

sygn. akt: KIO 1075/23

WYROK

z dnia 4 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę MILENA BIS sp. z o.o., ul. Cmentarna 6; 62-025 Kostrzyn, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów, przy udziale wykonawców:

a) Neomed Polska sp. z o.o., ul. Orężna 6a; 05-501 Piaseczno,

b) Boxmet Medical sp. z o.o., Piskorzów 51; 58-250 Pieszyce,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MILENA BIS sp. z o.o., ul. Cmentarna 6; 62-025 Kostrzyn i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MILENA BIS sp.

z o.o., ul. Cmentarna 6; 62-025 Kostrzyn, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy MILENA BIS sp. z o.o., ul. Cmentarna 6; 62-025 Kostrzyn na rzecz zamawiającego Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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 1075/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,

k którego przedmiotem jest „Dostawa toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMED”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 3 lutego 2023 r., pod nr 2023/S 025-069277.

Dnia 6 kwietnia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 17 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę MILENA BIS sp. z o.o., ul. Cmentarna 6; 62025 Kostrzyn (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na:

- wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy NEOMED POLSKA sp. z o.o. (zadania nr 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10),
- wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy BOXMET MEDICAL sp. z o.o. (zadania nr 5 i 8),

- odrzuceniu oferty odwołującego (zadania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. wadliwe odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp pomimo tego, iż odwołujący zaoferował przedmiot umowy o parametrach zgodnych

z SWZ oraz wyjaśnieniem zamawiającego z dnia 02.03.2023 r., w którym dopuścił łącznik w kolorze oliwkowym / ciemnozielonym, w szczególności poprzez;

- błędną interpretację oferty odwołującego - załącznika nr 5 i 5.4, specyfikacji technicznej SIMECH, wyjaśnień odwołującego, oświadczenia Producenta łącznika SIMECH potwierdzających zgodność zaoferowanego koloru łącznika z wymaganiami zamawiającego (kolor oliwkowy/ciemnozielony RAL 7008),
- zmianę sposobu postrzegania przez zamawiającego tego samego koloru łącznika (oliwkowo/ciemnozielony RAL 7008), który był zastosowany przez odwołującego i akceptowany przez zamawiającego w poprzedniej umowie 85/MAT/2022 na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego, przy zachowaniu takich samych wymagań technologicznych - obecnie zamawiający twierdzi, iż kolor oliwkowy/ciemnozielony RAL 7008 jest odcieniem koloru szarego.
- 2. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania określonej w art. 16 ustawy pzp poprzez ocenę zgodności zaoferowanych przez wykonawców parametrów

łącznika elastycznego z wymaganiami SWZ według bliżej nieokreślonych zasad, stosując różne metody odniesienia w zakresie badania koloru łącznika,

3. zaniechanie odrzucenia ofert firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o. uznanych za najkorzystniejsze pomimo tego, iż oferty te nie spełniają warunków zamówienia w zakresie parametrów technicznych łącznika elastycznego (art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp),
4. zaniechanie odtajnienia specyfikacji technicznych zastrzeżonych przez firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o. jako tajemnice przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu ocenę kart technicznych łącznika elastycznego - art. 18 ustawy pzp,
5. zaniechanie odrzucenia oferty firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu – wiedzy i doświadczenia - art. 226 ust. 2 lit. b ustawy pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) odrzucenie ofert firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. oraz BOXMET MEDICAL sp. z o.o.,
- 4) nakazanie odtajnienia ofert NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o.,
- 5) nakazanie przeprowadzenia ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego jest ofertą ważną z najkorzystniejszym bilansem oceny ofert i winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku błędnej decyzji zamawiającego odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia i poniósł szkodę wartości utraconego zamówienia. Tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący nie zgadza się z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia jego oferty, jakoby odwołujący zaoferował łącznik w odcieniu koloru szarego a nie w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym. Przywołana podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego – art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przesądza o tym, że zamawiający może odrzucić oferty tylko wówczas, gdy treść oferty (rozumiana jako zawartość merytoryczna oferty) jest niezgodna z warunkami zamówienia (rozumianymi jako opis przedmiotu zamówienia, wymagania związane z realizacją zamówienia). Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny.

Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Dokonywanie przez zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań co do jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które nie zostały w SWZ zapisane, nie wynikają z jej brzmienia, lecz jedynie hipotetycznie mogłyby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodne nie tylko z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP2004 (art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP), ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w art. 7 ust. 1 PZP2004 (art. 16 PZP) – przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W załączniku nr 5.2 do SWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pkt II ppkt 9 zamawiający wymagał łącznika elastycznego (linka) w kolorze khaki.

Zamawiający w wyjaśnieniach SWZ z 02.03.2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 14 dopuścił łącznik elastyczny w kolorze ciemnozielonym zbliżonym wybarwieniem do kamuflażu wz. 93 pantera leśna oraz w odpowiedzi na pytanie nr 25 dopuścił użycie łącznika w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym zbliżonym wybarwieniem do kamuflażu wiodącego opakowania wz. 93 pantera leśna. W wyjaśnieniach SWZ z 17.02.2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 9 zamawiający dopuścił łącznik elastyczny w kolorze khaki/oliwkowym dopasowanym do maskowania wz. 93 pantera leśna. Zgodnie z rozdziałem XI ust. 2 pkt. 2 i 5 SWZ do oferty wykonawcy mieli załączyć m.in. formularz cenowy oraz wypełnione oświadczenie - załącznik nr 5.4 do SWZ.

Odwołujący zaoferował łącznik elastyczny (linka) w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym wg. palety RAL 7008 (szary khaki), który jest zgodny z wymaganiami OPZ.

W załączniku nr 5 do SWZ- formularz cenowy odwołujący zaoferował:

„Łącznik w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym dopasowanym do nadruku maskującego WZ 93 "pantera", bez wymagań dla wartości barwy z pkt. 2.4.1.1 NO-84-A203:2020, spełniająca pozostałe wymagania OPZ. Dopuszczono odpowiedziami z dnia 02.03.2023 r.”

W załączniku 5.4 pkt. 9 do SWZ wykonawca zaoferował:

„Łącznik w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym dopasowanym do nadruku maskującego WZ 93 "pantera". Dopuszczono odpowiedziami z dnia 02.03.2023 r.”

Odwołujący załączył specyfikację techniczną producenta łącznika elastycznego firmy SIMECH (Kolor – RAL 7008 matowy).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 16 marca 2023 r. do wyjaśnienia opisu koloru łącznika w załącznikach nr 5 i 5.4 oraz specyfikacji technicznej wykonawca wyjaśnił w piśmie z 20 marca 2023 r, iż producent łącznika posługuje się określeniem barw wg palety

RAL

a wskazany kolor RAL 7008 jest odpowiednikiem wymaganego koloru oliwkowego/ ciemnozielonego dopasowanego do nadruku maskującego WZ 93 „pantera”. Jednocześnie odwołujący dołączył oświadczenia producenta firmy SIMECH:

OŚWIADCZENIE

Niniejszym informujemy, że produkowany przez nas ŁĄCZNIK ELASTYCZNY o powłoce poliuretanowej, posiada wybarwienie w kolorze RAL 7008 matowym. Jest to odcień oliwkowy/ciemnozielony dopasowany i zbliżony wybarwieniem do nadruku maskującego WZ.93 „pantera”, tj. do kamuflażu wiodącego opakowania IPMed.

Jednocześnie w piśmie wyjaśniającym odwołujący zwrócił uwagę, iż taki sam łącznik tego producenta, w tym kolorze stosował przy produkcji toreb do indywidualnego pakietu medycznego IPMED przy realizacji umowy 85/MAT/2022 i był on zgodny w ocenie GQAR, RPW i Zamawiającego. Przy takim stanie faktycznym odrzucenie oferty odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia jest nieporozumieniem. Z formularza cenowego bowiem jasno wynika jaki kolor łącznika odwołujący zaoferował a wątpliwości co do oznaczenia koloru zostały wyczerpująco wyjaśnione. Oświadczenie Producenta jest gwarancją tego, iż zamawiający otrzyma łącznik w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym. To w gestii Producenta łącznika leży w jaki sposób dokona doboru właściwego koloru. Jeżeli Producent uznał, iż odpowiednikiem koloru oliwkowego/ciemnozielonego jest odcień nr 7008 wg. palety RAL to nie ma znaczenia, jaka jest jego nazwa i w jakiej tonacji odcieni znajduje się ten numer katalogowy. Takie oświadczenie Producenta wiąże zamawiającego, tym bardziej że nie przedłożył on żadnego dowodu przeciwnego. Ponadto zamawiający zapomniał,

iż odebrał pozytywnie ponad 34 tysięcy sztuk toreb do indywidualnego pakietu medycznego IMPED z zastosowaniem łącznika z palety RAL 7008, w ramach poprzednio obowiązującej umowy 85/MAT/2022, gdzie zamawiający również nie akceptował koloru szarego. Zatem zamawiający doskonale się orientuje jaki jest rzeczywisty odcień łącznika firmy SIMECH wg. RAL 7008.

Dowód:

- wniosek MILENA BIS z 12.10.2022 r. do zamawiającego o zmianę producenta łącznika na Simech wraz ze specyfikacją techniczną - kolor łącznika RAL 7008 matowy,
- aneks nr 2 z dnia 03.11.2022 r. do umowy nr 85/MAT/2022 z 24.06.2022 r. zmieniający producenta łącznika z Paramedyk na Simech,
- protokoły odbioru toreb IPMED z 16.11.2022 r. i 07.12.2023 r. z zastosowaniem łącznika RAL 7008,
- dokumentacja przetargowa z poprzedniego postępowania na dostawę toreb: Szczegółowy OPZ – załącznik nr 5.2 do SWZ – w pkt. 9 – wymagany kolor: khaki, wyjaśnienia do SWZ z 29.03.2022 r. – pytanie nr 7 – wymagany kolor: oliwkowy/ciemnozielony, zbliżony wybarwieniem do kamuflażu wiodącego opakowania WZ93 pantera leśna,

wyjaśnienia do SWZ z 14.04.2022 – pytanie nr 19 – dopuszczono: kolor RAL 6014.

Niezrozumiałe zatem jest obecne stanowisko, w którym zamawiający sprzeciwia się wyborowi tego samego wykonawcy na kolejną dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego IPMED z tego powodu, iż łącznik oliwkowy/ciemnozielony RAL 7008 zmienił kolor i stał się kolorem szarym. Zamawiający kwestionuje stanowisko Producenta oraz swoje wcześniej zajęte stanowisko, iż kolor opisywany według palety RAL 7008 jako „szary khaki” w rzeczywistości jest kolorem oliwkowym/ciemnozielonym, zgodnym z oczekiwaniami zamawiającego. Jedynym uzasadnieniem odrzucenia oferty odwołującego, jest subiektywne przekonanie zamawiającego, iż kolor oliwkowy/ciemnozielony RAL 7008 nie jest tym kolorem tylko dlatego, iż mieści w oznaczeniu katalogu barw "RAL" w palecie odcieni szarych RAL -RAL 70xx – grupa odcieni szarych. Zamawiający nie wskazał przy tym źródła informacji – czy czerpie ją ze strony jakiegoś producenta farb, biura projektów czy bloga.

Jak wynika ze strony internetowej RAL dopuszczone przez zamawiającego kolory khaki, ciemnozielony, oliwkowo/ciemnozielony, khaki/oliwkowy mieszczą się w palecie RAL w odcieniach żółtych, zielonych, szarych, brązowych.

Odwołujący podnosi, iż jest wiele katalogów barw i rodzajów klasyfikacji odcieni kolorów a sama nazwa katalogowa koloru nie przesądza o rzeczywistym odcieniu. Równie dobrze nazwy kolorów mogły odpowiadać nazwie owoców. Wojskowa norma obronna NO-84A203:2020 wymagana pierwotnie przez Zamawiającą w pkt. 2.4.1 rozróżnia 3 odcienie koloru khaki K1, K2 i K3 o odmiennych wartościach barwy a w stosowanych w codziennej praktyce odcieni khaki jest jeszcze więcej:

Zamawiający przez wzgląd na niemożność wykonania badania określenia współrzędnych barwy na spektrofotometrze dla elementów o cylindrycznym kształcie (kształt ten wywołuje refleksy świetlne i zniekształca pomiar) odstąpił od wymagania dla barw łącznika elastycznego zgodnie z „p. 2.4.1 NO-84A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01, PN-EN ISO 105-J03 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8). wg normy NO-84-A203:2004/2020” i dopuścił łącznik w kilku określonych słownie odcieniach zasadniczo zbliżonych do siebie. Przy czym zamawiający nie wskazał, iż uzna tylko określone numery katalogowe wg. palety RAL.

Powyższe oznacza, iż zamawiający zgodnie z SWZ oparł ocenę wymagań zaoferowanego koloru na oświadczeniu wykonawcy a nie na precyzyjnych obliczeniach. Zatem przy ocenie ofert zamawiający powinien wziąć od uwagę wszystkie złożone przez odwołującego oświadczenia: załącznik nr 5 do SWZ, załącznik nr 5.4 do SWZ, specyfikację techniczną producenta łącznika, udzielone wyjaśnienia odwołującego oraz oświadczenie Producenta zapewniające, iż produkowany łącznik elastyczny ma kolor oliwkowy/ciemnozielony dopasowany do nadruku maskującego WZ 93 „pantera”, którego odpowiednikiem jest oznaczony w palecie kolorów RAL 7008 matowy.

Zamawiający dokonując badania i oceny ofert jest uprawniony, a nawet zobowiązany do wzięcia pod uwagę treści wszystkich oświadczeń złożonych przez wykonawcę w toku badania i oceny ofert (KIO 298/23 z 14.02.2023 r.).

Zamawiający zinterpretował ofertę odwołującego na jego niekorzyść nie zauważając podobnych rozbieżności w ofercie konkurencji. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu podważającego treść oferty odwołującego, gdyż takiego dowodu nie ma. Zamawiający musi sobie z tego zdawać sprawę, szczególnie pod odebraniu od odwołującego kilkadziesiąt tysięcy toreb IPMED z łącznikiem koloru oliwkowego/ciemnozielonego RAL 7008. Świadczy to o celowym działaniu zamawiającego zmierzającym do wybrania konkretnych wykonawców. Pomimo tego, iż nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu zostali oni ocenieni według innych zasad niż odwołujący, a ich oferty zostały uznane za najkorzystniejsze.

II. Zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Wykonawca NEOMED POLSKA sp. z o.o. zaoferował w załączniku nr 5 do SWZ -Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy – w pozycji nr 9 łącznik w kolorze „khaki/oliwkowy dopuszczony odpowiedziami z dnia 17.02.2023 r. pytanie nr 9”.

W załączniku 5.4 pkt. 9 zaoferował łącznik w kolorze „RAL 6014 zgodnie z dopuszczeniem”. W żadnym miejscu wyjaśnień do SWZ (pisma z 17.02.2023 r. i 02.03.2023 r.) zamawiający nie dopuścił w obecnie prowadzonym postępowaniu koloru łącznika elastycznego (linki) wg. RAL 6014. W odpowiedzi na pytanie nr 24 pisma z 02.03.2023 r. zamawiający dopuścił wybarwienie taśm zamkowych i suwaków zgodnych z barwą ciemnozieloną /jasnozieloną zgodną z normą NO-84-A203, oraz RAL 6014 yellow olive. Kolor RAL 6014 nazwany jest „yellow olive” (żółta oliwka) i zdaniem firmy NEOMED POLSKA oraz zamawiającego jest to kolor khaki/oliwkowy.

Pomimo rozbieżności w ofercie NEOMED POLSKA pomiędzy oznaczeniem koloru w załącznikach nr 5 i 5.4 (khaki/oliwkowy), a paletą RAL 6014 (żółta oliwka) zamawiający bez żądania żadnych wyjaśnień uznał, iż w powyższym przypadku nie ma niegodności z warunkami zamówienia. W tym przypadku o uznaniu zamawiającego zadecydował opis słowny koloru w załącznikach nr 5 i 5.4 a nie oznaczenie koloru wg. palety RAL.

Zamawiający winien zastosować takie same zasady oceny ofert do wszystkich wykonawców tj. albo uznać ofertę firmy NEOMED POLSKA i ofertę odwołującego za prawidłowe albo obie odrzucić.

Specyfikacja techniczna łącznika została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa pismem przewodnim z 07.03.2023 r. Niemniej z opisu w załączniku nr 5 do SWZ -Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy – w pozycji nr 9 wynika, że zaoferowano łącznik elastyczny, którego producentem jest EMES-PROJECT M. S. Firma EMES PROJECT M. S. nie jest producentem łącznika.

Odwołujący zrealizował dla zamawiającego w 2021 r. jeszcze dwie umowy nr 222/MAT/2021 i 223/MAT/2021 w ramach, których dostarczył zamawiającemu blisko 15 tysięcy szt. toreb do indywidualnego pakietu medycznego IPMED, a które zamawiający pozytywnie odebrał. Przy realizacji umów w 2021 r. odwołujący zakupywał łączniki w firmie EMES PROJECT M. S., który pozyskiwał je od producenta łączników firmy SIMECH. Przy kolejnym postępowaniu odwołujący kupował już łączniki bezpośrednio od producenta SIMECH i od niego uzyskał kartę techniczną. Uwzględnienie karty technicznej producenta torby IPMED zamiast producenta danego komponentu narusza art. 16 ustawy pzp oraz wymagania rozdziału VIII ust. 1 a) SWZ (pkt. 9 OPZ zał. Nr 5.1 do SWZ).

Na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania cechy, zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

- a) kart katalogowych umożliwiających potwierdzenie parametrów technicznych oferowanego produktu, w zakresie wymaganych opisem przedmiotu zamówienia.

Wymagane są karty katalogowe opracowane/zatwierdzone przez producenta poszczególnych komponentów.

- b) kart technicznych/certyfikatów wystawionych przez producenta potwierdzających spełnienie wszystkich wymagań co do torby (opakowania) IPMed.

W rzeczywistości producent toreb EMS Project M. S. korzysta przy produkcji toreb z gotowych łączników produkowanych przez SIMECH. Zatem nie jest uprawniony do wydania karty technicznej jako producent komponentu.

Odwołujący zgodnie z zapisami SWZ musiał sobie zadać trud i zebrać wszystkie dokumenty techniczne od producentów poszczególnych komponentów, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie wezwał NEOMED POLSKA do wyjaśnień w tym zakresie i uznał, iż oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego z 06.04.2023 r. o przekazanie najkorzystniejszych ofert oraz na wniosek z 14.04.2023 r. o ich odtajnienie zamawiający nie przekazał całej oferty NEOMED POLSKA.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie odtajnienia specyfikacji łącznika elastycznego i dokonanie oceny w zakresie opisu oferowanego koloru łącznika oraz jego producenta (uzasadnienie wniosku podano poniżej).

Firma BOXMED MEDICAL zaoferowała w załączniku nr 5 do SWZ łącznik elastyczny firmy BOXMED MEDIAL. W załączniku 5.4 do SWZ wykonawca doprecyzował: „łącznik w kolorze khaki, dopuszczony w odpowiedzi na pytanie nr 9 z 17.02.2023”.

Treść oferty budzi wątpliwości, czy wykonawca zaoferował łącznik w kolorze khaki czy khaki/oliwkowym? Bowiem kolor khaki był wymagany w załączniku nr 5.4. do SWZ a kolor khaki/oliwkowy dopasowany do maskowania wz. 93 pantera leśna był dopuszczony w wyjaśnieniach SWZ z 17.02.2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 9.

Zamawiający wezwał BOXMET MEDICAL do uzupełniania dokumentacji potwierdzającej spełnienie wymagań dla barw łącznika elastycznego (współrzędne barw wg NO-84-A203) a nie do wyjaśnienia rozbieżności co do oferowanego koloru.

W piśmie z 20.03.2023 r. firma BOXMET MEDICAL wyjaśniła, iż przedstawiona wraz z ofertą karta techniczna dotyczy zaoferowanego łącznika elastycznego w kolorze khaki dopasowanym do maskowania WZ93 zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 9 z 17.02.2023 r.

Powyższa oznacza, iż zamawiający nie wyjaśnił jaka jest rzeczywista treść oferty firmy BOXMET MEDICAL czy zaoferowano łącznik w kolorze khaki czy khaki/oliwkowym co ma znaczenie dla realizacji przyszłej umowy. Pomimo to zamawiający uznał ofertę za zgodną z warunkami zamówienia. Wskazać należy, iż w rozdziale II pkt.6 zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych, a zatem zamawiający powinien ofertę odrzucić (art.226 ust.1pkt.5 ustawy pzp).

Specyfikacje techniczne zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w piśmie z 07.03.2023 r. Niemniej z załącznika nr 5 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy, poz. nr 9 wynika, iż producentem łącznika jest firma BOXMET MEDICAL, co jest nieprawdą. Uwzględnienie karty producenta torby IPMED zamiast producenta danego komponentu narusza art. 16 ustawy pzp oraz wymagania rozdziału VIII ust. 1 a) SWZ (pkt. 9 OPZ zał. Nr 5.1 do SWZ).

Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 06.04.2023 r. o przekazanie ofert konkurencji oraz na wniosek z dnia 14.04.2023 r. o ich odtajnienie nie przekazał całej oferty BOXMET MEDICAL.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie odtajnienia specyfikacji łącznika i dokonanie oceny w zakresie oferowanego koloru łącznika oraz jego producenta.

W załączniku nr 5 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy, wykonawcy zobowiązani byli do ujawnienia nazwy (model, typ, nr katalogowy, itp.) oraz producenta poszczególnych komponentów, a przedmiot zamówienia wykonywany jest na podstawie Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i szczegółowych rysunków

technicznych udostępnionych przez zamawiającego. Zatem zastrzeganie kart technicznych i badań poszczególnych komponentów takich jak tkanina zasadnicza, taśmy, nici, zamki, itp., które każdy zainteresowany wykonawca może uzyskać od producentów tych komponentów przy zakupie, służy jedynie ograniczeniu możliwości sprawdzenia

poprawności oferty przez konkurencję i podważa zasadę jawności postępowania.

Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok KIO 1661/13 uzyskany w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, co świadczy o tym, iż zamawiający ma wiedzę, iż specyfikacje techniczne potwierdzające wymagane parametry nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i celowo ich nie odtajnia.

Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 16 ustawy pzp, gdyż potraktował w różny sposób wykonawców stosując różne metody i odniesienia, podczas oceny zgodności zaoferowanych parametrów łącznika elastycznego z wymaganiami SWZ.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o.

Wykonawca NEOMED POLSKA sp z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale V ust. 3 pkt. 4 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu jakie muszą spełnić wykonawcy w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 4-8 SWZ zamawiający dopuścił spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenie przez podmiot trzeci. Zamawiający wymagał, aby w takim wypadku podmiot trzeci był podwykonawcą.

Wykonawca NEOMED POLSKA załączył wykaz dostaw, w którym wskazał jedną dostawę wykonaną dla Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie w terminie od 24.08.2022 do 30.10.2022 na Dostawę Plecaków Ratownika Medycznego wraz z wyposażeniem o wartości 7 683 033,90 zł. Drugą dostawę wskazał podmiot trzeci NEOMED B. S. dla Paramedyk J. D., Marki w terminie 09.09.2019 – 04.05.2022r. na dostawę toreb medycznych oraz wyposażenia tj. medycznych środków materiałowych o wartości 3 557 145,81 zł.

Zdaniem odwołującego, NEOMED POLSKA nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zarówno on sam jak i podmiot trzeci nie legitymują się doświadczeniem w realizacji wymaganych minimum dwóch dostaw toreb IPMed, toreb medycznych i plecaków ratunkowych. Każdy z tych podmiotów wykonał jedną dostawę, o której mowa w SWZ.

Doświadczenie dwóch niezależnych podmiotów nie podlega sumowaniu. Dwa niedoświadczone podmioty nie tworzą doświadczonego podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi. Tym bardziej, iż podmiot trzeci dysponujący połową wymaganego doświadczenia nie będzie nawet brał udziału

w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch dostaw. Powyższe oznacza, że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku dwukrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej usługi zostało przez zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, ale dwóch dostaw.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do traktowania konsorcjum albo wykonawcy niemającego doświadczenia lepiej niż wykonawcy indywidualnie ubiegającego się o zamówienie i korzystającego wyłącznie z własnego potencjału. Zasada ta nie może prowadzić do uznania, że zamawiający ma się zadowolić „gorszym” wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji dwóch wymaganych dostaw.

2) Brak wskazania podwykonawców, pozorne użyczenie potencjału podmiotu trzeciego.

Zarówno w formularzu oferty – Załącznik nr 1 do SWZ oraz w formularzu JEDZ, sekcja D, wykonawca NEOMED POLSKA wskazał, że nie będzie korzystał z podwykonawców. Podmiot trzeci NEOMED B. S. oświadczyła, w piśmie z dnia 07.03.2023 r., iż zapewni konsultacje i nadzór nad realizacją umowy, będzie współpracować w trakcie realizacji umowy przez cały okres obowiązywania umowy. Zgodnie z tym oświadczeniem podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą. Podmiot trzeci NEOMED B. S. nie ma wymaganego w SWZ doświadczenia i nie daje gwarancji realności udostępnienia zasobu. Takie użyczenie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uznać za pozorne.

Chociaż nazwa postępowania sugeruje, iż mamy do czynienia z dostawą, to głównym trzonem tej dostawy jest produkcja toreb IPMED według szczegółowego opisu przedmiotu umowy. Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ-projekt istotnych postanowień umowy, w § 4 oraz w Załączniku nr 9 do umowy - KLAUZULA JAKOŚCIOWA nr 1/WOFITM/2023, dostawy będą w pełni nadzorowane przez wyznaczone Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe w oparciu o system zapewnienia jakości AQAP 2110 wydanie D wersja 1, tj. „Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji”. Spełnienie wszystkich bardzo rygorystycznych wymagań w zakresie sposobu produkcji toreb IMED nie jest możliwe bez fizycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy.

Z tego powodu zamawiający celowo wprowadził do SWZ wymóg udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy. Zatem zamawiający winien odrzucić firmę NEOMED

POLSKA, gdyż wykonawca nie wykazał się spełnieniem wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia ani samodzielnie ani z udziałem podmiotu trzeciego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy w tym odwołujący, zwracali się z pytaniami dotyczącymi wymogów materiałów użytych do wykonania opakowania IPMed. Uczestnicy postępowania zwrócili się między innymi o dopuszczenie innego koloru łącznika elastycznego niż wymagany w specyfikacji kolor khaki zgodny z normą obronną NO-84-A203. Zamawiający mając na uwadze trudności w pozyskaniu łącznika elastycznego o wymaganych parametrach każdorazowo wyrażał zgodę na zaproponowane przez oferenta rozwiązanie. Zgody na inne niż wymagane rozwiązania zostały zawarte

w wyjaśnieniach treści SWZ:

- z dnia 17 lutego 2023 r. - pytanie nr 9: „Łącznik elastyczny - czy zamawiający dopuści łącznik elastyczny w kolorze khaki/oliwkowym, dopasowanym do maskowania WZ93? Przebadanie, łącznika (o cylindrycznym przekroju) na spektrofotometrze jest niemożliwe ze względu na duże - refleksy świetlne. Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zaproponowane rozwiązania pod warunkiem spełnienia pozostałych wymagań zawartych w OPZ.
- z dnia 02 marca 2023 r. - pytanie nr 14: „Dotyczy łącznik elastyczny. Czy Zamawiający dopuści łącznik elastyczny w kolorze ciemnozielonym zbliżonym wybarwieniem do kamuflażu wz. 93 pantera leśna przy zachowaniu wszystkich pozostałych parametrów. Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na dopuszczenie proponowanego rozwiązania z zachowaniem pozostałych wymagań zawartych w OPZ (pytanie zadane przez odwołującego).

W złożonej przez odwołującego ofercie został zaoferowany łącznik elastyczny w kolorze RAL 7008 (szary khaki), który jest niezgodny z wymaganiami. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 16.03.2023 r: firma wskazała, że kolor RAL 7008 matowy jest odpowiednikiem wymaganego koloru oliwkowo/ciemnozielonego dopasowanego do nadruku maskującego wz 93 „pantera”.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, gdyż w opinii zamawiającego kolory te nie są tożsame. Należy zauważyć, że w katalogu barw RAL przyjęto podział kolorów na 9 grup odcieni i oznaczono je zgodnie z poniższą nomenklaturą:

„znaczenie katalogu barw składa się z napisu "RAL" i czterech cyfr i wyróżnia następujące grupy barw:

RAL 10xx - grupa odcieni żółtych

RAL 20xx - grupa odcieni pomarańczowych

RAL 30xx - grupa odcieni czerwonych i różowych

RAL 40xx - grupa odcieni purpurowych i fioletowych

RAL 50xx - grupa odcieni niebieskich

RAL 60xx - grupa odcieni zielonych

RAL 70xx - grupa odcieni szarych

RAL 80xx - grupa odcieni brązowych

RAL 90xx - grupa odcieni białych i czarnych”.

Jak można zauważyć na podstawie powyższego podziału grup odcieni zaproponowany przez odwołującego kolor RAL 7008 jest odcieniem koloru szarego (grupa RAL 70xx) i nie mieści się w zakresie wymaganego koloru dla łącznika elastycznego tj.: „khaki” „khaki/oliwkowy” oraz „ciemnozielonym” (grupa RAL 60xx). Odwołujący zwracał się z pytaniem do zamawiającego o dopuszczenie łącznika w kolorze ciemnozielonym. Zamawiający

w wyjaśnieniach z 2 marca 2023 r. wyraził zgodę na zastosowanie takiego rozwiązania, lecz odwołujący zaoferował inny kolor niż ten, który został dopuszczony przez zamawiającego. Oznaczenie RAL 7008 wskazuje, że nie jest to khaki (zgodny z normą obroną), ani ciemnozielony, ani khaki/oliwkowy (dopuszczony w odpowiedziach na pytania Uczestników postępowania).

W odpowiedzi na zarzut dotyczący zmiany sposobu postrzegania przez zamawiającego tego samego koloru łącznika (oliwkowo/ciemnozielony RAL 7008), który został zastosowany przez odwołującego i akceptowany przez zamawiającego w poprzedniej umowie nr 85/MAT/2022 na dostawę toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMED, przy zachowaniu tych samych wymagań technologicznych, zamawiający wskazał, że akceptacja zmiany koloru łącznika, którym posłużyła się firma MILENA BIS Sp. z o.o. w trakcie realizacji umowy nr 85/MAT/2022 na dostawę toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMED nie ma żadnego związku z niniejszym postępowaniem. Twierdzenia odwołującego dotyczące zmiany sposobu postrzegania koloru RAL 7008 jako odcienia szarego, a nie oliwkowo/ciemnozielonego są całkowicie niezrozumiałe w kontekście powszechnie dostępnego katalogu barw RAL.

Zamawiający podnosi, iż akceptacja łącznika w kolorze RAL 7008 nastąpiła na etapie realizacji umowy, wynikająca z trudności firmy MILENA BIS Sp. z o.o. z pozyskaniem łącznika elastycznego w kolorze khaki została dopuszczona jako zmiana nieistotna, która nie powodowała, że charakter umowy zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Zamawiający akceptując kolor łącznika elastycznego o barwie RAL 7008, miał na względzie fakt, że firma Milena BIS Sp. z o.o. była jedynym wykonawcą, który przystąpił do realizacji zamówienia.

Odwolujący zarzuca zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania określonej w art. 16 ustawy pzp poprzez ocenę zgodności zaoferowanych przez

Wykonawców parametrów łącznika elastycznego z wymaganiami SWZ według bliżej niekreślonych zasad, stosując różne metody odniesienia w zakresie badania koloru łącznika.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że wymagania SWZ co do parametrów łącznika elastycznego są bliżej nieokreślone. Kolor łącznika elastycznego opisany w SWZ jako kolor khaki odnosi się do normy obronnej NO-84-A203. W trakcie postępowania kolor łącznika był przedmiotem pytań kilku firm biorących udział w postępowaniu przetargowym. Zamawiający traktując w równy sposób każdego wykonawcę odpowiadając na pytania zadawane przez uczestników postępowania dopuszczał również inne kolory niż kolor khaki. Zatem zamawiający w udzielonych odpowiedziach do pytań odnośnie dopuszczenia koloru łącznika elastycznego zrezygnował z konieczności zgodności koloru z wymaganą normą obroną NO-84A203. Warto zaznaczyć, że żaden z wykonawców, w tym również odwołujący nie zadał pytania o dopuszczenie łącznika w kolorze szarym lub szarym khaki.

Nie sposób przyjąć, że odwołujący został potraktowany inaczej niż inni wykonawcy będący w tej samej sytuacji faktycznej. Ocena ofert przez zamawiającego, w tym oferty odwołującego, który sam wskazał barwę łącznika odnosząc ją do powszechnie dostępnego katalogu barw RAL, w żaden sposób nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji. W ten sam sposób ocenił oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Firma NEOMED POLSKA Sp. z o.o. zaoferowała łącznik elastyczny w kolorze khaki/oliwkowym. Kolor ten został dopuszczony odpowiedziami z 17.02.2023.r pytanie nr 9. Z kolei firma BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. zaoferowała łącznik elastyczny w kolorze khaki. Kolor ten był wymagany w Opisie przedmiotu zamówienia.

Odwolujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o. uznanych za najkorzystniejsze pomimo, tego, że oferty te nie spełniają warunków zamówienia w zakresie parametrów technicznych łącznika elastycznego (art. 226 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp).

Argumentacja została przedstawiona w odpowiedzi na zarzut nr 2.

Odwolujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odtajnienia specyfikacji technicznych zastrzeżonych przez firmy NEOMED POLSKA Sp. z o.o. oraz BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu ocenę kart technicznych łącznika elastycznego. Zgodnie z treścią przepisu art. 18 ust 3 ustawy pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, została określona w art. 11 ust. 4 ZNKU, który stanowi,

że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest jednak odpowiednie zachowanie wykonawcy. Wykonawca musi bowiem zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz musi wykazać za pomocą dowolnych środków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc spełniają przesłanki określone w art. 11 ZNKU (art. 18 ust. 3 PrZamPubl). Stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, że aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym nakazujące zobligowanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przy czym wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również przesłanki

o charakterze materialnym pozwalające na stwierdzenie, że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą (uchw. KIO z 12.2.2020 r., KIO/KU 5/20).

Zamawiający uznał, że firma NEOMED POLSKA sp. z o.o. oraz BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. prawidłowo zastrzegła, informacje dotyczące łącznika elastycznego jako tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego też odtajnienie kart technicznych łącznika elastycznego jest całkowicie nieuprawnione. Zgodnie z wyr. SN z 3.10.2000 r., I CKN 304/00 (OSN 2001, Nr 4, poz. 59), informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem (wyr. KIO z 8.8.2013 r., KIO 1780/13, Legalis).

Warto zaznaczyć, że na stronach internetowych zarówno firma NEOMED POLSKA Sp. z o.o. oraz BOXMET MEDICAL Sp. z o.o. nie da się ustalić producentów poszczególnych elementów torby do Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed, a dane dotyczące technicznych elementów łącznika elastycznego zawarte w karcie technicznej mogą mieć duże

znaczenie dla innych wykonawców, którzy są zainteresowaniem pozyskaniem tych samych zamówień.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty firmy NEOMED POLSKA Sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wiedzy i doświadczenia - art. 226 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp.

Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawca w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przedstawił wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ. Korzystanie przez Wykonawcę ze zdolności technicznych lub zawodowych, a także sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów uregulowana została w art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wskazano tam, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Co więcej, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane.

Powyższe oznaczają, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia i chcący skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia musi zapewnić, że podmiot udostępniający zasoby faktycznie wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji, których określone zdolności są wymagane. Tym samym „podwykonawstwo” nie dotyczy dostaw. Przedmiotem zamówienia jest dostawa toreb do IPMed, co jasno wskazuje, że nie mamy tu do czynienia ani z usługą ani też robotą budowlaną, lecz dostawą.

Powyżej wskazany przepis jak widać nie przesądza o obowiązku faktycznego wykonania dostaw w przypadku podmiotu trzeciego, który służy wykonawcy za nośnik wiedzy i doświadczenia wymaganego dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego zaś wynika, że nie w każdym przypadku podmiot taki będzie podwykonawcą. Obowiązek taki musiałby zostać narzucony przez zamawiającego w dokumentach prowadzonego postępowania.

Wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie

disponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia. W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Neomed Polska Sp. z o.o. składając ofertę w zakresie wiedzy i doświadczenia przedstawił jedną dostawę realizowaną samodzielnie na kwotę 7 683 033,90 zł wraz z dowodami tj. referencjami oraz dostawy realizowane przez Neomed B. S. na kwotę 3 557 145,81 zł wraz z dowodami tj. referencjami, udostępniającą wiedzę i doświadczenie Neomed B. S. złożyła również „oświadczenie”.

W przedmiotowym oświadczeniu wprost wskazała, w jakim zakresie będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia. Zaznaczyć należy również, że w przedmiotowym oświadczeniu podmiot trzeci tj. Neomed B. S., oświadczyła, że będzie brała udział w zrealizowaniu umowy, pkt. 2 oświadczenia brzmi „współpraca w zakresie realizacji postanowień ewentualnej umowy przetargowej”. Oznacza to bezsprzecznie, że nie ma tu mowy o samym udostępnieniu wiedzy i doświadczenia (handlu wiedzą i doświadczeniem) ale wypełnieniu warunku określonego w rozdziale V pkt. 7 SWZ tj. udziału w zrealizowaniu dostaw.

Pkt. 7 rozdział V jest w tym przypadku wymaganiem dla wykonawcy, aby uczestniczył w zrealizowaniu zamówienia, co wyeliminowało możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego bez jego udziału, nie żądając jednak, aby podmiot trzeci był podwykonawcą. Ponadto Neomed Polska Sp. z o.o. nie wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, z czego wynika, że przedmiotowe zamówienie będzie realizował samodzielnie.

Subiektywne przekonanie odwołującego, jakoby zapis Rozdziału V pkt. 7 zobowiązywał w tym przypadku do udziału w przedmiotowym postępowaniu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, jako podwykonawca jest bezpodstawne, gdyż w żadnym z rozdziałów SWZ zamawiający nie zobowiązał do powyższego. Odwołujący błędnie zinterpretował ww. zapis nie biorąc pod uwagę określonych przez zamawiającego w SWZ warunków dotyczących podwykonawców.

Pisma w sprawie złożyli również przystępujący wykonawcy.

Przystępujący Neomed wskazał, że stosownie do przepisu art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp odwołanie winno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie przystępującego, o ile odwołujący, na stronie drugiej odwołania – pkt 3, 4, 5, przedstawił zwięzłe zarzuty odwołania względem oferty złożonej przez przystępującego, o tyle w dalszej części odwołania nie wskazał w

sposób jednoznaczny, czytelny i kompletny okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. W szczególności argumentacja zawarta w pkt II uzasadnienia odwołania, odnosząca się do przystępującego, jest

przedstawiona w sposób chaotyczny, co utrudnia, a wręcz uniemożliwia odniesienie się do większości zarzutów postawionych w petitum odwołania. Odwołujący w petitum odwołania (pkt 3) sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty NEOMED POLSKA sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie parametrów technicznych łącznika elastycznego, jednak w uzasadnieniu odwołania nie wskazał wprost okoliczności uzasadniających przedmiotowy zarzut. Jedynym miejscem, w którym odwołujący poruszył kwestie łącznika elastycznego zaoferowanego przez przystępującego, jest pkt II uzasadnienia odwołania, przy czym okoliczności tam podniesione dotyczą rzekomego nierównego traktowania wykonawców, nie zaś niezgodności oferty przystępującego

z warunkami zamówienia, Odwołujący w petitum odwołania (pkt 4) sformułował zarzut zaniechania odtajnienia specyfikacji technicznych zastrzeżonych przez firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o., jednak w dalszej treści odwołania nie uzasadnił tego zarzutu w jakikolwiek sposób.

Podsumowując, zdaniem przystępującego, za wyjątkiem zarzutu nr 5 (strona 2 odwołania) w pozostałym zakresie zarzuty sformułowane w petitum odwołania nie korespondują w uzasadnieniu zamieszczonym w dalszej części odwołania. Wiele twierdzeń prezentowanych w uzasadnieniu odwołania wykracza również poza zarzuty petitum odwołania. Wskazać należy, że nie jest rolą przystępującego, zamawiającego, a przede wszystkim Krajowej Izby Odwoławczej, „wyławianie” poszczególnych fragmentów z uzasadnienia odwołania i dopasowywanie ich do zarzutów podniesionych w petitum odwołania.

Przechodząc do zagadnień merytorycznych przystępujący zaprzecza, jakoby zaoferował zamawiającemu produkt niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Z treści załącznika nr 5 do SWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy Neomed Polska Sp. z o.o.) wynika wprost, że przystępujący zaoferował w niniejszym postępowaniu łącznik elastyczny EMES-PROJECT w kolorze khaki/oliwkowym. Jak słusznie zauważył zamawiający, kolor ten jest przypisany do systemu oznaczania barw (RAL) i należy do grupy odcieni zielonych, oznaczonych jako „RAL 60xx”. Co więcej, przystępujący już w treści oferty odesłał do pytania nr 9 i pozytywnej odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego pismem z dnia 17.02.2023 r., wskazując, że oferowany przez niego kolor zyskał akceptację zamawiającego na etapie wyjaśnienia treści SWZ. Pomocniczo przystępujący wskazuje, że w innym pytaniu i udzielonej pismem z dnia 17.02.2023 r. odpowiedzi zamawiającego, kolor khaki/oliwkowy

RAL6014 dopasowany do maskowania WZ93 zyskał akceptację zamawiającego również w zakresie innego produktu – taśmy elastycznej.

Nie ulega zatem wątpliwości, że kolor khaki/oliwkowy, należący do grupy palety barw „RAL 60xx”, był na etapie wyjaśnień treści SWZ każdorazowo akceptowany przez zamawiającego. Brak zatem podstaw do twierdzenia, iż oferta przystępującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do podnoszonych kwestii faktycznego producenta łącznika elastycznego zaoferowanego przez przystępującego oraz przedstawionej przez przystępującego karty technicznej, przystępujący wnosi o pominięcie tej argumentacji przez Izbę z uwagi na fakt, iż w tym zakresie odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu względem oferty przystępującego. W szczególności odwołujący nie postawił w odwołaniu ani zarzutu złożenia nieprawidłowych przedmiotowych środków dowodowych, ani zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Wszelkie dywagacje odwołującego, wkomponowane zresztą między wierszami uzasadnienia zarzutu nierównego traktowania wykonawców (pkt II uzasadnienia odwołania), nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy odwoławczej, gdyż nie korespondują z zarzutami sformułowanymi na stronie drugiej odwołania.

W sytuacji sformułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do wykonania co najmniej dwóch dostaw, jeżeli wykonawca dysponuje jednym własnym zamówieniem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w zakresie drugiego zamówienia chciałby polegać na zasobach podmiotu trzeciego, to na gruncie bezwzględnie obowiązującego art. 118 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób mu takiej możliwości zabronić. W przeciwnym przypadku zniweczony zostałby cel powołanego przepisu. Należy także zauważyć, że przedmiotem niniejszego zamówienia są dostawy, w których podmiot, na zasobach, którego wykonawca polega, nie musi realizować zamówienia w zakresie w jakim jego zdolności są wymagane (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp). Wobec tego doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby może zostać wykorzystane w trakcie wykonywania danego zamówienia w sposób inny niż poprzez bezpośrednią realizację przedmiotu zamówienia. Co jednak istotne i kluczowe, zdaniem przystępującego, dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu odwołania, zamawiający w treści SWZ, opisując warunek udziału w postępowaniu, nie zabronił i nie wykluczył wykazywania jego spełnienia poprzez wylegitymowanie się przez wykonawcę jedną, własną dostawą oraz jedną, pochodzącą od podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający nie ograniczył więc swobody decyzji wykonawcy w zakresie tego czy będzie polegał na zasobach innego podmiotu i w jakim zakresie (jedno zamówienie referencyjne, czy też dwa zamówienia referencyjne). Zamawiający pozostawił prawo wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia do

podjęcia niezależnej decyzji co do sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do tego usankcjonowane przez powszechnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp i dyrektyw.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu III.2) odwołania przystępujący wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oczywistym zatem pozostaje, że przywołana regulacja nie dotyczy dostaw. Innymi słowy, w świetle przepisów ustawy Pzp, które należy traktować jako nadrzędne nad postanowieniami SWZ, w przypadku udostępnienia wykonawcy zasobów celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia, podmiot udostępniający nie musi brać udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Bez względu na powyższe, istotny pozostaje jednak fakt, jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że w pisemnym zobowiązaniu NEOMED B. S. do udzielenia przystępującemu zasobów, podmiot ten zobowiązał się do pełnej współpracy w zakresie realizacji postanowień ewentualnej umowy przetargowej, przez cały okres obowiązywania umowy. Oznacza to, że udostępnienie swoich zasobów przystępującemu nie będzie miało pozornego charakteru.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, iż „głównym trzonem tej dostawy jest produkcja toreb IPMED” należy zwrócić uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa zaofertowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś jego wyprodukowanie. Zgodnie z jednolitym, ugruntowanym orzecznictwem KIO producent oferowanych w postępowaniu produktów nie jest podwykonawcą (przykładowo: KIO 1905/18, wyrok z dnia 8 października 2018 r., „Oferowanie wyrobów innego producenta nie jest sprzeczne z oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia – producent nie jest, w rozumieniu przepisów p.z.p., ani podwykonawcą, ani podmiotem trzecim, z którego zasobów wykonawca korzysta.”). Tym samym wykonawca nie był zobowiązany do wskazywania ani producenta, ani podmiotu udostępniającego zasoby, jako podwykonawcy biorącego udział w realizacji części zamówienia.

Niezależnie od powyższego, odnośnie zarzutu nr 5 petitum odwołania, przystępujący pragnie zauważyć, że w prowadzonym postępowaniu nigdy nie był wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów sformułowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 2 lit. b) Pzp i żądanie bezpośredniego odrzucenia oferty przystępującego nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący w treści odwołania nie podniósł zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zaś Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp,

nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Także z tego powodu wniesione odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Przystępujący Boxmet wskazał, iż zaofertowany przez firmę Boxmet Medical Sp. z o.o. łącznik elastyczny spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, w tym wymagania co do barwy. Zgodnie z informacjami zawartymi w złożonej przez Nas ofercie łącznik elastyczny, którego użyjemy do produkcji torby IPMed będzie miał kolor khaki dopasowany do maskowania WZ93 (dopuszczenie z dnia 17.02.2023 r.) Nie mamy tu więc do czynienia z rozbieżnością w ofercie, którą sugeruje odwołujący. Informacje zawarte w ofercie są jasne i konkretne oraz nie pozostawiają wątpliwości, iż zaofertowany łącznik elastyczny posiada barwę zgodną z wymaganiami i w szczególności DOPASOWANĄ DO MASKOWANIA WZ93. W żadnym wypadku nie możemy mówić o ofercie wariantowej czy też o ofercie podlegającej odrzuceniu w kontekście oferty firmy Boxmet Medical Sp. z o.o.

Odnosząc się do stwierdzenia, iż zamawiający nie wyjaśnił z wykonawcą jaka jest barwa zaofertowanego łącznika to zgodnie z wyrokiem KIO z 13 maja 2021 r. (KIO 857/21) „w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy nie budzi wątpliwości Zamawiającego, to nie ma on obowiązku wystosowania do wykonawcy wezwania”. Barwa łącznika nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego, gdyż jest zgodna z wymaganiami, więc nie miał potrzeby wyjaśniania tej kwestii z wykonawcą. W tym miejscu należy przywołać również fragment wyroku KIO 777/23 z 4 kwietnia 2023 r., w którym stwierdzono, iż „Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez Wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SWZ (...), tj. wymagania co do treści oferty”.

Treść oferty firmy Boxmet Medical Sp. z o.o. niewątpliwie potwierdza spełnienie wymagań zamawiającego, a odwołujący nie wskazał żadnych merytorycznych czy też prawnych podstaw do uznania oferty przystępującego za niezgodną z warunkami zamówienia. Istotne jest również to, iż odwołujący wskazuje, że treść oferty budzi wątpliwości – czy wykonawca zaofertował łącznik w kolorze khaki czy khaki/oliwkowy? W ocenie przystępującego jest to nieudolna próba sformułowania jakiegokolwiek zarzutu względem przystępującego, gdyż kwestia koloru łącznika (khaki dopasowany do maskowania WZ93) została potwierdzona zarówno w ofercie jak i w wyjaśnieniach przystępującego z 20.03.2023 r. Wszelkie ewentualne wątpliwości zostały więc wyjaśnione w w/w piśmie. Odwołujący poza gołosłownymi stwierdzeniami, iż ma wątpliwości co do zaofertowanego koloru khaki nie przedłożył żadnych dowodów na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu w zakresie zarzutów sformułowanych w odwołaniu spoczywa na odwołującym. Nie

wystarczy samo zakwestionowanie czynności Zamawiającego czy dokonanej przez niego oceny ofert.

Jeśli natomiast chodzi o treść oferty firmy Milena Bis Sp. z o.o. to trudno jednoznacznie stwierdzić jaki kolor łącznika został właściwie zaofertowany, gdyż wykonawca w załączniku nr 5.4 pkt. 9 wskazuje, iż oferuje kolor oliwkowy/ciemnozielony dopasowany do nadruku maskującego wz.93 i dopuszczony odpowiedziami z 02.03.2023 r., a następnie w kartach produktu wskazuje kolor RAL 7008 tzw. szary khaki.

Próbując wyjaśnić słuszne wątpliwości zamawiającego wykonawca jeszcze bardziej zapętlą się w próbie wyjaśnienia jaki właściwie kolor został zaofertowany, gdyż informuje, iż kolor RAL 7008 (szary khaki) jest odpowiednikiem wymaganego koloru oliwkowego/ciemnozielonego i jednocześnie przedstawia oświadczenie producenta, iż kolor „szary khaki” to odcień” oliwkowy/ciemnozielony” dopasowany i zbliżony do wybarwienia WZ93. Zrozumiałe są, więc wątpliwości zamawiającego czy zaofertowano kolor szary khaki czy oliwkowy czy może ciemnozielony oraz czy jest to kolor dopasowany, zbliżony czy też odpowiada wymaganej barwie. Jakiegokolwiek doprecyzowanie tej kwestii byłoby nieuprawnioną i istotną zmianą oferty, co powodowałoby konieczność odrzucenia oferty. Istotne jest to, że w żadnym miejscu SWZ, OPZ czy odpowiedzi na pytania nie dopuszczono możliwości wykonania łącznika w kolorze „RAL 7008”, „szary khaki” czy też „koloru będącego odpowiednikiem koloru oliwkowy/ciemnozielony”. Działanie zamawiającego i

uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego jest więc prawidłowe. Zgodnie z wyrokiem KIO z 25 kwietnia 2022 r. (KIO 987/22) „odrzuconiu podlega zatem (...) oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny”. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty firmy Milena Bis, gdyż odwołujący zaoferował łącznik w kolorze niezgodnym z wymaganiami i wszelkimi dopuszczeniami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego oraz przystępujących wykonawców, a ponadto wskazuje, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odpowiedziami na pytania wykonawców (nr 9 i 25) dopuścił zaoferowanie łącznika w kolorach oliwkowym/ciemnozielonym oraz khaki/oliwkowym. Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż odwołujący w treści oferty, w załącznikach 5 i 5.4 oświadczył, iż przedmiotem oferty jest łącznik w kolorze oliwkowym/ciemnozielonym. Powyższe oświadczenie można by było przyjąć za prawdziwe o ile – po pierwsze specyfikacja techniczna producenta łącznika oraz – po drugie oświadczenie producenta łącznika firmy SIMECH, złożone w ramach przedmiotowych środków dowodowych potwierdzałyby tę okoliczność. Jednakże jak wynika z akt sprawy, producent łącznika w specyfikacji technicznej wprost wskazał na kolor łącznika, który został określony jako RAL 7008 matowy, który wg. tego wzornika (RAL) określony jest jako szary/khaki. Jak wynika ze wskazanego wzornika, grupa RAL 70xx to grupa odcieni szarych (co pośrednio potwierdza wydruk ze strony internetowej firmy ustalającej ten wzornik). Grupami zaś odcieni zielonych i brązowych są odpowiednio grupy RAL 60xx oraz RAL 80xx, które to odcienie dopuścił zamawiający. Okoliczność, iż zamawiający w ramach realizacji poprzedniej umowy wyjątkowo dopuścił wskazany przez odwołującego kolor łącznika RAL 70xx, pozostaje irrelevantny dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, gdyż jak to wyjaśnił zamawiający, realizacja poprzedniej umowy była zagrożona faktem, iż jedynym wykonawcą był odwołujący i komunikował on zamawiającemu problemy z wymaganą kolorystyką. Okolicznością istotną dla tego postępowania jest zaś brak wykazania – poprzez zgłoszone przez odwołującego przedmiotowe środki dowodowe – zgodności oferty z warunkami zamówienia, które w tym przypadku nie pozwalały na zaoferowanie łącznika w kolorze/odcieniach szarości (RAL 7008). Następca próba dowodzenia przez odwołującego kolejnym oświadczeniem producenta łącznika (firmy SIMECH) o sposobie rozumienia podanej w specyfikacji technicznej kolorystyki RAL 7008 matowy, nie może konwalidować błędu jaki w tym zakresie popełnił odwołujący. Skoro sam producent łącznika odwołuje się do palety kolorów RAL to producent oraz następnie odwołujący nie może następnie twierdzić, że paleta ta, wzornik,

dopuszczają mieszany sposób rozumienia danej grupy kolorystycznej. Zdaniem Izby zaoferowany przez odwołującego łącznik nie spełnia warunków zamówienia, dlatego też czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uznać należało za prawidłową.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców. Zdaniem Izby warunki zamówienia były opisane w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, a oferty złożone przez przystępujących odpowiadają warunkom wynikającym z SWZ. Wybarwienie zaoferowanych przez przystępujących łączników odpowiada kolorystyce opisanej przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 8, 9 i 10, odwołanie zawiera: 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów, 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołujący w treści odwołania postawił zarzut zaniechania odtajnienia specyfikacji technicznych zastrzeżonych przez firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o. jako tajemnice przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu ocenę kart technicznych łącznika elastycznego - art. 18 ustawy pzp, wnosząc o nakazanie odtajnienia ofert NEOMED POLSKA sp. z o.o. i BOXMET MEDICAL sp. z o.o. Izba uznała postawiony przez odwołującego zarzut za tzw. „zarzut pusty” albowiem poza wyżej przytoczoną treścią części odwołania, odwołujący nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych oraz nie powołał wniosków dowodowych, które mogłyby potwierdzać stawiane tezy. Tym samym ocena tak postawionego zarzutu, niemożliwego do uzupełnienia na rozprawie, skutkowałą jego oddaleniem.

Za całkowicie bezzasadny, Izba uznała zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty firmy NEOMED POLSKA sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu – wiedzy i doświadczenia - art. 226 ust. 2 lit. b ustawy Pzp. W powyższym zakresie odwołujący mylnie rozumie sposób wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się odwołujący, gdyż przedmiot zamówienia określony został jako dostawa, a zgodnie z przepisem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Tym samym w zakresie

przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa, ustawodawca wyłączył obowiązek podwykonawstwa w odniesieniu do podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Ponadto zamawiający nie zastrzegł, że w przypadku, gdy podmiot składający ofertę będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego, musi uwzględniać udział tego podmiotu w charakterze

podwykonawcy, czemu zresztą sprzeciwiają się przepisy Pzp w tym rodzaju zamówienia. Nie określił również, że wykazywane doświadczenie musi być spełnione łącznie przez te podmioty.

Dlatego też Izba stwierdziła, że wykazany przez przystępującego Neomed udział podmiotu trzeciego w zakresie wskazanym w oświadczeniu o udostępnieniu swojego potencjału, odpowiada opisanemu przez zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu i potwierdza jego spełnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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).

Przewodniczący: