

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę „Gespar” – G. Pyjor, M. Sutkowski Spółka jawna, ul. Matuszewska 14, 03-876 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szpital Joannitas w Pszczynie Samorządowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji ul. dr W. Antesa 11, 43-200 Pszczyna

z udziałem przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Citonet - Śląski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wojkowska 35, 40-250 Czeladź, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych Spółka Akcyjna, ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - „Gespar” – G. Pyjor, M. Sutkowski Sp. j. 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 oraz kwotę 5.529 zł 50 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset dwadzieścia dziewięć złotych, pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty dojazdu, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz opłaty skarbowej;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 5.529 zł 50 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset dwadzieścia dziewięć złotych, pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika strony, koszty dojazdu, noclegu oraz opłaty skarbowej.

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 2458/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szpital Joannitas w Pszczynie Samorządowa Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Pszczynie, w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę pieluchomajtek i podkładow higienicznych dla Szpitala Joannitas w Pszczynie (nr postępowania: ZP/10/2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.06.2024 r., 00349406, wobec czynności odrzucenia oferty własnej na część 1 zamówienia oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało w dniu 15.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy „Gespar” – G. Pyjor, M. Sutkowski Spółka jawna z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 2458/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w ramach części 1 zamówienia z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia zaoferowanych pieluchomajtek i elastycznych majtek chłonnych oraz wybór oferty innego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy zaoferowane przez Odwołującego pieluchomajtki i elastyczne majtki chłonne spełniają warunki zamówienia, zaś badanie przez Zamawiającego próbek odbyło się w sposób nieprzejrzysty, bez zapewnienia uczciwej konkurencji ani równego traktowania Wykonawców”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 09.07.2024 r.

Odwołujący kwestionuje decyzję i uzasadnienie odrzucenia jego oferty na część 1 zamówienia, poprzedzone badaniem próbki zaoferowanych pieluchomajtek. W ramach uzasadnienia Zamawiający nie odwołał się wprost do warunków zamówienia, lecz jedynie do informacji zawartych w kartach katalogowych zaoferowanego asortymentu. Jednocześnie w

ramach uzasadnienia Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek informacji o procedurze badania próbek czy dowodów na przeprowadzenie takiego badania. Dodatkowo w przypadku uzasadnienia faktycznego z poz. 2.2 i 2.5 do odrzucenia, referuje ono do wymagań w ogóle nie określonych warunkami zamówienia. Zastrzeżenia Odwołującego dotyczą również samej procedur badania próbek, oderwanej od postanowień pkt 5.9 swz i braku opisu takiej procedury. W sytuacji, gdy w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nie ujawnił okoliczności w jakich przeprowadził badanie próbek i nie można ustalić jak przebiegło badanie tych próbek, uniemożliwia to ustalenie, czy badanie przeprowadzono prawidłowo. Tak przeprowadzona ocena próbek nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum CitoNet Śląski Sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych (dalej jako Konsorcjum). Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odnosił się do zarzutów.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, okazaną na rozprawie próbkę przekazaną do badania Zamawiającemu, a także stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Stan sprawy co do okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania nie był sporny. Dotyczy to zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i ustaleń co do podstaw badania ofert, przywołanych w sposób wierny w treści odwołania. Spornym w sprawie był natomiast ustalenie, czy badanie próbki mogło mieć znaczenie dla stwierdzenia zgodności oferty z swz, jak również czy wynik badania przedstawiony w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego został ustalony w sposób prawidłowy. Zastrzeżenia Odwołującego dotyczą zarówno odniesienia części uzasadnienia do okoliczności, które nie miały związku z parametrami wymaganymi w swz, jak i samej procedury weryfikacji próbki.

Istotne w świetle zakresu zarzutów pozostawały postanowienia swz w zakresie opisującym przedmiot zamówienia objęty części 1 zamówienia, jak również sposób weryfikacji spełnienia wymagań, obejmujący również badanie próbki.

Izba ustaliła i zważyła.

Część 1 zamówienia opisana w załączniku nr 1 do swz – formularz cenowy, zawiera od 1 do 6 pozycje pieluchomajtek, których opis został powielony i obejmuje: *wykonane z paroprzepuszczalnego laminatu na całej powierzchni produktu. Posiadające dwa elastyczne ściągacze taliowe w przedniej i tylnej części pieluchomajtek zabezpieczający przed wyciekaniem, podwójne, dwuwarstwowe elastyczne przylepcorzepy – dające możliwość wielokrotnego zamykania i otwierania pieluchomajtek, co najmniej jeden identyfikator wilgotności, podwójny wkład chłonny z antybakteryjnym superabsorbentem z właściwością neutralizacji nieprzyjemnego zapachu, elastyczne ściągacze w kroczu i osłonki przeciwwyciekowe z elastycznej przędzy, skierowane na zewnątrz.*

Zamawiający w pkt 5.9 swz określił, iż w trakcie oceny ofert może wystąpić konieczność żądania dostarczenia próbek zaoferowanego asortymentu w ilości jednego opakowania w standardowym rozmiarze, w sytuacji kiedy karty techniczne lub katalogowe załączone przez wykonawcę do oferty nie wystarczają, by potwierdzić spełnienie wymaganych parametrów opisanych w swz.

Na część 1 zamówienia złożone zostały dwie oferty.

Odwołujący zaoferował produkt Pharma Sensitive producenta Sicell (poz. 1-6 formularza cenowego) oraz majtki chłonne Egosan Pants producenta Santex (poz. 7-9 formularza cenowego).

Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 17.06.2024 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności kart katalogowych, kart charakterystyki i jednocześnie do złożenia próbek zaoferowanego asortymentu.

Zamawiający zażądał próbek również od drugiego wykonawcy. Z załączonych do odwołania zdjęć, jak również przekazanej dokumentacji postępowania wynika, iż produkty (próbki) były testowane w warunkach szpitalnych na pacjentach.

W dniu 9.07.2024 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający odniósł się do wyniku badania próbki w zestawieniu z opisem potwierdzonym w karcie oferowanego produktu.

W pkt 2.1 uzasadnienia Zamawiający wskazał: karta oferowanego produktu określa, że: „Wygodne i trwałe dwie pary elastycznych przylepcorzepów wielokrotnego zapinania i odpinania, z wbudowanym elementem rozciągliwym”. Natomiast przeprowadzona ocena wykazała: „brak możliwości wielokrotnego zapinania i odpinania, maksymalnie dwukrotne zapięcie u pacjenta leżącego, w przypadku pacjenta poruszającego się, przylepce po krótkim czasie samoistnie się rozpinają”.

W pkt 2.2 uzasadnienia Zamawiający wskazał: karta oferowanego produktu określa, że: „Odpowiednie wykonanie pieluchomajtek zabezpiecza wkład chłonny przed przesuwaniem się oraz deformacją pod wpływem moczu”. Natomiast przeprowadzona ocena wykazała: „W trakcie użytkowania wkład chłonny „zbija” się i formuje w jednym miejscu, nie rozkłada się równomiernie powodując dyskomfort i ucisk na skórę pacjenta. Wpływa to na rozerwanie pieluchy podczas zdejmowania zużytej pieluchy”.

W pkt 2.3 Zamawiający wskazał: karta oferowanego produktu określa, że: „Zabezpieczenie przed wyciekami bocznymi w postaci elastycznych falbanek (barier) wewnętrznych z włókniny hydrofobowej skierowanych na zewnątrz do góry”. Natomiast przeprowadzona ocena wykazała: „Falbanki boczne nie rozkładają się na zewnątrz podczas zakładania, wręcz układają się do środka, wskutek czego pacjent uciska falbanki pośladkami, co nie stanowi skutecznej bariery przeciwko wyciekaniu”.

W pkt 2.4 Zamawiający wskazał: karta oferowanego produktu określa, że: „Pieluchomajtki wyposażone są w system utrzymujący mocz z dala od skóry i zapobiegający tworzeniu się nieprzyjemnych zapachów”. Natomiast przeprowadzona ocena wykazała: „Po ściągnięciu pieluchy, skóra pacjenta wilgotna z wyczuwalnym zapachem moczu”.

W pkt 2.5 Zamawiający wskazał: W odniesieniu do elastycznych majtek chłonnych karta oferowanego produktu określa, że: „Specjalna budowa podwójnego, celulozowego wkładu chłonnego z najwyższej jakości materiałów, wyposażonego w dodatkową włókninę rozpraszającą i superabsorbent zapewnia szybkie wsiąkanie, dokładne rozpraszanie i wiązanie moczu wewnątrz wkładu, co w powiązaniu z falbankami wewnętrznymi z włókniny hydrofobowej umieszczonymi po bokach wkładu, zabezpiecza przed wyciekami i sprzyja poczuciu suchości i komfortu”. Natomiast przeprowadzona ocena wykazała: „W trakcie użytkowania wkład chłonny „zbija” się formuje w jednym miejscu, nie rozkłada się równomiernie powodując dyskomfort i ucisk na skórę pacjenta”.

Na rozprawie przeprowadzony został dowód z oględzin złożonej próbki zaoferowanego produktu w poz. 1-6 formularza cenowego Pharma Sensitive producenta Sicell oraz próbki produktu zaoferowanego w ofercie wybranej Super Sensi Plus producenta TZMO S.A.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Mając na uwadze okazaną na rozprawie próbkę produktu zaoferowanego Zamawiającemu, a także zakres uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, skład orzekający uznał, iż w części zarzuty wobec czynności poprzedzających odrzucenie oferty w zakresie badania próbki miały uzasadnienie. Jednak ostatecznie decyzja o uznaniu oferty za niezgodną z warunkami zamówienia jest decyzją prawidłową.

Uwzględniając zakres uzasadnienia, które faktycznie sprowadzało się do wskazania tych niezgodności, które w ocenie Zamawiającego prowadziły do stwierdzenia, iż oferta nie spełnia wymagań, wystarczającym dla utrzymania decyzji Zamawiającego było potwierdzenie chociażby jednej z okoliczności mającej uzasadniać negatywną ocenę produktu.

W pierwszej kolejności skład orzekający uznał, iż argument związany z brakiem opisu sposobu przeprowadzenia badania próbki, jak i brakiem podstaw do żądania złożenia próbki, nie mogły podważać samej oceny oferty. W szczególności, na obecnym etapie postępowania, zastrzeżenia co do treści swz i opisu badania próbki nie mogły mieć znaczenia, w tym ujęciu, że czynić miałyby nieskutecznym wskazanie w swz na możliwość badania próbki w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami zamówienia. Zamawiający taką weryfikację przewidział i przeprowadził po złożeniu próbki przez Odwołującego. Również pobocznym względem badania oferty pozostaje argument braku możliwości żądania próbki i uzależnienia tego badania od braku możliwości potwierdzenia spełnienia warunków na podstawie kart produktu/kart charakterystyki. Odwołujący wezwany do złożenia jednocześnie przedmiotowych środków dowodowych takich zastrzeżeń nie zgłaszał, a tym samym przeniesienie na moment odrzucenia oferty kwestii możliwości jednoczesnego badania kart katalogowych i próbki, istotnie nie zmienia wyniku oceny. Jednocześnie końcowy wynik wskazuje, iż Zamawiający w sposób zasadny przyjął konieczność zweryfikowania produktu w formule badania próbki. Co istotne takie badanie obejmowało obie oferty złożone w postępowaniu na część 1 zamówienia. Mając na uwadze niedoskonałość swz, w której nie było szczegółów co do procedury badania próbki, nie można automatycznie przekreślać wyniku badania, w sytuacji gdy Zamawiający udokumentował przebieg badania, co obrazowały zdjęcia udostępnione również Odwołującemu na jego wniosek.

Odwołujący słusznie kwestionował uzasadnienie w zakresie w jakim odnosi się ono do porównania oceny próbki z opisem produktu zawartym w karcie charakterystyki/karcie produktu. Zamawiający w ramach oceny zobowiązany był odnieść tą ocenę do opisu przedmiotu zamówienia z załącznika nr 1. Nie wszystkie cechy opisane w dokumentach producenta mogły mieć znaczenie z punktu widzenia potwierdzenia zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe nie miało jednak decydującego znaczenia dla oceny decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Uwzględniając okazaną na rozprawie próbkę zaoferowanego produktu skład orzekający nie miał wątpliwości, iż nie spełnia ono wymogu określonego w OPZ dla falbanek bocznych, które dla każdej z pozycji objętej częścią 1 zamówienia miały być „skierowane na zewnątrz”. Odwołujący w odwołaniu wyjaśniał, iż falbanki układają się na zewnątrz po założeniu ich przez pacjenta. Zamawiający na okazanej próbce przedstawił, iż w trakcie zakładania i rozkładania pieluchomajtki falbanki nie układają się na zewnątrz, jak ma to miejsce w produkcie wybranym, również okazanym na rozprawie. Odwołujący tłumaczył efekt zobrazowany przez Zamawiającego złym sposobem postępowania (rozciągnięciem produktu przed założeniem) i w opozycji do zaprezentowanego sposobu przygotowania produktu do założenia (przez rozciągnięcie) przedstawił produkt w naturalnym ułożeniu, jak po założeniu na pacjenta. W takim ułożeniu falbanki układały się pionowo w kierunku ciała, co Odwołujący określał, jako „pionowo na zewnątrz”.

W ocenie składu orzekającego wskazany parametr produktu, jako zabezpieczający przed wyciekaniem, nie mógł być rozumiany tak jak chciał tego Odwołujący, tj. jako ułożenie falbanek „do góry na zewnątrz”. Już samo określenie „pionowo na zewnątrz” nie daje się pogodzić z określeniem „na zewnątrz” i stanowiło to zwykłą retorykę mającą na celu stworzenie wrażenia, iż produkt posiada falbanki układające się na zewnątrz. Tymczasem jedyne co zdołał wykazać Odwołujący na produkcie, to że falbanki układają się pionowo, co nie jest ułożeniem na zewnątrz, tak jak ma to miejsce w tego rodzaju produktach, np. pieluszkach dziecięcych. Zamawiający okazując sposób na podstawie, którego stwierdził, iż produkt nie spełnia tego parametru – w ocenie składu przedstawił standardowy sposób zakładania produktu przy pacjencie leżącym wymagający rozciągnięcia (rozłożenia), tak aby cała powierzchnia produktu miała kontakt z ciałem. Nie można odmówić prawa do sprawdzenia produktu przy takim zakładaniu, co jest standardem na oddziałach z pacjentami leżącymi, dla których produkty te mają przeznaczenie. W przypadku pacjentów chodzących potrzeba skorzystania z produktu jest za pewne mniejsza. Oba porównane produkty w tym elemencie istotnie się różniły. Przy rozłożeniu produktu Odwołującego falbanki nie rozchodziły się na zewnątrz.

Niezależnie zatem od pewnych uchybień, których nie uniknął Zamawiający powołując w uzasadnieniu cechy, do których nie odnosił się w opisie przedmiotu zamówienia, produkt nie mógł być uznany za zgodny z warunkami zamówienia. Zastrzeżenia co do braku opisu sposobu badania próbki powinny być zgłaszane co najmniej na etapie badania samej specyfikacji. Na ocenę produktu samo badanie próbki w warunkach szpitalnych nie miało znaczenia, gdyż produkt nie spełnia parametru niezależnie od tego w jaki sposób miał być zakładany. Przedstawiona na rozprawie próbka nie posiada takiego rozwiązania, jakiego oczekuje Zamawiający. Przedstawiony przez Odwołującego sposób badania nie potwierdził również parametru i dodatkowo budzi wątpliwości, w szczególności przy pacjentach leżących.

W tych okolicznościach odnoszenie się szczegółowo do pozostałych niezgodności wskazanych w uzasadnieniu nie miało znaczenia dla wyniku oceny oferty Odwołującego i pozostawało bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane w spisie kosztów złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu w wysokości 862,50 zł, koszty noclegu w wysokości 1.050,00 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17.00 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca:.....