2022 r. Dodatkowo dołączyła zdjęcia butli

pozbawionych kółeczek w podstawie (czaszy) butli.

Jednakże Odwołujący posiada również zdjęcia butli 11 l oryginalnie wyposażonych w kółka ułatwiające transport, wbudowane w specjalną plastikową „tuleję" zamontowaną w podstawę butli. Zdjęcia te zostały wykonane w dniu przekazania załączników do protokołu (w tym zdjęć stanowiących część wyjaśnień złożonych przez firmę Air Liquide) Odwołującemu, w siedzibie jednego z zamawiających realizujących umowę na gaz o nazwie Kalinox. Na zdjęciach tych widać jednoznacznie, iż dostarczone tam butle z mieszaniną gazów Kalinox są wyposażone w zamontowane u podstawy butli dodatkowe nasadki/tuleje. Na tych zdjęciach widać również wyraźnie, iż owa „tuleja" jest wykonana z innego materiału niż butla z mieszaniną (najprawdopodobniej rodzaj plastiku), choć, jak widać, stanowi jej integralną cześć, pomimo braku jednolitości materiału i barwy.

Z dołączonej do oferty firmy Air Liquide decyzji o dopuszczeniu do obrotu produktu

leczniczego o nazwie Kalinox wydanej przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wynika jednoznacznie, iż zarejestrowana butla aluminiowa o pojemności 11 l została oznaczona tylko jednym numerem EAN, co stawia pod znakiem zapytania możliwość posiadania w ofercie butli w dwóch opcjach: tzn. z zamontowanymi kółkami i bez takowych kółek. Posiadając wiedzę

na temat butli z mieszaniną Kalinox i jej budowie oraz wyglądzie zewnętrznym przedstawionym na zdjęciach, należy przyjąć, iż mogło w tym przypadku dojść do zdjęcia na potrzeby przedmiotowego postępowania tulei wyposażonej w kółka, stanowiącej integralną cześć zarejestrowanej butli

W takiej sytuacji mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji opisanym w art. 3 i art.15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To z kolei winno prowadzić do odrzucenia oferty firmy Air Liquide, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Firma Air Liquide w swojej ofercie zaoferowała zawór dozujący do mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny o nazwie własnej Ease II, produkcji firmy GCE, który jest rozbieralny, co czyni tę ofertę niezgodną z warunkami zamówienia oraz oczekiwaniami Zamawiającego, zatem podlega ona odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z lektury instrukcji obsługi zaworu dozującego firmy GCE o nazwie własnej Ease II dołączonej jako załącznik do wyjaśnień treści ofert złożonych przez firmę Air Liquide 23 maja 2022 r. wynika jednoznacznie, iż zaoferowany zawór jest niezgodny z warunkami

zamówienia.

Wynika to z następujących fragmentów instrukcji: Cześć 6.2.2: Wyczyść system zgodnie z opisem w Sekcji 7, Część 7: Rozhermetyzować system i odłączyć od zasilania gazem przed czyszczeniem. Zobacz rozstrzelony widok części zaworu dozującego poniżej. Część 7: Rys. 3: Rozłożenie na części EASE II przed czyszczeniem, Część 7.1: Jeśli używany jest filtr, a płyny ustrojowe nie zanieczyszczają zaworu dozującego, wymagane jest jedynie przetarcie zaworu dozującego środkiem dezynfekującym. Usuń brud miękką szmatką zwilżoną wodą z mydłem bez oleju i spłucz czystą wodą. Jeśli zawór dozujący został zanieczyszczony wydzielinami, krwią lub wymiocinami, konieczne jest czyszczenie opisane poniżej. Część 7.1.1: Odkręć zespół portu pacjenta od zaworu dozującego (ryc. A) i wyjmij zespół dysku wdechowego (ryc. B), Część 7.1.2: Zdejmij silikonowe membrany zaworu z portu pacjenta i dysku wdechowego (patrz Rys. C, D). Uważaj, aby nie rozciągnąć ani nie uszkodzić tych części podczas demontażu. Część 7.1.3: Jeśli używany jest filtr antybakteryjny, czyszczenie nie jest konieczne po każdym użyciu. Jednak zalecane. Jeśli zawór dozujący został zanieczyszczony krwią lub wymiocinami, czyszczenie jest konieczne. Postępuj zgodnie z jedną z poniższych procedur czyszczenia zgodnie z własnymi preferencjami. Część 7.2.1: Odkręć zespół portu pacjenta od zaworu dozującego (rys. A) i wyjmij zespół dysku wdechowego (rys. B), Część 7.2.2: Zdejmij silikonowe membrany zaworu z portu pacjenta i dysku wdechowego (patrz rys. C, D).Uważaj, aby nie rozciągnąć ani nie uszkodzić tych części podczas demontażu, Część 7.4.2: Zdejmij zespół portu pacjenta i dysku wdechowego. Patrz rys. 3 powyżej, Część 7.4.3: Podnieś i zdejmij zacisk w kształcie litery U za pomocą małego śrubokręta. Patrz rys. 2 powyżej, Część 7.4.5: Ponowny montaż jest odwrotnością procedury demontażu. Podczas ponownego montażu zacisku U upewnij się, że jest dobrze osadzony, Część 7.4.6: Zamontuj port pacjenta i zespoły dysku wdechowego, Część 7.7.2: Umieść membranę inhalacyjną z powrotem na dysku wdechowym. Upewnij się, że krawędź jest umieszczona nad dyskiem wdechowym,

a litery „THESE WORDS VISIBLE ” są u góry i czytelne - patrz rys. C, Część 7.7.3: Umieścić zespół dysku wdechowego w zaworze dozującym, patrz Rys. B i D, Część 7.7.4: Umieść membranę wydechową w porcie pacjenta, upewniając się, że obrzeże jest skierowane do góry - patrz Rys. D. Część 7.7.5: Przykręcić port pacjenta do zaworu dozującego - patrz rys. A, Część 8.1.3: Następujące elementy również muszą być regularnie sprawdzane pod kątem zużycia i mogą być wymieniane przez użytkownika w razie potrzeby: Dysk wdechowy, Membrana zaworu wdechowego, Port pacjenta, Membrana zaworu wydechowego. UWAGA: Postępuj zgodnie z instrukcjami w rozdziale 7, aby wymienić dysk wdechowy, membranę wdechową, port pacjenta i membranę zaworu wydechowego.

Powyższe fragmenty instrukcji zaworu dozującego „Ease II” potwierdzają jednoznacznie, że konstrukcja oferowanego urządzenia vel zaworu składa się dwóch głównych części - port pacjenta oraz zespołu dysku wdechowego. Obie części podlegają demontażowi, a następnie montażowi w przypadku konieczności czyszczenia całego urządzenia redukcyjno--dozującego. Oznacza to niezbicie, iż zaoferowane przez firmę Air Liquide urządzenie firmy GCE o nazwie własnej „Ease II” przed przeprowadzeniem czynności dezynfekcji (niezależnie od przyczyn, które prowadzą do jej konieczności przeprowadzenia) wymaga uprzedniego rozłożenia zaworu dozującego oraz wyczyszczenia jego elementów składowych, stwarzając potencjalne zagrożenie obniżenia jego wydajności, uszkodzenia oraz związanych z tym kosztów naprawy, oraz przede wszystkim potwierdza, iż jest rozbieralny w zakresie, jakim przewidział to sam producent. Czyni to ofertę niezgodną z warunkami zamówienia oraz oczekiwaniami Zamawiającego.

Dodatkowo w wyjaśnieniach z 23 maja 2022 r. firma Air Liquide sama potwierdziła, iż „zawór dozujący co do zasady nie podlega demontażowi i czyszczeniu, o ile nie doszło do jego kontaminacji”, co jednoznacznie potwierdza fakt, iż oferowany zawór o nazwie „Ease II” może być demontowany i podlegać czyszczeniu, co potwierdza jego rozbieralność i czyni badaną ofertę niezgodną z warunkami zamówienia oraz oczekiwaniami Zamawiającego. Jednocześnie firma Air Liquide nawiązuje do wyroku KIO z 29 czerwca 2018 r., sygn. KIO 1165/18, który potwierdził możliwość jego rozkręcania. Przedmiotem obecnych zarzutów jest sama rozbieralność zaworu, a nie, jak w przypadku cytowanego wyroku, brak konieczności sterylizacji samego zaworu dozującego po każdorazowym użyciu z uwzględnieniem zastosowania filtra antybakteryjnego. Powoływanie się zatem na fragmenty tego wyroku jest chybione, poza faktem potwierdzającym możliwość rozkręcania i ponownego złożenia zaworu dozującego według zaleceń samego producenta zaworu dozującego.
W przedmiotowym postępowaniu wymogiem postawionym przez Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia (zawór dozujący) był tylko i wyłącznie brak rozbieralności zaworu dozującego do podawania mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny. W przypadku, gdyby punkt widzenia Zamawiającego był odmienny, należałoby stwierdzić naruszenie art. 99 ust. 1ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący podkreślił ułomność wyjaśnień firmy Air Liquide w kwestii definitywnego potwierdzenia rozbieralności bądź jej braku oferowanego zaworu dozującego. Wyjaśnienia z 23 maja 2022 r. stawiają więcej pytań niż dają odpowiedzi. Z jednej strony potwierdzają one jako oświadczenie rzekomą „nierozbieralność” zaoferowanego przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym powołaniu się na instrukcję użytkowaniu producenta, jak również wyrok KIO, które jednoznacznie zakładają taką możliwość - tj. rozbieralność zaworu dozującego.

W zaistniałej sytuacji pewnego rodzaju rozwiązaniem wydaje się być ponowne wezwanie firmy Air Liquide do wyjaśnień złożonej oferty w zakresie rozbieralności bądź jej braku zaoferowanego zaworu dozującego. Działanie tego typu pomogłoby Zamawiającemu jednoznacznie ustalić niejasne dla siebie kwestie w zakresie przedstawionej oferty oraz pierwotnych wyjaśnień do momentu, w którym byłby przekonany, że jest w stanie podjąć prawidłową decyzję w sprawie odrzucenia lub nieodrzucenia oferty albo prawidłowo zrozumiał oświadczenie wykonawcy. Czynność opisana w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest z natury czynnością wielokrotną i żaden przepis prawa nie zabraniał Zamawiającemu wezwania do ponownych wyjaśnień treści oferty w zakresie nierozbieralności zaworu dozującego. Ponadto Zamawiający zdawał sobie sprawę z możliwości ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty, skoro skorzystał z tej możliwości w innej spornej kwestii (wezwanie z 27 maja 2022 r.). Ewentualne zaniechanie powtórzenia czynności opisanej powyżej może świadczyć o doprowadzeniu do naruszenia art. 16 oraz art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie przyczynić się do podjęcia błędnej czynności udzielenia zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy - naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opisane fakty, prowadzą do wniosku, że oferta firmy Air Liquide podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a czynności wyboru tej oferty dokonano w sytuacji gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 oraz art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie

Zamawiający, dokonując wyboru oferty Air Liquide bez uprzedniego zwrócenia się do niej o wyjaśnienie w zakresie oferowanego sprzętu jednorazowego do podawania mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny (rozbieralność bądź nierozbieralność zaworu), zaniechał oczywistej w tym przypadku możliwości do ponownego wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, z ostrożności, do art. 17 ust. 3 i art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że, zgodnie z załącznikiem do specyfikacji warunków zamówienia „Formularz ofertowy" w zakresie pakietu nr 1 wymagał: 1) gaz medyczny, sprężony o składzie: Dinitrogenii oxidum 50% + Oxygenium 50% butla: poj. 10 l; 2) dzierżawa zaworu dozującego (nierozbieralnego fabrycznie nowego) z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilnego z butlą z poz.1 (3 zawory).

Zgodnie z rozdziałem V pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych": „W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wykonawcy są zobowiązani do przedstawienia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego." W rozdziale VIII pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia „Opis sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących specyfikacji warunków zamówienia." Wskazał, że stosownie do art. 284 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w postępowaniu stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty. Zamawiający wykorzystał środki przewidziane przez ustawodawcę i określone w specyfikacji warunków zamówienia celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, zachowując tym samym należytą staranność.

W odpowiedzi na złożone zapytania do treści specyfikacji warunków zamówienia, pismem z 6 maja 2022 r., wskazał, że oferowane butle z ww. gazem muszą posiadać stabilną i jednolitą podstawę (bez żadnych dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów).

27 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowane butle o pojemności o pojemności 11 l z mieszaniną o nazwie własnej Kalinox nie posiadają dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów, mocowań, kółeczek, zaczepów.

Tym samym Zamawiający zgodnie z obowiązkami ustawowymi rozpoczął proces wyjaśniania okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w toku w toku postępowania. Ponadto Zamawiający pouczył Przystępującego, iż: wykonawcy obowiązani są składać prawdziwe oświadczenia.

30 maja 2022 r. Zamawiający otrzymał od Przystępującego odpowiedź, w której wykonawca potwierdził, że zaoferowane butle o pojemności 11 l z mieszaniną Kalinox posiadają stabilną i jednolitą podstawę. Jako dowód do powyższych wyjaśnień dołączył zdjęcie butli potwierdzające, że posiada ona płaską powierzchnię podstawy, umożliwiającą styk z podłożem na całej powierzchni podstawy, co gwarantuje jej stabilność. Zdjęcie nie przedstawiało żadnych dodatkowych mocowań, kółeczek, czy zaczepów, które wykluczył Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia. 30 maja 2022 r. Przystępujący uzupełnił odpowiedź przesyłając dodatkowe zdjęcia na potwierdzenie, że zaoferowane butle nie posiadają dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów. Na dodatkowo przedstawionych zdjęciach ponownie zaobserwować można, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego, tzn. nie jest wyposażony w kółka, uchwyty, zaczepy.

Tym samym oferta Przystępującego została złożona prawidłowo i jest zgodna z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, dokonując czynności badania i oceny ofert, nie opierał się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz poddał ocenie również całość oferty i złożone wyjaśnienia, w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący powołuje się na zdjęcia wykonane w siedzibie innego Zamawiającego. Przystępujący wskazuje, że nakładka do butli widoczna na zdjęciach, a posiadająca kółka, stanowi odejmowaną część składową butli, której brak nie uniemożliwia prowadzenia

bezpiecznej i skutecznej terapii produktem znajdującym się w butli lub mógłby zagrozić bezpieczeństwu dla zdrowia i życia personelu Zamawiającego oraz pacjentów. Przystępujący wskazuje, że dodatkowy element wyposażenia butli, będący przedmiotem zarzutu Odwołującego, jest jedynie elementem rekomendowanym przez Przystępującego do transportu butli. Jeżeli Zamawiający wyraził wolę, aby w butli o pojemności 11 l nie został dołączony dodatkowy, odejmowalny element posiadający dodatkowe kółeczka, Przystępujący usunąłby ze wszystkich butli ten plastikowy element. Element widoczny na zdjęciu stanowi zatem dodatkowy - niezwiązany trwale - składnik, który może zostać zaoferowany dla funkcji transportu i polega na umożliwieniu osadzenia butli 11 l na tego rodzaju „wózku". Nie stanowi on jednak integralnej części butli, warunkującej użytkowanie jej. Zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności za to, że oferenci zapewniają produkt również w innej konfiguracji. Jeżeli Zamawiający zażądał wyjaśnień i dokumentów, a Przystępujący przedstawił wyjaśnienia oraz przedstawił stosowny dowód: fotografię produktu, z których wynika, że oferowany produkt odpowiada wymaganiom specyfikacji warunków zamówienia, nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5, 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość oferowania produktów w różnym zestawieniu nie może być traktowane jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień w zakresie zaworu dozującego do mieszaniny 50 % tlen medyczny/ 50 % podltlenek azotu medycznego o nazwie własnej Ease II, produkcji firmy GCE Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego uznać należy za niezasadne, a podniesiony zarzut nie znajduje poparcia w przebiegu postępowania. Odwołujący podniósł też, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu niezgodnie z art. 99 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych przy jednoczesnej możliwości naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po analizie oferty Przystępującego Zamawiający, pismem z 19 maja 2022 r., wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w przedmiocie: czy zawór dozujący do mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny jest nierozbieralny?

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał, że zawór dozujący do mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny jest nierozbieralny, na potwierdzenie czego

załączył instrukcję obsługi, z której wynika, że zawór dozujący nie podlega demontażowi i czyszczeniu. Z instrukcji tej wyraźnie wynika brak możliwości czy konieczności rozbierania zaworu dozującego przy bieżącym i normalnym użytkowaniu butli. Konieczność rozebrania następuje wyłącznie w przypadku kontaminacji zaworu, ale możliwość taka musi zostać zapewniona w środowisku medycznym, co jednak nie świadczy, że zawór jest „rozbieralny". Nie jest to bowiem możliwe do wykonania przez osobę nieposiadającą stosownych możliwości i kwalifikacji. Zatem zaoferowany przez Przystępującego zawór EASE II, zgodnie z dostarczoną przez niego instrukcją obsługi jest nierozbieralny, rozbieralny jest „dysk wdechowy", montowany do zaworu dozującego. Potwierdza to też punkt 7.3. podpunkt 4 instrukcji „Czyszczenie zaworu dozującego", z którego jasno wynika, że poza czyszczeniem zewnętrznym zaworu dozującego, nie czyści się zaworu poprzez rozebranie (rozkręcanie) jego elementów. Na powyższą okoliczność zwrócono uwagę w podobnej sprawie, w uzasadnieniu wyroku KIO 1165/18, w którym KIO stwierdziło jednoznacznie że „każdorazowe jego rozkręcenie, czyszczenie, sterylizacja i ponowne złożenie po każdym użyciu, co jednoznacznie zaleca producent w swojej instrukcji obsługi, stanowi nadinterpretację instrukcji obsługi. Z punktu 6.1. instrukcji obsługi wynika, że: jeśli stosowany jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu".

Zamawiający podziela stanowisko Przystępującego, że stanowisko Odwołującego może świadczyć o nadinterpretacji instrukcji obsługi. Zaoferowany przez Przystępującego zawór EASE II, zgodnie z dostarczoną przez niego instrukcją obsługi jest nierozbieralny, rozbieralny jest dysk wdechowy, demontowany do zaworu dozującego. Potwierdza to też punkt 7.3. podpunkt 4 instrukcji „Czyszczenie zaworu dozującego", z którego jasno wynika, że poza czyszczeniem zewnętrznym zaworu, nie czyści się zaworu poprzez rozebranie

(rozkręcanie) jego elementów.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego ustalenia poczynione w wyroku KIO 1165/18 mają istotne znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Urządzenie Ease II składa się z zaworu na żądanie (korpus) oraz zespołu portu pacjenta z zespołem zaworu wdechowego. W codziennym bieżącym użytkowaniu nie wymaga demontażu i są ze sobą zintegrowane co zapobiega uszkodzeniu i zanieczyszczeniu oraz gwarantuje bezpieczeństwo mikrobiologiczne, zapewnia możliwość dezynfekcji zewnętrznych powierzchni, zgodnie z procedurami szpitalnymi. Bezspornie bowiem użytkowanie sprzętu w warunkach szpitalnych stwarza ryzyko kontaminacji, dlatego też Zamawiający wymagał, a producent przewidział możliwość ingerencji w strukturę urządzenia i dezynfekcji/sterylizacji zgodnie z procedurami szpitalnymi i przeszkolonym personelem. Każdy produkt/ towar dopuszczony do użytku w procedurze udzielenia świadczeń zdrowotnych powinien być zdatny do jego sterylizacji/dezynfekcji ze względu na środki bezpieczeństwa. Zawór jest zabezpieczony przed przypadkową ingerencją osób trzecich. Elementami, które są wymieniane, są jednorazowe ustniki i filtry. Powyższe ustalenia wynikają również z cytowanego wyroku KIO, w którym ustalono: „Zamawiający z kolei w zakresie użytkowania zaworu wymagał zaoferowania zaworu dozującego, który zgodnie z instrukcją obsługi producenta nie wymaga rutynowych konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów. Zdaniem Izby nie ma podstaw, aby kwestionować ustalenia Zamawiającego, że oferowane przez Przystępującego, kompatybilne z zaworem dozującym ustniki i filtry. Ustnik wraz z filtrem jest przypisany do pacjentki.

Twierdzenie Odwołującego, że czynność czyszczenia oferowanego przez Przystępującego urządzenia jest notoryczna, nie znajduje potwierdzenia w świetle zgromadzonej dokumentacji. Ponadto, ze względu na tożsamy skład chemiczny gazów oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, możliwe działania niepożądane są jednakowe. Również twierdzenie Odwołującego, że najpewniejszą metodą bezpiecznego użytkowania urządzenia redukcyjno-dozującego oferowanego przez Przystępującego jest każdorazowe jego rozkręcenie, czyszczenie, sterylizacja i ponowne złożenie po każdym użyciu, co jednoznacznie zaleca producent w swojej instrukcji obsługi, stanowi nadinterpretację instrukcji obsługi. Z punktu 6.1 instrukcji obsługi wynika, że jeśli stosowany jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu. Jednak jest ono zalecane. Filtr antybakteryjny jednorazowego użytku należy wymienić po każdym pacjencie, jeżeli zawór został skażony przez krew lub wymiociny czyszczenie jest konieczne. Konieczność czyszczenia jakiegokolwiek sprzętu lub urządzenia szpitalnego po kontakcie z materiałem biologicznym pochodzącym od pacjenta jest oczywista. Także oferowany przez Odwołującego zawór dozujący podlega procedurze czyszczenia i dezynfekcji, jak również konserwacji.”

Niewątpliwie celem Zamawiającego w trakcie tworzenia specyfikacji warunków zamówienia było uzyskanie przedmiotu zamówienia zgodnego z jego potrzebami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, zapewnienie bezpieczeństwa i wygody pacjentów. Odwołujący słusznie zauważa, że Zamawiający przy jego określeniu kierował się swoją wiedzą i doświadczeniem w trosce o dobro pacjenta, aby zagwarantować mu najlepszą obsługę i wysoki poziom leczenia.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji warunków zamówienia celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji warunków zamówienia wymaganiom. W niniejszym postępowaniu zaś przedmiot zamówienia został opisany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Oferta jest zgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym w niej zawartym. Wobec powyższego Zamawiający, uznał że oferta Przystępującego spełnia warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Air Liquide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w uzasadnieniu oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania.

Przystępujący wskazał, że wnioski Odwołującego są bezzasadne, a twierdzenia nieprawdziwe. Pismem z 19 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w przedmiocie: a) Czy zaoferowane butle o pojemności

11 l z mieszaniną o nazwie własnej Kalinox posiadają stabilną i jednolitą podstawę (bez

dodatkowych mocować, kółeczek, zaczepów). b) Czy zawór dozujący do mieszaniny 50%

tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny jest nierozbieralny. c) Czy zaoferowane jednorazowe elementy niezbędne do podawania mieszaniny 50% tlen medyczny / 50% podtlenek azotu medyczny (ustnik, zawór wydechowy z filtrem lub inny równoważny sprzęt jednorazowy, ewentualnie dopuszczony przez Zamawiającego) są konfekcjonowane w jednym wspólnym opakowaniu a'100 sztuk.

Przystępujący w odpowiedzi, pismem z 23 maja 2022 r., wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego następująco: Ad. a) W odpowiedzi na to pytanie, Wykonawca wyjaśnił Zamawiającemu, że butle o pojemności 11 l z mieszaniną o nazwie własnej Kalinox, będące przedmiotem oferty złożonej przez Przystępującego posiadają stabilną i jednolitą podstawę. Przystępujący rozpatrywał postawione przez Zamawiającego pytanie poprzez ewentualne posiadane przez oferowane butle elementy powodujące niemożliwość przechowywania oraz korzystania z butli w pozycji pionowej, bez stosowania dodatkowych elementów zapewniających stabilność podczas podawania produktu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartych w odwołaniu, zaoferowane przez Przystępującego butle o pojemności 11 l - niestanowiące pierwotnie przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji warunków zamówienia, w których miałby być dostarczany do Zamawiającego gaz medyczny, nie są wyposażone w dodatkowe kółeczka zamontowane u podstawy butli. Zdjęcia pochodzące z materiałów ofertowych, którymi posłużył się Odwołujący w odwołaniu, w istocie przedstawiają butle wraz z założoną u podstawy butli dodatkową nakładką posiadającą kółka, jednak nie jest to element stanowiący nieodejmowaną część składową butli, której brak uniemożliwiłby prowadzenie bezpiecznej i skutecznej terapii produktem znajdującym się w butli lub mógłby zagrozić bezpieczeństwu dla zdrowia i życia personelu Zamawiającego oraz pacjentów. Dodatkowy element wyposażenia butli, będący przedmiotem zarzutu Odwołującego, jest jedynie elementem rekomendowanym przez Przystępującego jako element poprawiający ergonomię podczas transportu butli z jednego miejsca w inne miejsce. W przypadku, gdy Zamawiający wyraziłby wolę aby do butli nie został dołączony dodatkowy, odejmowalny element, posiadający dodatkowe kółeczka, Przystępujący usunąłby ze wszystkich dostarczonych butli dodatkowy element.

Ad. b) Wykonawca wskazał, że zaoferowany Zamawiającemu zawór dozujący do podawania mieszaniny gazu medycznego, posiada całkowicie nierozbieralny korpus (rys. 3 instrukcji Ease II). Ease II składa się z zaworu na żądanie (korpus) oraz zespołu portu pacjenta z zespołem zaworu wydechowego. Jednocześnie Przystępujący podkreślił, iż wszystkie te części składowe w codziennym bieżącym użytkowaniu nie wymagają demontażu i są ze sobą zintegrowane, co zapobiega uszkodzeniu i zanieczyszczeniu oraz gwarantuje bezpieczeństwo mikrobiologiczne, gdyż zapewnia możliwość dezynfekcji zewnętrznych powierzchni, zgodnie z procedurami szpitalnymi. Mając wzgląd na postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności w zakresie wymagań stawianych przez Zamawiającego, Przystępujący doprecyzował, że oferowane przez niego zawory dozujące Ease II są przeznaczone do stosowania w warunkach lecznictwa zamkniętego, tym samym producent zgodnie z planem higieny szpitalnej przewidział możliwość dezynfekcji jego zewnętrznych powierzchni, zgodnie z procedurami szpitalnymi. Mając jednak na uwadze bezpieczeństwo mikrobiologiczne pacjentów fakt, że podczas użytkowania w warunkach szpitalnych między innymi w położnictwie, istnieje ryzyko kontaminacji, producent przewidział możliwość ingerencji w strukturę urządzenia i dezynfekcji/sterylizacji, zgodnie z procedurami szpitalnymi przez przeszkolony, wykwalifikowany personel. Budowa oferowanego zaworu zabezpiecza go przed przypadkowym rozebraniem przez pacjenta, ale daje możliwość dezynfekcji/sterylizacji w przypadku kontaminacji. W takich sytuacjach, to znaczy jeżeli doszło do zanieczyszczenia zaworu dozującego od wewnątrz, a normalne czyszczenie nie jest skuteczne, rekomendowanym przez producenta jest, aby zawór został odesłany do serwisu celem ingerencji w strukturę zaworu przez wykwalifikowanych techników posiadających stosowne uprawnienia. Zawór jest wymieniany bez ponoszenia przez Zamawiających dodatkowych kosztów. Ponadto zawór jest zabezpieczony przed przypadkową ingerencją osób trzecich, tym samym, można stwierdzić, że jest jednoelementowy i nierozbieralny. Elementami podlegającymi wymianie są jednorazowe wyroby medyczne tj. ustniki i filtry.

W związku ze złożonymi przez Przystępującego wyjaśnieniami Zamawiający, pismem z 27 maja 2022 r., poprosił o ich doprecyzowanie w zakresie, czy zaoferowane butle o pojemności 11 l z mieszaniną o nazwie własnej Kalinox nie posiadają dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów, gdyż z wiedzy Zamawiającego wynika, że butla 11 l jest oryginalnie wyposażona w kółka ułatwiające transport. W odpowiedzi Przystępujący potwierdził, iż oferowane butle posiadają stabilną i jednolitą podstawę, na dowód czego załączył do pisma zdjęcia butli, z których jednoznacznie wynika, że butla nie posiada przymocowanych na stałe elementów dodatkowych, wyposażonych w kółeczka. Następnie, 30 maja 2022 r., Przystępujący, tytułem uzupełnienia odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego z 27 maja 2022 r., dołączył dodatkowe zdjęcia przedstawiające butle bez podstawy zawierającej dodatkowe kółeczka, których omyłkowo pierwotnie nie dołączył. Odwołujący w odwołaniu posłużył się zdjęciami dostarczonymi Zamawiającemu przez Przystępującego, z których jednoznacznie wynika, że będący zarzutem Odwołującego plastikowy element u podstawy butli zawierający dodatkowe kółeczka jest elementem odejmowalnym i brak tego elementu nie wpływa na stabilność butli oraz, że ma ona charakter jednolity. Dodatkowy element wyposażenia butli, będący przedmiotem zarzutu Odwołującego, jest jedynie elementem rekomendowanym przez Przystępującego jako element poprawiający ergonomię podczas transportu butli, stąd materiały katalogowe przedstawiają butlę o pojemności 11 l z podstawą zawierającą dodatkowe kółeczka. Jednakże w przypadku, gdy Zamawiający wyraził wolę, aby do butli nie został dołączony dodatkowy element, Przystępujący usunąłby go ze wszystkich dostarczonych butli.

Treść powyższej korespondencji nie stanowi prowadzenia negocjacji, lecz składanie wyjaśnień co do wątpliwości Zamawiającego pojawiających się w toku trwania procedury przetargowej, do składania zapytań, zwłaszcza w kwestiach technicznych istotnych dla udzielania przez Zamawiającego świadczeń zdrowotnych, które nie są prawem zabronione, a wręcz przeciwnie, stanowią o dochowaniu przez Zamawiającego należytej staranności w postępowaniu.

W przypadku stosowania przez Zamawiającego oferowanego przez Przystępującego zawrotu EASE II nie ma podstaw do twierdzenia, że jest on rozbieralny i umożliwiałby przypadkową ingerencję w strukturę zaworu dozującego, tym samym oferowany przez Przystępującego zawór Ease II spełniał wymogi określone w specyfikacji warunków zamówienia. Przystępujący w toku wyjaśnień wprost określił, że budowa oferowanego zaworu zabezpiecza go również przed przypadkową ingerencją osób trzecich, ale daje możliwość dezynfekcji lub sterylizacji w przypadku kontaminacji zgodnie z procedurami i nie stanowi to w żaden sposób uchybienia wymaganiom stawianym w specyfikacji warunków zamówienia, gdyż każdy produkt/towar dopuszczony do użytku w procedurze udzielania świadczeń zdrowotnych powinien być zdatny do jego sterylizacji/dezynfekcji ze względu na środki bezpieczeństwa.

Zdaniem Przystępującego nieuzasadnione i nie poparte żadnymi środkami dowodowymi pozostają twierdzenia Odwołującego, jakoby wybór oferty Przystępującego doprowadził do wyboru oferty niezgodnej z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych, specyfikacji warunków zamówienia oraz oczekiwaniami Zamawiającego.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu uznał, iż w specyfikacji warunków zamówienia wymagane od wykonawców dokumenty w pełni umożliwiają mu ocenę produktu w zakresie ustanowionych warunków przedmiotowych zamówienia. Nie uchybia to jednoczesnemu zwróceniu się do wykonawcy z zapytaniem dotyczącym przedmiotu zamówienia. Przystępujący wypełnił dyspozycję ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wymogów specyfikacji warunków zamówienia wyjaśniając w pismach z 23 i 30 maja 2022 r. zarówno, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie do podawania mieszaniny wyposażone jest w zawór wydechowy jednorazowego użycia lub w zawór wydechowy bez konieczności jego demontażu i dezynfekcji lub sterylizacji po każdorazowym użyciu, oraz że przedmiotem oferty Przystępującego jest urządzenie, które zgodnie z zasadami jego bieżącego użytkowania i konserwacji (zawartymi w instrukcji obsługi producenta) nie wymaga ingerencji w strukturę urządzenia polegającą na jego rozłożeniu na części.

Oferta Przystępującego była zgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia i nie podlegała odrzuceniu. Zarzuty Odwołującego mają charakter techniczny i odnoszą się do sposobu działania urządzenia oferowanego przez Przystępującego, zasadny pozostaje wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (czynności Zamawiającego i Przystępującego), treść specyfikacji warunków zamówienia, jej wyjaśnień, treść oferty Przystępującego oraz innych złożonych przez niego

dokumentów, zwłaszcza wyjaśnień treści oferty, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Został on opisany powyżej, zatem nie będzie powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism, dokumentów oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 17 ust. 2 i art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w nawiązaniu do art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 240 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 17 ust.2 oraz w zw. art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do powyższego Izba zauważa przede wszystkim, że formułowanie przez odwołującego zarzutów dotyczących czynności zamawiającego nie może sprowadzać się do przywołania jak największej liczby przepisów, tylko do konkretnie stwierdzonych uchybień oraz uzasadnienia, dlaczego w ocenie odwołującego owymi uchybieniami są.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego w niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że

Odwołujący w istocie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu

na to, że nie spełniła ona wymagań zawartych w specyfikacji warunków zamówienia

dotyczących, po pierwsze, dostarczenia butli z mieszaniną 50% tlen medyczny/50% podtlenek azotu medyczny, posiadających stabilną i jednolitą podstawę (bez żadnych dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów) - w zakresie posiadania stabilnej i jednolitej podstawy (bez dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów) oraz, po drugie, zaworu dozującego nierozbieralnego, fabrycznie nowego, z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilnego z butlą z poz.1 (3 zawory) - w zakresie jego nierozbieralności.

Każda z owych niezgodności z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego dotyczący zaoferowania butli 11 l nieposiadających stabilnej i jednolitej podstawy (bez dodatkowych mocowań, kółeczek, zaczepów) nie potwierdził się, natomiast zarzut zaoferowania zaworu dozującego, który nie ma cechy nierozbieralności potwierdził się, tym samym oferta (złożona dla pakietu nr 1) podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z treści specyfikacji warunków zamówienia, załącznik nr 1 - formularz ofertowy, w ramach pakietu nr 1 Zamawiający wymagał zaoferowana „zestawu”: 1. gaz medyczny, sprężony o składzie Dinitrogenii oxidum 50% + Oxygenium 50% butla: poj. 10 l, 2. dzierżawa butli 10 l zawierającej gaz medyczny określony w poz. nr 1 (3 butle + 1 na wymianę), 3. dzierżawa zaworu dozującego (nierozbieralnego fabrycznie nowego) z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilny z butlą z poz.1 (3 zawory), 4. dzierżawa wózka kompatybilnego z butlą z poz. nr 1 (3 sztuki w roku), 5. jednorazowy zawór wydechowy z ustnikiem, kompatybilny z butlą zawierającą gaz medyczny określony w poz. nr 1, jednoelementowy, nierozkręcalny tzn. nie posiadający żadnych elementów, które pacjent może samowolnie usunąć i stworzyć dla siebie potencjalne zagrożenie, mogące skutkować ryzykiem powstania nieszczelności całego układu do podawania mieszaniny.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępującego oraz udzielonymi w trakcie postępowania przez Przystępującego Zamawiającemu wyjaśnianiami treści oferty, w tym zdjęciami, dokumentami okazanymi podczas rozprawy oraz po okazaniu przez Przystępującego podstawy butli opisanej przez Odwołującego w odwołaniu Izba stwierdziła, że w jej opinii Przystępujący zaoferował butlę posiadającą stabilną i jednolitą podstawę, bez dodatkowych kółeczek.

Jak jednogłośnie przyznały Strony i Przystępujący, wszystkie oferowane butle na gazy konstruowane są według tej samej zasady i stanowią metalowe pojemniki o cylindrycznym kształcie. Tak też została skonstruowana butla zaoferowana przez Przystępującego. Natomiast wskazywane przez Odwołującego kółka, to nic innego jak podstawa, na której można postawić butlę, a która nie jest elementem samej butli. Jest to ewidentnie widoczne zarówno na przedstawianych Zamawiającemu i Izbie zdjęciach (podstawa typu „pajączek", tj. klasyczne metalowe ramiona z dużymi kółkami), jak i w ramach okazanej podczas rozprawy podstawy silikonowej (z małymi kółkami typu walizkowego).

Należy zauważyć, że sytuowanie i przewożenie butli na podstawach nie jest niczym wyjątkowym - sam Zamawiający zamawia wózki kompatybilne z butlami do ich transportu - a fakt, że butlę można na takiej podstawie usytuować, nie oznacza, że automatycznie staje się ona częścią składową butli. Przykładowo Zamawiający oba przedmioty ujął w różnych pozycjach tabeli zawartej w formularzu ofertowym - akurat wymagając wózków, ale równie dobrze jego wymóg mógł dotyczyć również mniejszych podstaw.

Trudno również w zaoferowaniu powyższego przedmiotu doszukać się czynu nieuczciwej

konkurencji.

Stwierdzenie powyższe jest tak oczywiste, że nawet trudno w tym zakresie znaleźć szerszą argumentację, a sam zarzut Odwołującego w tym zakresie jest niezrozumiały.

Podobnie po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępującego oraz udzielonymi w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia przez Przystępującego Zamawiającemu wyjaśnianiami treści oferty, dokumentami okazanymi podczas rozprawy, w tym instrukcją użytkowania oraz po okazaniu przez Przystępującego i Odwołującego oferowanego zaworu dozującego Izba stwierdziła, że w jej opinii Przystępujący zaoferował zawór dozujący ewidentnie nie posiadający cechy nierozbieralności.

Po okazaniu oferowanego urządzenia Izba stwierdziła, że przystosowane jest ono do rozkręcania, a po rozkręceniu składa się z kilku części (Izba nie wliczała jednorazowego

zaworu wydechowego z ustnikiem wskazanego w poz. 5).

Izba w najmniejszym stopniu nie uznała za przekonujące twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że mianem „zaworu dozującego" w specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający określił jedynie wewnętrzną część urządzenia, którą można by nazwać „zaworem właściwym", a nie całe urządzenie, które Zamawiający wymijająco nazywał w odpowiedzi „urządzeniem Ease II" wskazując, że składa się ono z zaworu na żądanie (korpusu) oraz zespołu portu pacjenta z zespołem zaworu wdechowego.

Powyższe twierdzenie w oczywisty sposób nie pokrywa się zarówno z samym brzmieniem wymogu: dzierżawa zaworu dozującego (nierozbieralnego fabrycznie nowego) z drenem gumowym o długości 3 m, kompatybilny z butlą z poz.1 (3 zawory). Słusznie bowiem zauważył Odwołujący, że Zamawiający w postępowaniu zamawiał całe urządzenie, a nie jedynie sam jego środek, który samodzielnie nie pełni żadnej funkcji i nie nadaje się od obsługi pacjenta. Nie jest także w stanie spełnić wymogu kompatybilności z butlą, czy połączenia z drenem gumowym, jak też jednorazowymi ustnikami - do tego niezbędna jest reszta urządzenia. Natomiast owej reszty urządzenia Zamawiający nie zamawiał w innych pozycjach tabeli zawartej w formularzu ofertowym. Zaś bez kompletnego urządzenia do podawania gazów, umożliwiającego jego aplikację pacjentowi, reszta zamawianego w pakiecie zestawu jest kompletnie bezużyteczna. Trudno więc uznać, by taki był cel Zamawiającego.

Poza tym, o ile z logicznego punktu widzenia zrozumiały jest wymóg, aby nierozbieralna była część urządzenia znajdująca się na zewnątrz (stanowiąca „obudowę" lub jej część) - aby uniknąć celowego lub przypadkowego jej rozkręcenia przez pacjenta, osoby odwiedzające czy personel, jego zabrudzenia, uszkodzenia lub zagubienia części, którą można odłączyć (portu pacjenta) - bowiem w takim przypadku nie można byłoby podać pacjentowi gazu bez podłączenia nowego urządzenia lub jego zagubionej części, to w zasadzie trudno sobie wyobrazić, dlaczego miałoby to być istotne i uzasadnione w przypadku części wewnętrznej, do której w normalnych warunkach (bez rozebrania urządzenia) brak dostępu. Zamawiający

takiego wyjaśnienia też nie podał. Nawet można uznać, że jest to mniej funkcjonalne przy zanieczyszczeniu lub uszkodzeniu wnętrza urządzenia.

Także w instrukcji urządzenia Ease II jest ono - jako całe urządzenie - nazwane zaworem dozującym i trudno uznać, że jest to jedynie jednostkowa nomenklatura używana przez właśnie tego jednego jedynego producenta na rynku, a powszechna praktyka jest odmienna, a już z pewnością nie zostało to dowiedzione.

Również w tym wypadku stwierdzenie powyższe jest oczywiste, a stanowisko Zamawiającego niezrozumiałe.

Nie ma też żadnych podstaw do żądania od Przystępującego dodatkowych wyjaśnień treści oferty, a wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu są wystraczające do dokonania oceny jego oferty.

Co do stwierdzenia, że również zawór dozujący Odwołującego jest rozbieralny - Izba nie rozpatrywała powyższego, gdyż nie było to przedmiotem zarzutu i nie ma znaczenia dla sprawy. Kwestię tę Zamawiający musi ocenić we własnym zakresie. Natomiast - na marginesie i poza kwestia nierozbieralności - Izba zauważyła, że z praktycznego punktu widzenia użytkownika oba urządzenia różnią się tym, że w przypadku zdjęcia silikonowej nasadki z zaworu Odwołującego wciąż pozostaje ona połączona z urządzeniem, natomiast w urządzeniu Przystępującego odkręcone części łatwo zagubić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - przez które należy rozumieć w szczególności specyfikację warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu potwierdziło się, ze oferta Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia w zakresie wymagań postawionych w stosunku do zaworu dozującego, zatem podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części koszty ponosi odwołujący i zamawiający, w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Zgodnie z § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący postawił szereg zarzutów, z których Izba uwzględniła jedynie jeden, i to nie

w całości, natomiast była to część znacząca dla wyniku postępowania. W związku z powyższym Izba uznała za odpowiednie podzielenie kosztów postępowania odwoławczego równo pomiędzy Strony uwzględniając, że Odwołujący nie złożył wniosku dotyczącego kosztów, o których mowa w § 5 rozrządzenia, a Zamawiający taki wniosek złożył.

Przewodniczący:.....