Sygn. akt: KIO 2929/22

WYROK

z dnia 22 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę „Gespar" G. P., M. S. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Matuszewska 14, 03-876 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, ul. Prądnicka 35-37, 31-202 Kraków

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum:

Citronet - Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą lidera w Krakowie, ul. Gromadzka 52, 30-719 Kraków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie w pakiecie nr 1: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Miejskiego Specjalistycznego im. Gabriela Narutowicza w Krakowie na rzecz „Gespar" G. P., M. S.Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 2929/22

U z a s a d n i e n i e

Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa materiałów opatrunkowych", numer referencyjny: ZP14212022. Zamówienie zostało podzielone na pięć pakietów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 14 września 2022 roku nr 20221BZP 00346583/01

W dniu 2 listopada 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Citonet-Kraków Sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy GESPAR" - G. P., M. S. - Spółka Jawna (dalej: „Odwołujący"), który wniósł odwołanie wobec tej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 253 ust. 1. pkt 2, art. 16 ust. 1 pkt 2, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 17 ust. 2 i art. 239 Pzp poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, a zatem przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, odrzucenie jego oferty, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzutu dotyczące pakietu nr 1 Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3) powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego,

4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę w postępowaniu m.in. w pakiecie nr 1 - Pieluchomajtki (trzy pozycje asortymentowe). W postępowaniu na pakiet nr 1 złożono dwie oferty. W pkt 18 SWZ Zamawiający wymienił kryteria oceny ofert i ich wagi. Kryterium Cena przyznał 80 %, a kryterium Okres gwarancji / Termin ważności 20%. W Załączniku nr 1 do SWZ, którym jest tabela asortymentowo cenowa Zamawiający zamieścił opis przedmiotu zamówienia. Dla każdego z trzech rozmiarów (M, L, XL) opis poza obwodem określając: „Pieluchomajtki dla dorosłych - posiadające wkład chłonny o anatomicznym kształcie, miękkie i zagięte zakładki boczne zabezpieczające przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz. Posiadające wskaźnik wilgotności oraz przylepcorzepy wielokrotnego użytku. Posiadające system odprowadzania - rozprowadzania wilgoci, paroprzepuszczalne. Pieluchomajtki mają posiadać ściągacz taliowy". W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należało przedłożyć:

- „Foldery (materiały producenta, ulotki firmowe, instrukcje obsługi, karty danych technicznych) dotyczące opisu przedmiotu zamówienia - potwierdzające spełnienie przez oferowane produkty parametrów wymaganych I określonych przez Zamawiającego. Muszą być w języku polskim, opisane zgodnie ze złożoną ofertą — nazwa Wykonawcy, Nr pakietu, Nr pozycji której dotyczy."

- „Próbki (gotowe do użycia w warunkach szpitalnych, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia — załącznik nr 1 do SWZ), opatrzone etykietami w języku polskim, zawierającymi wszystkie niezbędne dane. Jeżeli rozmiar próbki uniemożliwia umieszczenie na niej danych identyfikujących próbkę w tym numeru katalogowego, prosimy o dołączenie do próbek etykiety z opakowania zbiorczego zawierającej wymagane dane. Próbki opisane zgodnie ze złożoną ofertą — nazwa Wykonawcy, nr pakietu, nr pozycji której dotyczy; próbki są bezpłatne i po ocenie traktowane są jako odpad medyczny."

Odwołujący stwierdził, że dostarczył próbki terminowo i zgodnie z tym, jak zażądał tego Zamawiający. Jako załącznik do oferty Odwołujący przedłożył Opis pieluchomajtek Pharma Sensitive będących przedmiotem jego oferty w pakiecie nr 1. Zarówno opis jak i przesłane próbki wskazują na spełnianie wszystkich wymogów podanych w OPZ. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zamieścił informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na pakiet nr 1 podając jako uzasadnienie prawne

niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) oraz jako uzasadnienie faktyczne: „Próbka niezgodna z opisem. Zakładki boczne nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz.”

Zdaniem Odwołującego treść uzasadnienia faktycznego jest zbyt zdawkowa i lakoniczna, jest arbitralna przez co niedająca Odwołującemu jakiejkolwiek możliwości na ustosunkowanie się do niej w merytoryczny i racjonalny sposób. Zamawiający na potwierdzenie swojego twierdzenia nie przywołał w uzasadnieniu żadnych faktów, dowodów ani metody dokonania weryfikacji próbek z opisem. Odwołujący nie wie na jakiej podstawie Zamawiający wyraził swoje zdanie. Odwołujący nie wie czy zastrzeżenie Zamawiającego dotyczy jednej pieluchomajtki czy wszystkich w danym rozmiarze, wszystkich we wszystkich rozmiarach czy tylko części w niektórych rozmiarach. Zamawiający nie podał, ile i jakie próbki przebadał pod kątem barierek. Odwołujący nie wie, czy próbki zostały dostarczone w odpowiednim stanie, to znaczy czy nie zostały uszkodzone w czasie transportu i czy z tej może przyczyny zakładki (barierki) zabezpieczające przed wyciekami nie spełniły, zgodnie z oceną Zamawiającego, roli do jakiej są przeznaczone. Zamawiający na poparcie swojej tezy nie przedstawił w uzasadnieniu faktycznym, poza suchym stwierdzeniem, żadnego dokumentu opisującego niezgodność funkcjonalną zakładek, nie poinformował, w jakich okolicznościach dokonał sprawdzenia, jaką metodą ani kto po stronie Zamawiającego niezgodność określił. Może jedynie dywagować na temat przyczyny odrzucenia jego oferty. Na podstawie tak ubogiego i ułomnego uzasadnienia faktycznego nie jest w stanie odnieść się do niego w sposób nie pozostawiający wątpliwości. Powołując się na przywołane orzecznictwo Izby Odwołujący podniósł, że lakoniczna treść uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty skutkuje poszukiwaniem i domniemywaniem przez niego przyczyn, które legły u podstawy decyzji Zamawiającego. Wskazuje to na brak przejrzystości postępowania w tym zakresie.

Następnie Odwołujący podniósł, że jako dystrybutor wyrobów medycznych jakimi są pieluchomajtki jest profesjonalnym dostawcą tego typu produktów od blisko 30 lat. Rzeczą rutynową jest wysyłanie próbek handlowych do różnych podmiotów, w tym do zamawiających publicznych w ramach postępowań przetargowych. Zawsze dba o nienaganny stan wysyłanych próbek. Próbki o ile są wyjmowane z oryginalnych, fabrycznych opakowań, są przepakowywane bez rozkładania w tzw. strunówki, a następnie odpowiednio pakowane w opakowania zewnętrzne zabezpieczające maksymalnie przed uszkodzeniem w czasie transportu. Jest wykluczone, aby Odwołujący świadomie wysłał kiedykolwiek próbki uszkodzone. Zakładki (falbanki) zabezpieczające przed wyciekami w pieluchomajtkach Pharma Sensitive produkowanych przez Sicell S.p.A., podobnie jak w pieluchomajtkach innych producentów, są od wielu lat wyposażeniem standardowym. Są wykonane ze specjalnej włókniny polipropylenowej posiadającej właściwości hydrofobowe, czyli o zdolności odpychania wody (moczu) - niezwilżalności. Odwołujący nie wie, bo nie został przez Zamawiającego poinformowany, czy zakładki w próbkach były uszkodzone. Ewentualne obarczenie zakładek wadą fabryczną należy wykluczyć, gdyż tego typu wady wykrywane są automatycznie w trakcie procesu produkcji a wadliwe pieluchomatki usuwane i poddawane utylizacji. W przeciwnym razie, to znaczy, jeśli zakładki nie były uszkodzone po opuszczeniu magazynu Odwołującego twierdzenie Zamawiającego o niezgodności z opisem należy uznać za gołosłowne i bezpodstawne. Ani odwołujący ani tym bardziej producent pieluchomajtek Pharma Sensitive nie odnotowali żadnych reklamacji lub negatywnych opinii dotyczących nieprawidłowego działania zakładek przeciwwyciekowych.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że postępowanie przed

Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany jest przedstawić nie tylko określone okoliczności, z których wywodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, ale przede wszystkim przedłożyć dowody na ich potwierdzenie. Samo podniesienie zarzutu bez jego uwiarygodnienia złożonym dowodami jest tylko argumentacją "słowo przeciwko słowu". (tak. m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1172/21, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3505/21). Odwołujący w złożonym odwołaniu nie sprostał obowiązkowi uwiarygodnienia stawianych zarzutów. Twierdzenie Odwołującego w zakresie zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 1 nie zostało poparte jakimkolwiek uzasadnieniem, ponadto Odwołujący nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że produkt oferowany przez Odwołującego w pakiecie nr 1 spełnia wymóg „zabezpieczenia przed wyciekiem moczu na zewnątrz”. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący winien był przedłożyć wraz z odwołaniem dowód na okoliczność spełniania przez produkty zaoferowane przez Odwołującego wymogu „zabezpieczenia przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz” np. w postaci opinii technologa produkcji przedmiotowych środków higienicznych.

Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest uprawniony do określenia swoich wymagań według własnych potrzeb, tym bardziej, że świadczy usługi specjalistyczne świadczenia zdrowotne, kierując się misją Szpitala Miejskiego

Specjalistycznego im. Gabriela Narutowicza (wynikającą ze statutu): „Dobro chorego - najwyższym prawem" (Salus aegroti suprema lex)". Jak wynika z orzecznictwa KIO, jeżeli zapisy OPZ nie naruszają zasady uczciwej konkurencji - które to naruszenie nie zostało wykazane w stosunku do Zamawiającego, Zamawiający uprawniony jest do określenia swoich wymagań według własnego uznania. Odwołujący nie może zmuszać Zamawiającego do wyboru oferty, która nie spełnia jego wymogów. Zdaniem Zamawiającego z treści odwołania wynika, że Odwołujący jest lepiej zorientowany od Zamawiającego w potrzebach Zamawiającego. Fakt, że Odwołujący próbuje zmusić Zamawiającego do wyboru posiadanych przez wykonawcę produktów, które nie spełniają określonych przez Zamawiającego wymogów, nie jest podstawą unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego było należyte, bowiem Odwołujący w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 listopada 2022 r. uzyskał informację, że dostarczone przez niego próbki są niezgodne z opisem, gdyż zakładki bocznie nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz, nadto powyższe uzasadnienie faktyczne, zostało uzupełnione przez Zamawiającego wyjaśnieniami z 4 listopada 2022 r., które Odwołujący otrzymał przed wniesieniem odwołania, z których wynika m.in., że próbki dostarczone przez Odwołującego zostały przetestowane u pacjentów leżących, samodzielnie zmieniających pozycje ciała w obrębie łóżka szpitalnego, a zakładki boczne próbek dostarczonych przez Odwołującego nie zabezpieczały wystarczająco przed wyciekiem wilgoci u pacjentów, u których testowano

otrzymane próbki - w zdecydowanej większości doszło do wycieku moczu poza pieluchomajtki. Tym samym nie spełniały one jednego z wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym zarzut Odwołującego w zakresie braku należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za bezzasadny. Wymogiem stawianym dla wszystkich pozycji objętych pakietem nr 1 (pieluchomajtek) było „zagięte zakładki boczne zabezpieczające przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz". W ocenie Zamawiającego, pieluchomajtki zaoferowane przez Odwołującego, nie spełniły w/w wymogów Zamawiającego. Powyższe Zamawiający ustalił na skutek badania próbek dostarczonych przez Odwołującego. Próbki nadesłane przez Odwołującego, zostały przetestowane u 10 pacjentów leżących, samodzielnie zmieniających pozycje ciała w obrębie łóżka szpitalnego, co pozwoliło na obiektywne sprawdzenie funkcjonalności nadesłanych próbek. Wykwalifikowany personel medyczny Zamawiającego przetestował rozmiar M, L, XL. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zaobserwowano uszkodzenia próbek dostarczonych przez Odwołującego, próbki wyjęto z nieuszkodzonych worków strunowych. U 6 na 10 pacjentów leczonych u Zamawiającego, u których testowano otrzymane od Odwołującego próbki, doszło do wycieku wilgoci poza pieluchomajtki, w większym bądź mniejszym stopniu (plamy wilgoci widoczne na bieliźnie pościelowej), co było dowodem na niespełnienie wymogów zawartych w opisie produktu.

Następnie Zamawiający stwierdził, że nie neguje obecności zakładek bocznych, oraz tego, że były zagięte, nie podważa także, materiału z jakiego są wykonane. Podniósł natomiast, że wilgoć przecieka poza zakładki boczne, sugerując w wyjaśnieniu wysłanym do Odwołującego 4 listopada 2022 r. prawdopodobną jego zdaniem tego przyczynę, tj. jest zbyt małą odległość wysokości szwu na falbance zewnętrznej a wkładem chłonnym ok. 1-1,5 cm, na skutek czego w przypadku dużej objętości moczu oddanym w jednej mikcji, obecna wilgoć nie zdąży się prawidłowo wchłonąć we wkład chłonny i przecieka na zewnątrz pieluchomajtki. Dla porównania wskazując na produkt innego wykonawcy, który posiada odległość 3-4 cm między wkładem chłonnym, a pierwszym szwem zakładki bocznej, tym samym tworząc między wkładem chłonnym a zakładkami bocznymi „zbiornik absorbujący", co pozwala na prawidłowe wchłanianie wilgoci, bez jej wycieku. Zamawiający wskazał, że oczekuje produktu, który skutecznie będzie spełniał swoją funkcjonalną rolę. Dopuszczenie do postępowania produktu, który nie chroni wystarczająco przed wyciekiem wilgoci, spowodowałoby przede wszystkim dyskomfort pacjentów, znaczący wzrost ponoszonych kosztów, tj. stosowanie dodatkowych podkładów chłonnych oraz częstsze zmiany pościeli u pacjentów leczonych przez Zamawiającego, zwiększony nakład pracy personelu medycznego Zamawiającego. Powyższe okoliczności powodują, że produkty oferowane przez Odwołującego w pakiecie 1 (pozycje 1-3) nie spełniają wymogów określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie tego pakietu.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że Odwołujący 2 listopada 2022 r. zwrócił się do niego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami w postaci protokołu badania i oceny próbek w pakiecie nr 1 - pieluchomajtki. Wyjaśnienie

Zamawiającego z 4 listopada 2022 r. przesłane poprzez stronę prowadzonego postępowania (platforma e-propublico) o godzinie 10:09 zawierało informację dotyczącą sposobu testowania próbek. Zawierało także szczegółowe informacje na temat parametrów, jakie spełniły pieluchomajtki zaoferowane przez Odwołującego oraz jakiego wymogu nie spełniły. Zamawiający dodał, że wyniki testowania próbek konsultowano na trzech zachowawczych oddziałach szpitalnych tj. Oddziale Neurologii z Oddziałem Udarowym, Oddziale Chorób Wewnętrznych i Chorób Płuc, oraz Oddziale Kardiologii i Chorób Wewnętrznych. Ocena nadesłanych próbek Odwołującego przez personel medyczny Zamawiającego była jednomyślna - wykluczająca, jako niezgodne z opisem produktu. Nadto ocena, iż produkt zaoferowany przez Odwołującego w ramach pakietu nr 1 jest niezgodny z wymaganiami określonymi dla tego produktu w opisie przedmiotu zamówienia została stwierdzony przez innego zamawiającego - Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, co słusznie podniósł Przystępujący do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w piśmie z 10 listopada 2022 r. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 21 października 2022 r. wynika, że Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie pieluchomajtek, a jako uzasadnienie wskazał: „Wykonawca zaoferował produkt w zakresie pakietu nr 1 pieluchomajtki dla dorosłych z osłonkami bocznymi wzdłuż wkładu chłonnego skierowane wewnątrz, a zgodnie z wymaganiami Zamawiającego osłonki boczne wzdłuż wkładu chłonnego powinny być skierowane na zewnątrz, zwiększając tym bezpieczeństwo przed wyciekiem". Biorąc pod uwagę, że niezgodność produktu Odwołującego z wymaganiami określonymi dla tego produktu w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzona przez ww. szpital jest w znacznym stopniu zbliżona do oceny w tej materii dokonanej przez Zamawiającego, to zaistnienie powyższej okoliczności ma charakter obiektywny, a nie subiektywny.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Citronet - Kraków sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., spełniając wymogi ustawowe, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez

Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez: Odwołującego, tj. opis produktów zaoferowanych w pakiecie nr 1, pismo Zamawiającego, które otrzymał 4 listopada 2022 r. w sprawie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, oświadczenie producenta z 7 listopada 2022 r. w sprawie wysokości zakładek przeciwwyciekowych wraz z tłumaczeniem na język polski, oraz przez Zamawiającego, tj. notatka z 12 października 2022 r. z oceny oferty złożonej przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację

postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę z najniższą ceną, która w połączeniu z maksymalną liczbą punktów za kryterium „Termin ważności" powinna uzyskać największą liczbę punktów w pakiecie nr 1 i powinna zostać wybrana. Na skutek niezgodnego z prawem odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci uniemożliwienia mu uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie pakietu nr 1 Zamawiający wymagał:

1 Pieluchomajtki dla dorosłych - posiadające wkład chłonny o anatomicznym kształcie, miękkie i zagięte zakładki boczne zabezpieczające przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz. Posiadające wskaźnik wilgotności oraz przylepcorzepy wielokrotnego użytku. Posiadające system odprowadzania -rozprowadzania wilgoci, paroprzepuszczalne.

Rozm. M (80 cm - 110 cm) ± 10 cm.

Pieluchomajtki mają posiadać ściągacz taliowy.

2 Pieluchomajtki dla dorosłych - posiadające wkład chłonny o anatomicznym kształcie, miękkie i zagięte zakładki boczne zabezpieczające przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz. Posiadające wskaźnik wilgotności oraz przylepcorzepy wielokrotnego użytku. Posiadające system odprowadzania -rozprowadzania wilgoci, paroprzepuszczalne.

Rozm. L (110 cm - 140 cm) ± 10 cm.

Pieluchomajtki mają posiadać ściągacz taliowy.

3 Pieluchomajtki dla dorosłych - posiadające wkład chłonny o anatomicznym kształcie, miękkie i zagięte zakładki boczne zabezpieczające przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz. Posiadające wskaźnik wilgotności oraz przylepcorzepy wielokrotnego użytku.

Posiadające system odprowadzania -rozprowadzania wilgoci, paroprzepuszczalne.

Rozm. XL (120 - 170 cm) ± 10 cm.

Pieluchomajtki mają posiadać ściągacz taliowy.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w pakiecie nr 1 zostały złożone dwie oferty przez wykonawców:

1) „Gespar” G. P., M. S. Spółka Jawna z ceną 79 636,20 zł

2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Citronet - Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z ceną 81 307,80 zł.

Z ofert ww. wykonawców wynika, że każdy z nich, w ramach kryterium oceny ofert

Termin ważności zaoferował 24 - miesięczny termin.

W zawiadomieniu z 2 listopada 2022 r., zawierającym informację o odrzuceniu oferty

Odwołującego w pakiecie nr 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako uzasadnienie faktyczne tej czynności Zamawiający wskazał: „Próbka niezgodna z opisem. Zakładki boczne nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 16 pkt 2 Pzp stanowi: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w ww. przepisie, niezbędne jest zatem stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Nadto zachowuje aktualność zasada, że specyfikacja warunków zamówienia nie może być zmieniana po terminie składania ofert, co

oznacza, że zamawiający oraz wykonawcy są związani jej treścią.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego przepisu wynika, że uzasadnienie odrzucenia oferty winno zawierać nie tylko podstawę prawną tej czynności, ale też uzasadnienie faktyczne, w którym Zamawiający powinien wyczerpująco przedstawić okoliczności stanowiące podstawę podjętej przez niego czynności. Wiąże się to z obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych zasadami, w tym zasadą jawności i przejrzystości postępowania i obowiązkiem zamawiającego dokonywania starannej i bezstronnej oceny wszystkich okoliczności istotnych danej sprawy. Ma to istotne znaczenie dla zagwarantowanego wykonawcom prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Wpływa bowiem na zakres zarzutów odwołania, a w konsekwencji na zakres ich rozpoznania. Izba dokonuje bowiem oceny zasadności zarzutów odwołania, dotyczących prawidłowości czynności odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy, biorąc również pod uwagę treść uzasadnienia wskazanego w zawiadomieniu o jej dokonaniu.

Okoliczności faktyczne, które wpłynęły na ocenę oferty i decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty, powinny być przedstawione w sposób pełny i zrozumiały dla wykonawcy, tak aby na ich podstawie możliwa była weryfikacja czynności zamawiającego przez wykonawcę i jeżeli się z nimi nie zgadza, możliwe było sformułowanie zarzutów odwołania i rzeczowa polemika z argumentami zaprezentowanymi przez zamawiającego, a następnie, aby Izba mogła przeprowadzić kontrolę zgodności z przepisami takiej czynności zamawiającego.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, podanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jedynie informacji, że próbka jest niezgodna z opisem, oraz że zakładki boczne nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz, należy uznać za niespełniające wymogów w zakresie przedstawienia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty.

W szczególności zawraca uwagę, że Zamawiający nie wskazał w jaki sposób i którą oceniał próbkę, tj. w jakim rozmiarze i dlaczego oceniał jedną próbkę (w piśmie użyta jest liczba pojedyncza), a nie wszystkie piętnaście sztuk złożone przez Odwołującego (po 3 w każdym rozmiarze). W uzasadnieniu brak jest informacji w jaki sposób Zamawiający porównywał próbkę z opisem i z czego wywodzi, że zakładki boczne nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz.

Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że treść uzasadnienia faktycznego jest zbyt lakoniczna i nie stwarza możliwości ustosunkowania się do niej w merytoryczny sposób. Wymusza natomiast samodzielne poszukiwanie przyczyn takiej decyzji i snucie domniemań w tym zakresie, co wskazuje na brak przejrzystości postępowania zamawiającego.

Powyższej oceny nie może zmienić treść pisma Zamawiającego przekazanego Odwołującemu dwa dni po poinformowaniu go o odrzuceniu jego oferty - według oświadczenia Zamawiającego przedstawionego na rozprawie - sporządzonego dopiero 4 listopada 2022 r., tj. po wystąpieniu Odwołującego o przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami w postaci protokołu badania i oceny próbek i zapowiedzi wniesienia odwołania, w którym Zamawiający uzupełnił uzasadnienie odrzucenia oferty tego wykonawcy, przyznając tym samym, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przekazane wraz z informacją o tej czynności, nie było kompletne.

Niezależnie od tego, że treść tego pisma nie znalazła się w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to nie odpowiada ona treści uzasadnienia z 2 listopada 2022 r., bowiem wskazuje na poddanie weryfikacji 10 próbek (a nie jednej, na co wskazuje użycie liczby pojedynczej w odniesieniu do próbki w zawiadomieniu z 2 listopada 2022 r.). Nie odpowiada także treści złożonej przez Zamawiającego na rozprawie notatki z 12 października 2022 r., sporządzonej z oceny oferty Odwołującego, bowiem wskazuje na inny sposób badania oferty niż podany w tej notatce. Z ww. pisma z 4 listopada 2022 r. wynika bowiem, że Zamawiający w wyniku weryfikacji próbek podczas użytkowania przez pacjentów leżących, samodzielnie zmieniających pozycje w obrębie łóżka szpitalnego, doszedł do wniosku, że zakładki boczne były zagięte, lecz nie zabezpieczały wystarczająco przed wyciekiem wilgoci. Tymczasem w notatce z 12 października 2022 r. zostało wskazane, że ocena została przeprowadzona na podstawie próbek i folderów i nie ma w niej żadnej wzmianki o testowaniu próbek w czasie użytkowania przez pacjentów. W omawianym

zakresie treść notatki odpowiada informacji przekazanej Odwołującemu 2 listopada 2022 r. i zawiera jedynie: Ocena na podstawie próbek i folderów Próbka niezgodna z opisem. Zakładki boczne nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz.

Nadto SWZ nie zawiera opisu metodologii badania składanych przez wykonawców próbek zaoferowanych przez nich produktów, jak też wymogu co do odległości szwu na falbance zewnętrznej od wkładu chłonnego. Tymczasem w piśmie z 4 listopada 2022 r. Zamawiający jako prawdopodobną przyczynę wycieku wilgoci podał zbyt małą odległość wysokości szwu na falbance zewnętrznej a wkładem chłonnym ok 1 cm - 1,5 cm, nie wykazując przy tym wpływu takiej odległości na swoją ocenę, a także nie wskazując na jednoczesne badanie np. szerokości czy właściwości wkładu, jak też rodzaju użytego materiału. Tymczasem z opisu produktu złożonego przez Odwołującego wynika, że: Dzięki powlekającej włókninie hydrofilnej, absorpcyjnemu podwójnemu wkładowi z czystej celulozy z dodatkiem polimerów o dużej chłonności (superabsorbentu) oraz dodatkowej włókninowej warstwie rozprowadzająco-chłonącej ADL (Acquisition & Distribution Layer) zapewniona jest maksymalna ochrona. Odpowiednie wykonanie pieluchomajtek zabezpiecza podwójny wkład chłonny przed przesuwaniem się oraz deformacją pod wpływem moczu. Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający na rozprawie przyznał, że nie analizował wkładu, natomiast w ww. piśmie jednocześnie stwierdził, że m.in. parametr rozprowadzanie wilgoci oraz parametr paroprzepuszczalne zostały spełnione. Zwraca również uwagę, że zawarte w piśmie, przytoczone powyżej stwierdzenie, co do prawdopodobnej przyczyny wycieku wilgoci wskazuje na odległość wysokości szwu na falbance zewnętrznej, które to stwierdzenie, Odwołujący zrozumiał jako odniesienie do wysokości zakładki i w związku z tym złożył na rozprawie oświadczenie producenta zaoferowanych produktów, z którego wynika, że wysokość zakładek wynosi 3,8 cm (+/-5%). Tymczasem w trakcie okazania na rozprawie Zamawiający stwierdził, że chodzi o odległość od krawędzi wkładu do pierwszego szwu na zakładce bocznej, a więc odległość w poziomie, która jest mniejsza, niż w produkcie zaoferowanym przez Przystępującego. Zamawiający nie wykazał przy tym, że SWZ zawiera określone wymogi w tym zakresie. Trudno zatem uznać stanowisko prezentowane przez Zamawiającego za spójne, jasne i wiarygodne.

Oceny co do braku należytego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego nie może także zmienić argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie. Po pierwsze, postępowanie odwoławcze nie służy formułowaniu uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy, bowiem to, jak wyżej wskazano, uzasadnienie winno być w sposób pełny przedstawione wraz z informacją o odrzuceniu oferty wykonawcy. Tymczasem w znaczących fragmentach odpowiedź na odwołanie stanowi dalsze uzupełnienie uzasadnienia zakwestionowanej w odwołaniu czynności. Zamawiający dodał m.in., że próbki w rozmiarach M, L, XL wyjęte z nieuszkodzonych worków strunowych zostały przetestowane u 10 pacjentów leżących, samodzielnie zmieniających pozycje ciała w obrębie łózka szpitalnego i u 6 pacjentów doszło do wycieku wilgoci poza pieluchomajtki w większym lub mniejszym stopniu, co było widoczne na bieliźnie pościelowej. Był to zdaniem Zamawiającego dowód braku spełnienia ww. wymogu. Zamawiający zaznaczył przy tym, że zakładki boczne były zagięte, podał też, iż nie podważa materiału z jakiego zostały wykonane.

Nadto miejscami treść odwołanie nie koresponduje z zarzutami odwołania, które nie dotyczą opisu przedmiotu zamówienia i nie wskazują na brak uprawnień w zakresie tego opisu po stronie Zamawiającego, a tymczasem Zamawiający przedstawia swoje stanowisko, tak, jakby takie zarzuty w odwołaniu zostały postawione. Ponadto Zamawiający używa argumentu na poparcie swojego stanowiska w zakresie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w postaci oceny dokonanej przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, która pozostaje bez związku z analizowanym postępowaniem, ponieważ, jak sam przyznał, inaczej niż w tamtym postępowaniu, w SWZ nie wskazywał, czy zakładki mają być wewnętrzne czy zewnętrzne.

Nie jest sporne, że zaoferowane przez Odwołującego produkty posiadały zagięte zakładki boczne, których rolą - według złożonego przez Odwołującego opisu - jest zabezpieczenie przed wyciekaniem wilgoci na zewnątrz. Zdaniem Zamawiającego, wyrażonym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z 2 listopada 2022 r., zakładki te nie zabezpieczają przed wyciekiem moczu na zewnątrz, zaś wyrażonym w ww. piśmie z 4 listopada 2022 r., „nie zabezpieczały wystarczająco” przed takim wyciekiem. Na rozprawie Zamawiający podał, że w 6 przypadkach na 10 dochodziło do wycieku na zewnątrz przed pojawieniem się wskaźnika wilgotności na pielusze, który sygnalizuje potrzebę jej zmiany. Jak natomiast stwierdził Odwołujący, wskaźnik wilgotności na zaoferowanej przez niego pielusze, która jest przepełniona jest niezauważalny, bowiem w miarę napełniania się pieluchy wskaźnik ten zanika. Jest on widoczny całkowicie jak pielucha jest sucha, a następnie w miarę rozprowadzania się moczu stopniowo zanika. Znajduje to potwierdzenie w złożonym opisie produktów zaoferowanych przez Odwołującego, gdzie zostało wskazane:

Pieluchomajtki są dodatkowo wyposażone w cyfrowo literowy wskaźnik wilgotności barwy niebieskiej informujący o konieczności zmiany produktu poprzez blednięcie, rozpływanie się i zanikanie w miarę napełniania moczem. Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że skoro Zamawiający, w trakcie testów podczas użytkowania przedmiotowych produktów przez pacjentów, stwierdził wyciek wówczas, gdy wskaźnik był niewidoczny, to oznacza, że nastąpiło to w czasie, gdy pielucha była przepełniona, czyli ocena nastąpiła zbyt późno.

Nawet zatem jeśliby uznać, że decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była poprzedzona wskazywanymi przez Zamawiającego testami, przeprowadzonymi na chorych, a jedynie w uzasadnieniu tej czynności, mimo, iż uzasadnienie nie powinno zawierać jedynie wyniku oceny próbki i złożonego przez Odwołującego opisu, lecz przedstawienie przyczyn, które do takiej oceny doprowadziły, nie została w sposób wyraźny zamieszczona informacja w tym zakresie, to trudno uznać, że zostały one przeprowadzone w sposób pozwalający na wyprowadzenie niebudzących wątpliwości wniosków co do braku wypełniania swojej roli przez wskazane w uzasadnieniu zakładki boczne, a zatem nie można uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne.

Zgodnie z art. 239 Pzp: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. W myśl art. 17 ust. 2 Pzp: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zarzuty dotyczące naruszenia tych przepisów stanowią konsekwencję zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, które potwierdziły się.

W związku z powyższym za uzasadnione należało uznać nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 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).

Przewodniczący: .....