

WYROK

Warszawa, dnia 17 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 roku przez wykonawcę Balmung Medical Handel GmbH z siedzibą w Langkampfen, Austria w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego BIALMED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Balmung Medical Handel GmbH z siedzibą w Langkampfen, Austria i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 68 zł 00 (sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Balmung Medical Handel GmbH z siedzibą w Langkampfen, Austria na rzecz zamawiającego Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4557/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zakup i dostawa wyrobów medycznych: opatrunków, preparatów do dezynfekcji, dekaliny, preparatów do dializ”, nr referencyjny: PIMMSWIA-2375/18/07/01/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2024 r. pod numerem: 454216-2024.

W postępowaniu tym wykonawca Balmung Medical Handel GmbH z siedzibą w Langkampfen, Austria (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 grudnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części nr 13, tj.:

- a. zaniechania odrzucenia oferty Bialmed ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia, a konkretnie treści Rozdziału 9 pkt 9.1 SWZ, zgodnie z którymi wykonawca miał złożyć jako przedmiotowe środki dowodowe dokumenty potwierdzające, że zaoferowany produkt posiada specjalny tłok eliminujący napływ krwi do cewnika (zerowy refluks), gdyż Bialmed nie złożył stosownego dokumentu, z którego by wynikało, że w produktach Bialmedu 3 występuje zerowy refluks. W efekcie stanowiło to naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP;
- b. zaniechania odrzucenia oferty BD ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia, a konkretnie treści Rozdziału 9 pkt 9.1 SWZ, zgodnie z którymi wykonawca miał złożyć jako przedmiotowe środki dowodowe dokumenty potwierdzające, że zaoferowany produkt posiada specjalny tłok eliminujący napływ krwi do cewnika (zerowy refluks), gdyż BD nie złożył stosownego dokumentu, z którego by wynikało, że w produktach BD występuje zerowy refluks. W efekcie stanowiło to naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP;
- c. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Bialmed, mimo że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza w Postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu, co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 PZP w związku z art. 16 PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez nieodrzućenie oferty Bialmed, pomimo że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia oraz Bialmed nie przedstawił wymaganych w tej sprawie przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowane przez niego strzykawki cechy "zero reflux";
- b.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez nieodrzućenie oferty BD, pomimo że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia oraz Bialmed nie przedstawił wymaganych w tej sprawie przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie przez oferowane przez niego strzykawki cechy "zero reflux";
- c.naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez wybór oferty przedstawionej przez Bialmed, pomimo że powinna ona podlegać odrzućeniu, a jej wybór naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a.unieważnienia czynności z dnia 21 listopada 2024 r. polegającej na wyborze oferty Bialmed jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- b.odrzućenia oferty Bialmed ze względu na niezgodność treści tej oferty z treścią warunków zamówienia oraz nieprzedstawienie przez Bialmed wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
- c.odrzućenia oferty BD ze względu na niezgodność treści tej oferty z treścią warunków zamówienia oraz nieprzedstawienie przez Bialmed wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
- d.unieważnienia przez Zamawiającego Postępowania w zakresie części nr 13 Postępowania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem do SWZ (formularz ofertowo-cenowy xls) wykonawcy mieli dostarczyć strzykawkę w czterech wariantach, która jest napelniana fabrycznie, do przepłukiwania dostępu naczyniowego, zawierająca chlorek sodu (roztwór 0,9 NaCl), która dodatkowo posiada specjalnej budowy tłok eliminujący napływ krwi do cewnika (zerowy refluks).

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 9 pkt 9.1 SWZ Zamawiający wymagał przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że oferowane produkty spełniają określone wymagania.

Odwołujący podniósł, że produkty, które miały być zaoferowane w ramach części 13 postępowania powinny posiadać "specjalnej budowy tłok eliminujący napływ krwi do cewnika (zerowy refluks)".

Wykonawca Bialmed wraz ze swoją ofertą złożył kartę produktu "AMSafe – strzykawka z solą 0,9% do przepłukiwań". Z dołączonego dokumentu i opisu produktu wynika, że strzykawki posiadają tłok zapobiegający cofaniu krwi do cewnika. Brakuje jednak informacji, która była wymagana przez Zamawiającego, a mianowicie, czy wskazany tłok zapobiega cofaniu się krwi do cewnika całkowicie (co dawałoby efekt zerowego refluksu), czy tylko minimalizuje refluks. Bialmed nie przedstawił ponadto żadnych innych dokumentów, z których by wynikało, że jego produkty charakteryzują się zerowym refluksiem.

W związku z tym, że karta produktu przedstawiona przez Bialmed wraz z ofertą nie zawierała informacji o posiadaniu przez oferowane produkty cechy "zerowy refluks", niedopuszczalne było wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że strzykawka, aby posiadała cechę "zero reflux" musi posiadać w komplecie specjalny zawór zwrotny, który jest mocowany na końcówce Luer Lock. Tylko z takim dodatkiem możliwe jest zapobiegnięcie zasysaniu przez strzykawkę płynu i krwi.

Wykonawca BD wraz ze swoją ofertą złożył kartę produktu "BD PosiFlush (NaCl 0,9%)". Odwołujący zwrócił uwagę, że napis "ZERO REFLUX" (w karcie produktu) zawiera gwiazdkę, która jest odnośnikiem do informacji zamieszczonej na dole karty produktu. Jej treść jest następująca: "Średnie cofanie się (reflux) krwi mierzone w cewniku do żył centralnych wprowadzanym obwodowo (PICC) o rozmiarze 4Fr; dane w dokumentacji BD". BD wskazuje co prawda w swojej ulotce, że oferowana strzykawka została zaprojektowana w taki sposób, aby wyeliminować problem zasysania krwi z powrotem do cewnika, jednakże informacja ta jest gołosłowna. BD nie przedstawił bowiem żadnej dokumentacji technicznej, certyfikatów lub wyników badań, które by potwierdzały, że strzykawki BD istotnie posiadają cechę "ZERO REFLUX". W tej sytuacji, wobec niespełnienia przez ofertę BD warunków zamówienia oraz nieprzedstawienia przez BD niezbędnych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający powinien był odrzućić ofertę BD.

Pismem z dnia 16 grudnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zdaniem Zamawiającego odwołanie powinno być oddalone z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego. Oferta

Odwołującego została odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, czego Odwołujący nie zakwestionował.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podniósł, że odwołanie jest również merytorycznie bezzasadne i w przypadku nieuwzględnienia zarzutu braku interesu prawnego powinno podlegać oddaleniu.

Wykonawca BIALMED SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w sprawie rozpatrywanej Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania.

Art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oznacza możliwość jego otrzymania. Interes zatem posiadać wykonawca, który wskutek niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Co istotne, w wyniku niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego, a nie w wyniku własnych zaniedbań. Podkreślenia wymaga, że celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto.

Interes podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Z tego też względu interes ten musi zostać wykazany na etapie wnoszenia odwołania, a następnie jego istnienie jest weryfikowane przez skład orzekający.

Rozpoznając odwołanie Izba dokonała badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i ustaliła, że ww. przesłanki nie wystąpiły.

Wykonawca, którego oferta została odrzucona i nie skorzystał on z przysługujących mu środków ochrony prawnej, o których mowa w ustawie Pzp, nie może kwestionować czynności wyboru oferty innego wykonawcy czy też zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców.

Nie sposób również uznać, że w zaistniałej sytuacji Odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, skoro to Odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. Nie jest celem postępowania odwoławczego umożliwienie wykonawcy naprawienia błędów poprzez nakazanie unieważnienia postępowania i umożliwienie mu ponownego złożenia oferty, tym razem zgodnej z warunkami zamówienia.

Konkludując, wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów. Z uwagi na powyższe, odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: