Sygn. akt: KIO 2778/22

WYROK

z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 października 2022 roku przez odwołującego Skamex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie, przy udziale wykonawcy ZARYS International Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Zabrzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 6 oferty złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Zabrzu, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty ZARYS International Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Zabrzu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża ZARYS International Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Zabrzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Skamex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Skamex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. Zasądza od ZARYS International Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Zabrzu na rzecz Skamex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Skamex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), 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 2778/22

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa jednorazowych wyrobów anestezjologicznych", znak sprawy: ZP/220/44/22.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 107-296155.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710).

W postępowaniu tym Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący") złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 6.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 104 - 107 ustawy Pzp przez bezpodstawne

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Zarys International Group

SP. z o.o. Sp.K. (dalej „Przystęujący") w zakresie pakietu nr 6,

2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z

zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę oferty Przystępującego oraz odrzucenie oferty Przystępującego w zakresie pakietu nr 6.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania. Odwołujący złożył przy tym ofertę spełniającą wymagania Zamawiającego opisane w SWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawiony oraz bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Zarys w zakresie pakietu nr 6, w którym oferta Odwołującego mogła

zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że Zamawiający, czyniąc wbrew przepisom ustawy (w szczególności naruszając zasadę równego traktowania), nie dokonał badania ofert w sposób określony w SWZ. Odwołujący podniósł, że ta czynność Zamawiającego stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ prowadzi de facto do nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący następnie wyjaśnił, że przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakres pakietu nr 6 (którego dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci worka do godzinowej zbiórki moczu. Zgodnie z OPZ, Zamawiający wymagał:

6: Worek do godzinowej zbiórki moczu

L.P.	FUNKCJA TARAMI TR	TAK/NIE
1	Sterylny, zamknięty system do godzinowej zbiórki moczu.	TAK
2	Z płaskim portem bezigłowym.	TAK
3	Dwie zastawki antyzwrotne w tym w łączniku do cewnika foley.	TAK
4	Minimum dwa wentylacyjne, hydrofobowe filtry antybakteryjne.	TAK
5	Dwuświattowy dren odprowadzający zabezpieczony spiralą antyzlamaniową o długości 1 lOcm.	TAK
6	Worek 2000ml, skalowany co lOOml z kranikiem spustowym typu T mocowanym ku górze w otwartej zakładce.	TAK
7	Komora pomiarowa 500ml nad workiem z poziomą dźwignią 90 stopni pozwalającą na opróżnienie bez konieczności manewrowania komorą	TAK
8	Ze skalą linearną, skalowanie wydzielonej komory' kroplowej Pasteur[7] a co lml, komory' pomiarowej od 40ml do 90ml co 5ml i od 90ml do 500ml co lOml.	TAK
9	Możliwość podwieszenia zestawu na minimum trzy' niezależne sposoby.	TAK
10	Na każdym opakowaniu: producent, nazwa, nr katalogowy, nr serii, data w[r]ażności.	TAK
11	Opisy w języku polskim.	TAK
12	W opakowaniu zbiorczym maksymalnie 20 sztuk.	TAK
13	Wymagane próbki - 3 sztuki.	załączyć

Odwołujący wskazał, że na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił

następujące parametry: „(...) zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (liniowo co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml).

Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki - w worku oraz w łączniku do cewnika Foley'a. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z klamrą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących (■■■)".

Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował w pakiecie nr 6 zamknięty system do pomiaru diurezy URIMETER 500 PLUS SAFETY o numerze katalogowym 227 1030 1, którego producentem jest firma Bicakcilar. Zdaniem Odwołującego zaoferowany produkt jest niezgodny z pierwotnymi zapisami SWZ, a także parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań. Odwołujący wskazał, że zaoferowany produkt nie posiada bezigłowego portu, lecz posiada port igłowy. Parametr ten opisany był w pierwotnych zapisach SWZ, a także w dopuszczeniu firmy Zarys. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dysponował próbkami oferowanego wyrobu i winien z należytą starannością zweryfikować tę kwestię. Odwołujący wskazał również, że Przystępujący składając ofertę zadeklarował, że port do pobierania próbek jest płaski. Taki był też wymóg stawiany w SWZ, Odwołujący wskazał, że w pytaniu dopuszczającym opisującym parametry oferowanego wyrobu Przystępując nie odniósł się do tej kwestii, zatem pierwotny wymóg SWZ nie uległ modyfikacji. Port do pobierania próbek zaoferowanego wyrobu nie jest płaski, lecz znacznie zagłębiony. Odwołujący argumentował, że Przystępujący w załączniku 2A Parametry Wymagane składając ofertę potwierdził zatem nieprawdę, że zestaw do godzinowej zbiórki moczu o numerze katalogowym 227 1030 1 posiada bezigłowy płaski port.

Na potwierdzenie niezgodności Odwołujący załączył zdjęcie portu z zestawu do godzinowej zbiórki moczu, którego producentem jest Bicakcilar, z czego wywiódł, że tym samym, treść oferty złożonej przez Przystępującego odnośnie pakietu 6 nie odpowiada treści SWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący argumentował, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że przez warunki zamówienia 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. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji. (Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 6, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy Pzp zawarte odpowiednio w art. 16 pkt 1 i 2 oraz 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 107 ust. 2, gdzie ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach ustawy Pzp oraz odpowiednio zapisach SWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie, a w szczególności poprzez czynność zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący wskazał też, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner A.D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

W złożonej pismem z 26 października 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie.

Wraz ze zgłoszonym 27 października 2022 r. przystąpieniu do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego, Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Przystąpienie zostało zgłoszone skutecznie.

Przedmiotowa sprawa odwoławcza została rozpoznana na skutek zgłoszonego przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie SWZ Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie toczy się z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2A do SWZ.

Wraz z ofertą należało złożyć m.in. przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w rozdziale XIX SWZ.

Jak wynika z rozdziału XIX SWZ wykonawca wraz z ofertą miał złożyć następujące przedmiotowe środki dowodowe, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia:

„a) oświadczenie (zał. 4 do SWZ) o dopuszczeniu oferowanych wyrobów do obrotu i używania na terytorium RP - zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U.2020.186 t.j. z dnia 2020.02.06, dalej „UoWM");

b) dokumenty w postaci katalogów (kart katalogowych), ulotek, broszur lub innych dokumentów, określane dalej jako „materiały informacyjne producenta", potwierdzające, że oferowane wyroby i sprzęt posiadają parametry i właściwości określone w SWZ i załącznikach do SWZ - z wyraźnym zaznaczeniem, których pozycji dotyczą; że oferowane wyroby i sprzęt posiadają parametry i właściwości określone w SIWZ i załącznikach do SIWZ

- z wyraźnym zaznaczeniem, których pozycji dotyczą;

Uwaga:

- materiały te winny zawierać co najmniej wskazanie producenta oraz nazwy wyrobu wraz z numerem katalogowym, jeśli wyrób go posiada oraz fotografię lub inną formą graficzną przedstawiającą wyrób;

- zamawiający dopuszcza, by materiały informacyjne, o których mowa powyżej były wystawione przez producenta oferowanego wyrobu bądź jego autoryzowanego przedstawiciela (w rozumieniu „UoWM") bądź przez dystrybutora;

- jeśli w materiałach informacyjnych nie będzie wyszczególnionych powyżej informacji o wyrobie, zamawiający dopuszcza złożenie oświadczenia zawierającego wymagane informacje - oświadczenie winno być wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela (w rozumieniu „UoWM");

- zamawiający nie dopuszcza wystawienia przez dystrybutora oświadczenia, o którym mowa powyżej.

c) próbki oferowanych wyrobów w ilościach wskazanych w załączniku nr 2A (Opis

przedmiotu zamówienia) dla każdego z zadań

Uwaga:

Złożone próbki winny być identyczne z przeznaczonymi do późniejszej sprzedaży, oryginalnie zapakowane, opisane w sposób pozwalający na jednoznaczne ustalenie, której oferty dotyczą (nazwa wykonawcy / numer zadania i pozycji, której dotyczą). Próbki zostaną sprawdzone w toku badania i oceny ofert w formule „spełnia / nie spełnia" pod kątem zgodności oferowanego wyrobu z wymogami, określonymi w SWZ.

Kwestię zwrotu próbek reguluje art. 77 PZP, przy czym zamawiający zastrzega, że zwrotowi nie będą podlegały próbki:

- złożone przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na to, że będą stanowić załączniki do umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- które z uwagi na swój charakter (np. przeznaczenie do jednorazowego użycia) nie nadają się do zwrotu po poddaniu ich badaniu,

- stanowiące część zawartości opakowania zbiorczego, jeśli zamawiający jako próbki żądał takiego opakowania lub jeśli opakowanie zbiorcze wyrobu stanowi jednostkę miary wyrobu stanowiącego przedmiot zamówienia, określoną w SWZ i załącznikach do SWZ.

Koszt zwrotu próbki w okolicznościach, o których mowa w art. 77 ust. 1 i 2 PZP ponosi

wykonawca, w art. 77 ust. 3 - zamawiający."

Zamawiający dwukrotnie udzielał wyjaśnień do treści SWZ, tj. pismami z 5 lipca 2022 r. i z 6 lipca 2022 r.

Pismem z 5 lipca 2022 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące pakietu nr 6 poz. 1: „Czy Zamawiający dopuści zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (liniowo co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki - w worku oraz w łączniku do cewnika Foley'a. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z klamrą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących?" udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza."

Do upływu składania ofert w ramach Pakietu nr 6 oferty złożyło 3 wykonawców:

1) Teleflex Polska Sp. z o.o. - oferta odrzucona na podstawie 226 ust 1 pkt 5 PZP ponieważ jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia,

2) Odwołujący - drugie miejsce w rankingu ofert,

3) Przystępujący - oferta wybrana 11 października 2022 r. jako najkorzystniejsza.

Na podstawie treści oferty Przystępującego Izba ustaliła, że zaoferował on w Pakiecie

nr 6 Worek do godzinowej zbiórki moczu producenta BICAKCILAR, o nazwie „Zamknięty system do pomiaru diurezy URIMETER 500 PLUS SAFETY” i o numerze katalogowym 227_1030_1. Do oferty została załączona ulotka opracowana przez Przystępującego jako dystrybutora na podstawie materiałów marketingowych firmy: Bicakcilar Tibbi Cihazlar Sanayi ve Ticaret A.S., Turcja. Do oferty zostały załączone również próbki oferowanego produktu.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, podniesionych w treści zarzutu przez Odwołującego oraz będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

art. 104 ustawy Pzp

1. W przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, zamawiający, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami, może w opisie przedmiotu zamówienia, opisie kryteriów oceny ofert lub w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia żądać od wykonawcy określonej etykiety, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1) wymagania etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;

2) wymagania etykiety są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;

3) wymagania etykiety są opracowywane i przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;

4) etykiety oraz wymagania etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;

5) wymagania etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.

2. Przez etykietę, o której mowa w ust. 1, należy rozumieć każdy dokument, w tym zaświadczenie lub poświadczenie, który potwierdza, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają wymagania konieczne do uzyskania etykiety.

3. W przypadku gdy zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniały wszystkie wymagania etykiety, wskazuje mające zastosowanie wymagania etykiety.

4. Jeżeli wymagana jest określona etykieta, zamawiający akceptuje wszystkie etykiety potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania określonej przez zamawiającego etykiety.

5. W przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie, przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że

roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.

6. Jeżeli dana etykieta, która spełnia warunki określone w ust. 1 pkt 2-5, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może żądać tej etykiety. W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań etykiety lub, w razie potrzeby, do tych jej części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

art. 105 ustawy Pzp

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

art. 106 ustawy Pzp

1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

art. 107 ustawy Pzp

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo

złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Istota sporu sprowadzała się do oceny, czy zaoferowany przez Przystępującego w Pakiecie nr 6 worek do godzinowej zbiórki moczu spełnia wymóg opisany w załączniku 2A do SWZ poz. 2 tj. „z płaskim portem bezigłowym". W tym miejscu odnotowania wymaga, że nie jest sporne, że wymóg ten nie został zmodyfikowany przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał w treści zarzutu, że zaoferowany przez Przystępującego worek nie posiada płaskiego portu do pobierania próbek, ponieważ port ten ma zagłębienie. Podczas rozprawy Odwołujący okazał worek, który zaoferował i wyjaśnił dlaczego jego worek spełnia wymóg płaskiego portu. Konstrukcja portu jest taka, że membrana mimo jej zabezpieczenia nie znajduje się w zagłębieniu, lecz razem z tym zabezpieczeniem jest płaska. Przystępujący podejmując próbę obrony swojej oferty wyjaśnił natomiast, że port to silikonowa membrana umożliwiająca pobranie próbki przez wprowadzenie stożka strzykawki. Przystępujący wyjaśnił też, że są dwa rodzaje portów, tj. niezabezpieczona płaska membrana oraz membrana zabezpieczona kołnierzem. Zatem wystająca zagłębiona część tworząca lejek w produkcie zaoferowanym przez Przystępującego to kołnierz, natomiast sama silikonowa membrana jest płaska dlatego uważa, że wymóg został spełniony.

W ocenie Izby stanowisko Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. Oględziny załączonej do oferty próbki wykazały, że miejsce poboru próbek posiada znaczne zagłębienie w kształcie lejka, na dnie którego dopiero znajduje się silikonowa membrana, zatem w ocenie Izby nie można zgodzić się aby został spełniony wymóg zaoferowania portu płaskiego. Zaoferowane przez obu wykonawców produkty różnią się pod tym względem konstrukcją i nie byłoby zasadne twierdzić, że oba posiadają płaski port. Stanowisko Przystępującego co do tego, że za port należy uważać tylko silikonową membranę nie przekonało Izby. Jak wskazał Odwołujący nawet w ulotce załączonej do oferty na rysunku jako port poboru próbki została wskazana cała konstrukcja tj. zarówno kołnierz jak i znajdująca się w środku membrana, a podniesiony przez Przystępującego argument, że rysunek ten jest poglądowy i na pewnym poziomie ogólności, przeczy twierdzeniu o tym że wyróżnia się porty do poboru próbki gdzie silikonowa membrana jest zabezpieczona kołnierzem. Skoro kołnierz zabezpiecza membranę, to jest w ocenie Izby elementem budowy portu do poboru próbki. Zaoferowany przez Przystępującego produkt ma w tym miejscu znaczne zagłębienie, wobec czego w ocenie Izby ten zakres zarzutu potwierdził się.

Druga część zarzutu sprowadzała się do twierdzenia, że port do pobierania próbek w zaoferowanym przez Przystępującego worku nie jest portem bezigłowym. Twierdzenie to Odwołujący próbował wykazać po pierwsze demonstrując podczas rozprawy, że samą strzykawką nie jest możliwe pobranie próbki z worka zaoferowanego przez Przystępującego, ponieważ tworzy się efekt próżni i tłok strzykawki jest zasysany z powrotem. Po drugie Odwołujący wyjaśnił, że producent, którego worek Przystępujący zaoferował wyróżnia w swojej ofercie worki z portem igłowym i z portem bezigłowym. I daje temu wyraz w ich oznaczeniu. Worek o nr 227 1030 1 URIMETER 500 PLUS SAFETY, który został zaoferowany przez Przystępującego nie został przez producenta oznaczony jako bezigłowy, podczas gdy worek nr 277 1023 1 i oznaczony jako UNIMETER 500 PLUS - NEEDLESS SAMPLE - CHECK VALVE jest workiem z portem bezigłowym, co wynika z użycia w oznaczeniu słowa „needles". Przystępujący do powyższego stanowiska Odwołującego nie odniósł się, ani nie podjął również żadnej innej próby obrony swojej oferty, w tym nie argumentował aby Odwołujący błędnie demonstrował sposób pobierania próbki, pozostawiając tę kwestię do oceny Izby.

W tym miejscu Izba przypomina, że postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza że strony w ramach toczącego się miedzy nimi sporu na poparcie swoich stanowisk przedstawiają twierdzenia i dowody, które następnie podlegają ocenie przez Izbę. Jak bowiem wprost stanowi art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Natomiast zgodnie z treścią art. 533 ust. 2 ustawy Pzp gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. Izba wskazuje, że w treści oferty, w tym w załączonym przedmiotowym środku dowodowym sporządzonym przez Przystępującego jako dystrybutora, nie znajduje się potwierdzenie że został zaoferowany port bezigłowy. Izba nie stwierdziła aby w treści oferty znajdowało się jakiekolwiek oświadczenie producenta potwierdzające ten wymóg. Zatem okoliczność ta podlegała ocenie tylko na podstawie załączonej do oferty próbki. Mając na uwadze powyższe, a także wobec zaniechania przez Przystępującego podjęcia jakiejkolwiek próby obrony swojej oferty co do zarzutu w zakresie niezaoferowania portu bezigłowego oraz uwzględniając zgormadzony materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego, z którym Przystępujący nie podjął polemiki, Izba uznała, że również w tym zakresie odwołanie było zasadne.

Konsekwencją stwierdzenia zasadności zarzutów odwołania było jego uwzględnienie przez Izbę oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) oraz § 7 ust. 2 pkt 2) związku z § 2 ust. 1 pkt 2 oraz §5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....