

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez **wykonawcę Support 4 Medicine sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu z siedzibą w Elblągu**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy BIOTRONIK POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Support 4 Medicine sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Support 4 Medicine sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 395 zł 04 gr (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt pięć złotych cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę.

2.2. zasądza od wykonawcy Support 4 Medicine sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu z siedzibą w Elblągu kwotę 3 995 zł 04 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych cztery grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt KIO 1589/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu z siedzibą w Elblągu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa sterylnych, leczniczych środków technicznych w okresie 24 miesięcy dla potrzeb Pracowni Diagnostyki Inwazyjnej Chorób Układu Krążenia oraz Pracowni Radiologii Zabiegowej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu”, znak sprawy: 47/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2023 r., za numerem 00750070-2023.

W dniu 6 maja 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Support 4 Medicine sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) nieprawidłowej oceny próbki złożonej w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z dn. 12 kwietnia 2024 r. w zakresie pakietu nr 92 poz. 2;
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w zakresie pakietu nr 92.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 92 ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, która to czynność została podjęta w oparciu o nieprawidłową ocenę próbki złożonej w odpowiedzi na wezwanie do jej uzupełnienia;

2. ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy pzp lub art. 107 ust. 4 ustawy pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty lub przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności próbki z warunkami zamówienia w zakresie etykiety, i wskutek którego zaniechania Zamawiający błędnie ustalił, iż została złożona próbka w niewłaściwym opakowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 92,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 92,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym przeprowadzenie badania próbki złożonej w drodze uzupełnienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ oraz zgodnie z dyspozycją wyroku KIO z dn. 10 kwietnia 2024 r., KIO 995/24,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania Zamawiającego w zakresie pakietu nr 92.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w ramach pakietu nr 92 Zamawiający oczekiwał dostarczenia koszulek wprowadzających interwencyjnych zbrojonych (poz. 1) oraz koszulek wprowadzających zbrojonych długich (poz. 2). Parametry oczekiwanych wyrobów Zamawiający określił w załączniku nr 92 do SWZ po zmianach. Zgodnie z tym załącznikiem, koszulki dostarczane w ramach pakietu nr 92 poz. 2 miały spełniać następujące wymagania: „Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, dostępne długości od 60cm ( $\pm 5$ cm) do 90cm w tym wartości skrajne; membranowa zastawka hemostatyczna; koszulka zbrojona metalowym opłotem na całej długości, odporna na załamanie (światło koszulki nie zwęża się przy zagięciu koszulki o 180°), cieniująca w promieniach rtg znacznik na końcu koszulki, pokrycie hydrofilne lub hydrofobowe końcowej części koszulki.” Na potwierdzenie spełnienia parametrów przez oferowane wyroby, Zamawiający w rozdziale X pkt 1 lit. b) oczekiwał złożenia wraz z ofertą próbek: „(...) w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 – po 1 szt. o długości 90 cm dla średnic 5F i 8F”. Odwołujący zaoferował koszulki wprowadzające zbrojone długie, nazwa: Heety Sheath, produkcji Barty Medical oraz złożył wraz z ofertą następujące próbki (dla średnic 5F i 8F):

– Nazwa: Heety Sheath; nr katalogowy: QB050900A; LOT: 05230827; producent: Barty Medical

– Nazwa: Heety Sheath; nr katalogowy: QD080900A; LOT: 05220409; producent: Barty Medical.

W zakresie pakietu nr 92 poz. 2 Odwołujący dla średnicy 8F dostarczył koszulkę z migawkową zastawką hemostatyczną Tuohy-Borst, zamiast wymaganej zastawki membranowej. W dn. 15 marca 2024 r. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, m.in. w pakiecie nr 92. W uzasadnieniu czynności, Zamawiający wskazał na powody odrzucenia oferty: „Z dostarczonej próbki w zakresie pakietu Nr 92 poz. 1 wynika, że oferowany przez Wykonawcę produkt nie spełnia wymogu, cyt.: „światło koszulki nie zwęża się przy zagięciu koszulki o 180 stopni”. Zbadana koszulka po zagięciu o 180 stopni ulega trwałej deformacji powodującej zwężenie jej światła (koszulka 5F po zagięciu z trudem przepuszcza przewodnik 0,035”. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w tym zakresie. W zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 Wykonawca nie dostarczył prawidłowej próbki (dostarczono próbkę z migawkową zastawką hemostatyczną (Tuohy-Borst) zamiast wymaganej zastawki membranowej) ale w związku, iż oferta Wykonawcy i tak podlega odrzuceniu Zamawiający nie wzywał do jej uzupełnienia”. Z powyższego stanowiska Zamawiającego wynikało zatem, iż zaniechał on wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki w zakresie poz. 2 pakietu nr 92, ponieważ oferta podlegała, jego zdaniem, odrzuceniu ze względu na jej rzekomą niezgodność w zakresie poz. 1 pakietu nr 92. Na czynność Zamawiającego, Odwołujący złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało uwzględnione w wyroku z dn. 10 kwietnia 2024 r., KIO 995/24, m.in. w zakresie pakietu nr 92. W rozstrzygnięciu, wydanym w dn. 10 kwietnia 2024 r., Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty w zakresie pakietu nr 92 oraz wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbki w ramach pakietu nr 92 poz. 2. Zamawiający, nie czekając na otrzymanie pełnej treści wyroku KIO wraz z uzasadnieniem, w dn. 12 kwietnia 2024 r., działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia próbki w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 – 1 szt. o długości 90 cm dla średnicy 8F w terminie do 17 kwietnia 2024 r. Również Odwołujący, wiedząc po ogłoszeniu wyroku, że zostanie wezwany do uzupełnienia próbki w zakresie pakietu 92 poz. 2, od razu podjął działania w celu jej pozyskania. Odwołujący zamówił próbkę u producenta w dniu otrzymania wyroku, tj. dnia 10 kwietnia 2024 r.

dowód: lista pakowania z dn. 11.04.2024 r.

W ww. liście wskazana jest data utworzenia zamówienia w dn. 11 kwietnia 2024 r., przy czym wynika ona z różnicy czasu (+6 godz.). Samo zamówienie zostało złożone przez Odwołującego już w dn. 10 kwietnia 2024 r. Aby mieć pewność, że próbka dotrze w jak najkrótszym terminie, Odwołujący zamówił specjalną przesyłkę (dedykowany kurier cargo), która została podjęta 13 kwietnia 2024 r. i miała być planowo dostarczona w Warszawie w dn. 15 kwietnia 2024 r. Przesyłka miała być przewożona ekspresowo przy udziale linii lotniczych Emirates przez lotnisko przeladunkowe Dubaj.

dowód: list przewozowy

Ponieważ jednak w tym okresie doszło do zamknięcia przestrzeni powietrznej nad krajami Zatoki Perskiej, w związku z atakiem Iranu na Izrael, przesyłka została zatrzymana na lotnisku wylotowym i w dn. 15 kwietnia 2024 r., a zatem w dniu planowanego dostarczenia, jeszcze tam się znajdowała.

Ze względu na trudności w doręczeniu próbki, w dn. 17 kwietnia 2024 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z pisemną prośbą o wydłużenie terminu na jej uzupełnienie do dnia 24 kwietnia 2024 r. Przy ustaleniu proponowanej daty, Odwołujący brał pod uwagę, że sytuacja ruchu lotniczego w rejonie, gdzie znajdowała się w tamtym okresie przesyłka, zaczęła się normalizować. Odwołujący w piśmie podał powody, dla których doręczenie przesyłki w zakładanym przez Zamawiającego nie było możliwe (zamknięcie przestrzeni powietrznej nad krajami Zatoki Perskiej i odwołanie dużej części lotów cargo). Ponadto, dołączył również list przewozowy w celu potwierdzenia planowanego terminu doręczenia przesyłki (15 kwietnia 2024 r.), który ze względu na utrudnienia, nie mógł zostać dotrzymany.

dowód: pismo Odwołującego z dn. 17.04.2024 r.

Zamawiający jednak nie przychylił się do prośby Odwołującego. Tego samego dnia (17 kwietnia 2024 r.) przekazał pisemną odmowę na wniosek o przedłużenie terminu na uzupełnienie próbki.

dowód: pismo Zamawiającego z dn. 17.04.2024 r.

W związku z tym, że odmowę Zamawiającego, Odwołujący otrzymał po południu, niezwłocznie podjął on działania w celu dostarczenia jedynej dostępnej mu próbki koszulki – znajdującej się w otwartym, niesterylnym opakowaniu. Zamawiający w wezwaniu nie określił godziny, do której miała zostać złożona próbka, dlatego też Odwołujący był uprawniony do jej dostarczenia do końca dnia. Przed wyjazdem do Elbląga, Odwołujący przesłał Zamawiającemu wiadomość poprzez platformę zakupową, iż złoży próbkę w odpowiedzi na wezwanie, dołączając również wykaz próbek. W wykazie próbek Odwołujący zamieścił następujące informacje na temat uzupełnianej próbki:

„Zadanie 92 poz. 2 - Koszulki wprowadzające brojone długie - Nazwa: Heety Sheath - nr katalogowy: QD080900A - LOT: 05220409 - producent: Barty Medical - ilość: 1szt.”

dowód: wiadomość Odwołującego z dn. 17.04.2024 r.

Odwołujący dotarł do siedziby Zamawiającego z brakującą próbką już po zamknięciu Kancelarii, toteż przekazał on próbkę pracownicy Izby Przyjęć Szpitala, która zobowiązała się do dostarczenia przesyłki do Kancelarii niezwłocznie po jej otwarciu. Odwołujący podkreślił, że inny sposób dostarczenia próbki nie był możliwy, ponieważ Kancelaria szpitala była już zamknięta, a jednocześnie, Zamawiający w wezwaniu do złożenia brakującej próbki nie określił godziny, do której próbka musi być uzupełniona. W dn. 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu notatkę, w której potwierdził, że Odwołujący dostarczył w dn. 17 kwietnia 2024 r. do rejestracji SOR o godz. 20 karton z etykietą produktu QD080900A. W kartonie znajdowała się próbka w niesterylnym, otwartym opakowaniu, oznaczonym kodem QD080900A. Do pisma, Zamawiający dołączył zdjęcia dostarczonej próbki.

dowód: pismo Zamawiającego z dn. 18.04.2024 r. oraz zdjęcia

Następnie w dn. 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie pakietu nr 92 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W uzasadnieniu, Zamawiający wskazał po pierwsze, że Odwołujący złożył próbkę w miejscu innym niż wskazane w wezwaniu (pokoju rejestratorów Izby Przyjęć zamiast Kancelarii szpitala). Następnie stwierdził, iż uzupełniona próbka została złożona w rozerwanym opakowaniu, na którym widnieje numer katalogowy QD080900A i etykieta z ilustracją Y-konektora dla produktu z zastawką Y-konektor, podczas gdy zgodnie z SWZ miała być wymagana zastawka hemostatyczna membranowa. Zamawiający przyznał jednak, że w rozerwanym opakowaniu z kodem QD080900A, czyli dla produktu z zastawką Y-konektor, znajdował się produkt z zastawką membranową (to jest właściwą z punktu widzenia warunków określonych w SWZ): „W rozerwanym opakowaniu o kodzie QD080900A (po produkcie z zastawką Y-konektor) znajdował się produkt z zastawką membranową”. Zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności wskazał, iż dokonał oceny uzupełnionej próbki i na podstawie analizy próbki, jej opakowania i etykiety, uznał, iż nie odpowiada ona treści SWZ. Zamawiający wskazał, że towar sterylny, jego opakowanie, kod i etykieta są traktowane jako „całość” przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w uzasadnieniu: „Natomiast uzupełnione opakowanie (w tym przypadku rozerwane) i jego kod wskazuje jednoznacznie, że oferowany towar bez względu na to co dostarczono w opakowaniu dotyczy zastawki z Y- konektorem (wskazuje na to wprost Nr katalogowy i etykieta produktu z ilustracją Y-konektor), co nie odpowiada treści SWZ. Zamawiający nadmienia, że nie może oceniać fizycznie samej próbki bez jego opakowania, kodu i etykiety, gdyż jest to integralna całość przedmiotu zamówienia identyfikująca dany produkt, względem treści złożonej oferty”. Na marginesie, Odwołujący zwrócił uwagę, że próbkę sprowadzaną z Chin od producenta, otrzymał ostatecznie w dn. 22 kwietnia 2024 r. Zatem, gdyby Zamawiający przychylił się do uzasadnionego wniosku Odwołującego i wydłużył termin na uzupełnienie próbki do

dn. 24 kwietnia 2024 r., Odwołujący byłby w stanie ją przedłożyć.

dowód: dokument z odprawy celnej

Odwołujący zachował należytą staranność przy pozyskiwaniu próbki. Skorzystał bowiem z przesyłki ekspresowej z Chin (która to usługa jest droższa od standardowej i jej koszt wynosił 2976,26 zł). Zwyczajny termin przesyłki z rejonu Chin, w którym znajduje się siedziba producenta, przeciętnie zajmuje 11 dni, dlatego też Odwołujący skorzystał z droższej, ale szybszej opcji. Odwołujący podjął działania w celu pozyskania próbki, zanim otrzymał wezwanie Zamawiającego. Niestety z powodów zupełnie od niego niezależnych, dotrzymanie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, nie było możliwe.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego odrzucenia jego oferty. Z treści uzasadnienia wynika, że powodem stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności próbki z warunkami SWZ jest fakt, iż opakowanie (rozerwane) i znajdujący się na nim kod oraz ilustracja dotyczą produktu z zastawką z Y-konektorem, nie zaś produktu z zastawką membranową, który był wymagany zgodnie z treścią SWZ i wezwania Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający wprost przyznaje w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, że w opakowaniu znajdowała się próbka z zastawką membranową, czyli odpowiadającą warunkom zamówienia. Jednakże, ponieważ zdaniem Zamawiającego, o zgodności próbki z SWZ decyduje również opakowanie i znajdująca się na nim etykieta, próbka została uznana za sprzeczną z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający po pierwsze, dokonał nieprawidłowych ustaleń, co doprowadziło go do niewłaściwych wniosków, że Odwołujący złożył próbkę w opakowaniu dla innego produktu. Po drugie, Zamawiający dokonał oceny próbki w sposób wykraczający poza treść warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w ramach uzupełniania próbki złożył oczekiwaną przez Zamawiającego koszulkę z zastawką membranową (co Zamawiający był w stanie sam stwierdzić na podstawie oględzin wyrobu medycznego). Co więcej, koszulka została, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, złożona w opakowaniu dedykowanym dla tego produktu, tylko, że otwartym. W kwestii rzekomej niezgodności kodu produktu, etykiety i w tym ilustracji na opakowaniu, Odwołujący wyjaśnia, że w przypadku tego producenta, wszystkie koszulki 8F o długości 90cm, niezależnie od tego, jaki mają rodzaj zastawki, posiadają kod QD080900A i takie samo opakowanie. Kod QD080900A to jedyne oznaczenie stosowane przez producenta w odniesieniu do koszulek dla rozmiaru średnicy 8F i długości 90 cm. Podkreślił, że takie właśnie oznaczenie – QD080900A – Odwołujący podał w informacji wysyłanej do Zamawiającego w dn. 17 kwietnia 2024 r. (wykaz próbek) i taki sam kod znajdował się na otwartym opakowaniu próbki (co potwierdził Zamawiający w informacji przesłanej w dn. 18 kwietnia 2024 r. oraz w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego). Nie są zatem uzasadnione twierdzenia Zamawiającego, jakoby kod produktu znajdujący się na opakowaniu wskazywał na koszulkę z niewłaściwym rodzajem zastawki. De facto więc, Zamawiający zidentyfikował rodzaj koszulki wyłącznie w oparciu o rysunek znajdujący się na etykiecie, a który wskazywał na koszulkę z Y-konektorem. Etykieta służy do potwierdzenia rozmiaru, średnicy i terminu ważności. Rysunek Y-konektora na etykiecie wskazywał jedynie na jedną z wersji koszulek, jaka występuje pod tym kodem. Natomiast identyfikacja tego, jaki jest typ zastawki jest zastosowany w danym produkcie, odbywa się wizualnie przez przezroczyste opakowanie. Odwołujący nie ma wpływu na to, w jakim opakowaniu (tj. z jaką ilustracją) otrzyma produkt. Nie zmienia to jednak faktu, iż niezależnie od ilustracji znajdującej się w etykiecie, opakowanie, w której dostarczona została próbka, była właściwe dla tej koszulki z zastawką membranową. Zamawiający oceniając środek dowodowy brał jedynie pod uwagę rysunek na etykiecie, nie zaś samą dostarczoną próbkę i tylko na tej podstawie przesądził o niezgodności próbki z SWZ. Zamawiający mógł i wręcz powinien potwierdzić i zidentyfikować dostarczoną koszulkę jako właściwą na podstawie oględzin, weryfikując rodzaj zastawki membranowej, rozmiar 8F (na co wskazywał szary koniec końcówki) i długość 90 cm (mierząc jej długość). Takich czynności jednak Zamawiający zaniechał, upatrując niezgodności próbki wyłącznie w tym, iż została złożona w otwartym opakowaniu oraz z rysunkiem wskazującym inny rodzaj zastawki, a pomijając oczywisty fakt, że Odwołujący złożył koszulkę z wymaganą zastawką membranową. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości próbki (choć nie powinien, mając w posiadaniu próbkę zgodną z wymaganiami), powinien był wystąpić na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy pzp lub art. 223 ust. 1 ustawy pzp o wyjaśnienie przedmiotowego środka dowodowego w szczególności w zakresie rysunku wskazującego na koszulkę z innym rodzajem zastawki. Wówczas uzyskałby informację od Odwołującego, iż etykieta nie jest decydująca dla ustalenia zastawki zastosowanej w danej koszulce, gdyż producent stosuje to samo oznaczenie (kod QD080900A) oraz opakowanie dla wszystkich koszulek 8F o długości 90 cm, niezależnie od rodzaju zastawki. Zamawiający jednak zaniechał tej czynności i arbitralnie stwierdził, iż ma do czynienia z nieprawidłową próbką, niespełniającą warunków zamówienia. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie KIO, choć zdawałoby się, że art. 223 ust. 1 ustawy pzp statuuje jedynie uprawnienie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wykonawcy, de facto, w przypadku, gdy występują wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia, zamawiający jest zobowiązany, przed odrzuceniem oferty, do skorzystania z tego przepisu. Przykładowo, takie stanowisko w kwestii art. 223 ust. 1 ustawy pzp zajęła Izba w wyroku z

dnia 10 marca 2023 r., KIO 525/23. Podobne wnioski, należy zastosować do art. 107 ust. 4 ustawy pzp służącego wyjaśnieniu przedmiotowych środków dowodowych. Innymi słowy, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w zaistniałej sytuacji, powziąwszy wątpliwość odnośnie złożonej próbki, winien był, przed ostatecznym odrzuceniem jego oferty, zastosować art. 223 ust. 1 lub art. 107 ust. 4 ustawy pzp i ustalić, dlaczego na opakowaniu znajduje się rysunek wskazujący na zastawkę z Y-konektorem, nie zaś zastawką membranową. Zamawiający dokonał wybiórczej oceny złożonej próbki, koncentrując się wyłącznie na ilustracji znajdującej się na etykiecie i pomijając zgodność kodu produktu, jak również ignorując zupełnie sam wyrób medyczny, znajdujący się w opakowaniu, a który spełniał wymagania określone w SWZ. Postępowanie Zamawiającego jest tym bardziej rażące, że stwierdzona przez niego niezgodność próbki (a właściwie ilustracji znajdującej się na etykiecie opakowania) nie znajduje odzwierciedlenia w warunkach zamówienia, gdyż Zamawiający nie dookreślił w SWZ sposobu badania próbki, jak i wymagań dla dostarczanych próbek. W rozdziale X pkt 1 lit. b) SWZ dla pakietu 92 Zamawiający określił następujące wymagania dla przedmiotowych środków dowodowych, tj. próbek: „Zamawiający żąda do upływu terminu składania ofert złożenia nieodpłatnych próbek w zakresie n/w pakietów – w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 – po 1 szt. o długości 90 cm dla średnic 5F i 8F”. Zamawiający wymagał zatem jedynie dostarczenia po 1 sztuce próbki o określonej długości i dla dwóch średnic. Nie wskazał jednak żadnych wymagań dla opakowania próbki, w szczególności nie oczekiwał, aby było ono sterylne lub zawierało etykietę z ilustracją właściwą dla konkretnego produktu. Zamawiający zawarł jedynie w rozdziale X SWZ wskazania dotyczące oznaczenia przez wykonawcę próbek: „Uwaga!!! Wskazane, aby dokumenty wym. powyżej w ppkt. od a) do t) były przez Wykonawcę odpowiednio oznaczone tj. jakiego pakietu i pozycji dotyczą (np. poprzez opisanie plików/folderów).” Warunek ten jednak został przez Odwołującego spełniony, ponieważ Odwołujący przed złożeniem próbki wysłał do Zamawiającego wiadomość z informacją, dla jakiego pakietu przedłoży przedmiotowy środek dowodowy. Ponadto, w rozdziale XIV ust. 12 SWZ Zamawiający określił zasady składania próbek w sposób następujący: „Ofertę w części dotyczącej próbek należy złożyć do upływu terminu składania ofert na adres: Sekretariat Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg. Część oferty w postaci próbek musi być złożona w zamkniętej kopercie lub kartonie, opisana: „Oferta (próbki) na dostawę sterylnych leczniczych środków technicznych” – znak sprawy 47/2023. Nie otwierać przed dniem 15.01.2024 r. godz. 10.30. Oferta powinna zawierać sporządzony wykaz złożonych próbek z opisem których pakietów i pozycji dotyczą. Wskazane, aby próbki dla Pracowni Diagnostyki Inwazyjnej Chorób Układu Krążenia tj. (zakres pakietów 1-88) były oddzielnie zapakowane niż próbki z zakresu Pracowni Radiologii zabiegowej (zakres pakietów 89-143) Wszystkie koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu, w szczególności z przygotowaniem i złożeniem ofert ponosi Wykonawca składający ofertę. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu. Uwaga!!! Próbki w celu dokonania oceny spełnienia wymogów zostaną rozpakowane, bez względu czy są zapakowane sterylne”. Z powyższych postanowień SWZ wynika, iż Zamawiający wymagał, aby próbki zostały złożone w zamkniętej kopercie lub kartonie (co też Odwołujący uczynił), nie zaś, że próbki muszą znajdować się w nierozetniętym opakowaniu o określonej etykiecie i z właściwą ilustracją. Co więcej, treść uwagi znajdującej się na końcu ustępu 12 wskazuje, iż Zamawiający dopuszczał sytuację, w której próbki nie będą sterylne (i takie zostaną rozpakowane w celu dokonania oceny). Korespondowałoby to z treścią wymagań dla przedmiotowych środków dowodowych, zawartych w rozdziale X ust. 2 SWZ, w których tylko w odniesieniu do niektórych pakietów, Zamawiający wyraźnie oczekiwał dostarczenia sterylnych wyrobów medycznych: „b) Zamawiający żąda do upływu terminu składania ofert złożenia nieodpłatnych próbek w zakresie n/w pakietów: - w zakresie pakietu Nr 1-3, Nr 10-12, Nr 48-49, Nr 62-63, Nr 74-75, 78 po 1 sztuce z każdego zaoferowanego asortymentu sterylnych leczniczych środków technicznych”. W odniesieniu do pozostałych pakietów, w tym pakietu nr 92, takiego wymagania Zamawiający jednak nie sformułował, co prowadzi do wniosku, iż Zamawiający dopuszczał złożenie próbek niesterylnych (czyli również w rozetniętym opakowaniu). Zamawiający nie określił w SWZ, w jaki sposób będzie badał próbki. W szczególności nie wskazał, iż będzie dokonywał oceny jego opakowania i weryfikacji zgodności etykiety i znajdującej się na niej ilustracji, z wyrobem medycznym znajdującym się w środku. To z kolei prowadzi do wniosku, iż przeprowadzona przez Zamawiającego ocena próbki, w wyniku której stwierdził jej niezgodność tylko ze względu na rozetnięcie opakowania oraz ilustrację znajdującą się na opakowaniu, nie znajdowała odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie po raz pierwszy w tym postępowaniu, dokonuje oceny próbek w sposób wykraczający poza to, co sam określił w SWZ. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 10 kwietnia 2024 r., KIO 995/24, wydanym na skutek poprzedniego odwołania Odwołującego, Izba stwierdziła, iż: „Odwołujący dostarczył próbki, które Zamawiający, w ocenie Izby, zbadał w sposób wykraczający poza treść SWZ. W żadnym miejscu dokumentacji, Zamawiający nie opisał szczegółowo, jakie czynności – poza oględzinami dostarczonych wyrobów – zamierza podjąć, w tym jakiego rodzaju eksperymenty będzie przeprowadzał w stosunku do próbek. Jeżeli Zamawiający zamierzał poddać próbki określonym badaniom – to winien na to wskazać w treści SWZ, tego wymaga bowiem zasada przejrzystości oraz zasada równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 i 2 PZP). (...) Badanie zgodności oferty z warunkami zamówienia nie może być dowolne, tj. być przeprowadzone w oparciu o dowolnie określony, spontanicznym proces, eksperyment, technikę lub

sposób znane tylko Zamawiającemu". Skoro więc Zamawiający w ramach pakietu nr 92 nie doprecyzował, iż badanie próbki będzie odbywać się w ten sposób, iż oględzinom zostanie poddany dostarczony wyrób medyczny oraz zgodność ilustracji znajdującej się na opakowaniu z tym wyrobem, to na tym etapie postępowania nie może stwierdzać, iż próbka jest niezgodna z SWZ. Tym bardziej, postępowanie to jest niewłaściwe, biorąc pod uwagę okoliczność, że producent – jak wskazał wcześniej Odwołujący – stosuje to samo opakowanie dla wszystkich koszulek o średnicy 8F i długości 90 cm, niezależnie od zastosowanej zastawki. Jak zwróciła uwagę Izba w ww. wyroku: „Izba, w ślad za innymi składami orzekającymi Krajowej Izby Odwoławczej, jest zdania, iż do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP może dojść wyłącznie wówczas, gdy Zamawiający wskaże, w jakim zakresie treść oferty jest niezgodna z konkretnym warunkiem SWZ. Niezgodność ta musi zatem wynikać z konkretnie wskazanych, jednoznacznie ustalonych postanowień dokumentów zamówienia. Proces, w którym Zamawiający dochodzi do tego wniosku również musi być ustalony, czy to w przepisach prawa zamówień publicznych, czy to w dokumentach zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności treści oferty wykonawcy na podstawie wniosków wysnutych przez Zamawiającego z tylko jemu znanych okoliczności, w tym wypadku: na podstawie badania próbek przeprowadzonego bez możliwości ustalenia jego przebiegu, sposobu itd. W efekcie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 i 2 PZP) oraz fundamentalnej zasady, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 PZP)". Powyższy pogląd jest powszechnie podzielany w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 2 lutego 2024 r., KIO 125/24). Odwołujący w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej przedstawiony w powyższych orzeczeniach i zwraca uwagę, że wnioski wpływające z tych wyroków jak najbardziej mogą znaleźć zastosowanie do opisywanej sytuacji. Zamawiający niesłusznie uznał, iż złożona przez Odwołującego próbka jest niezgodna z warunkami zamówienia. Czynność Zamawiającego jest o tyle rażąca, że Odwołujący dostarczył prawidłową próbkę (koszulkę z właściwą, wymaganą zastawką membranową), co Zamawiający był w stanie samodzielnie zweryfikować na podstawie oględzin próbki i sam również przyznał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jedyną rzekomą niezgodność, jaką dostrzegł Zamawiający, a która była decydująca dla wyników jego oceny, to ilustracja na etykiecie, co doprowadziło go do błędnego wniosku, iż Odwołujący złożył próbkę w niewłaściwym opakowaniu. Na tej podstawie uznał, iż próbka nie potwierdza spełnienia warunku zamówienia, choć w żadnym postanowieniu SWZ nie określił wymagań dla opakowań (ani tym bardziej dla etykiet na opakowaniach) dla próbek w zakresie pakietu nr 92. Odwołujący natomiast ponosi negatywne konsekwencje wyłącznie z powodów czysto formalnych, na które nie ma wpływu – to producent decyduje bowiem o tym, jakie oznaczenia produktów i jakie opakowania stosuje. Natomiast rzeczą Zamawiającego jest dokonywanie oceny próbki w sposób zgodny z warunkami określonymi w SWZ, nie zaś wyciąganie negatywnych wniosków na podstawie wybiórczo dobranych elementów (w tym przypadku opakowania i etykiety), wobec których Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności próbki z warunkami zamówienia, ze względu na ilustrację na etykiecie, winien był tę kwestię wyjaśnić z Odwołującym, co oczywiście pozwoliłoby na zmianę wyników oceny próbki. O przekroczeniu kompetencji przez Zamawiającego świadczy również fakt, iż w uzasadnieniu prawnym czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, Zamawiający nie wskazał konkretnego postanowienia SWZ, z którym miała być niezgodna próbka. W tym względzie, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający po prostu nie był w stanie wskazać takiego postanowienia SWZ, gdyż nie zawarł on żadnego wymagania w zakresie pakietu nr 92, aby próbki były dostarczane w sterylnych, nieotwartych opakowaniach oraz z ilustracjami na etykietach zgodnymi z wyrobem znajdującym się w opakowaniu. Zamawiający dokonał zatem odrzucenia oferty Odwołującego z powodów czysto formalnych, na które Odwołujący nie ma wpływu, gdyż to nie on decyduje o tym, jak wygląda opakowanie i etykieta produktu. Jednocześnie, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego sugeruje złą wolę wykonawcy, poddaje w wątpliwość jego rzetelność (złożenie produktu w niewłaściwym opakowaniu), nie znając pełnego obrazu sprawy. Postępowanie Zamawiającego stoi zatem w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji.

W dniu 23 maja 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj.

posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca BIOTRONIK POLSK, sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (wyciąg z kart katalogowych producenta na okoliczność systemu kodowania stosowanego przez producenta – kserokopia) oraz dowód z oględzin wyrobów medycznych z pakietu nr 92 wnioskowany przez Odwołującego: 1. próbka, którą byłby w stanie złożyć Odwołujący, gdyby Zamawiający przedłużył termin na uzupełnienie próbki. 2. ten sam wyrób medyczny z innym zakończeniem na potwierdzenie, że oba wyroby posiadają taką samą etykietę oraz dowód z oględzin wyrobów medycznych z pakietu nr 92 wnioskowany przez Zamawiającego: 1. wyrób dotyczący pakietu 92 poz. 2 8FR załączona do oferty oznaczona na etykiecie D Type z kodem QD080900A, 2. próbki dla pakietu 92 poz. 1 5F i 8F z oznaczeniem B Type złożone do oferty, 3. próbka załączona do oferty dla pakietu 92 poz. 2 5F oznaczone B Type, 4. próbka uzupełniona przez Odwołującego oznaczona dla pakietu 92 poz. 2 8F z etykietą D Type z kodem QD080900A z inną końcówką niż ta, która była dostarczona pierwotnie. Końcówka jest identyczna jak dla pozostałych pozycji z pakietu 92.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Przedmiotem, niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa sterylnych, leczniczych środków technicznych w 143 pakietach w okresie 24 miesięcy dla potrzeb:

a) Pracowni Diagnostyki Inwazyjnej Chorób Układu Krążenia - Pakiety od Nr 1 do Nr 88

b) Pracowni Radiologii Zabiegowej – Pakiety od Nr 89 do Nr 143,

których asortyment i ilości zostały określone w Załącznikach od Nr 1 do Nr 143 do SWZ. W

zakresie pakietów 1-88 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki 1A-88A do SWZ.”

- „X. DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY WRAZ Z OFERTĄ W POTWIERDZENIA, ŻE OFEROWANE DOSTAWY ODPOWIADAJĄ WYMAGANIOM OKREŚLONYM ZAMAWIAJĄCEGO (PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) 1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć (...) b) Zamawiający żąda do upływu terminu składania ofert złożenia nieodpłatnych próbek w zakresie n/w pakietów: - w zakresie pakietu Nr 1-3, Nr 10-12, Nr 48-49, Nr 62-63, Nr 74-75, 78 po 1 sztuce z każdego zaoferowanego asortymentu sterylnych leczniczych środków technicznych (...) w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 – po 1 szt. o długości 90 cm dla średnic 5F i 8F. (...) Uwaga!!! Wskazane, aby dokumenty wym. powyżej w ppkt. od a) do t) były przez Wykonawcę odpowiednio oznaczone tj. jakiego pakietu i pozycji dotyczą (np. poprzez opisanie plików/folderów).”

- „XIV. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW (...) 12. Ofertę w części dotyczącej próbek należy złożyć do upływu terminu składania ofert na adres: Sekretariat Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg. Część oferty w postaci próbek musi być złożona w zamkniętej kopercie lub kartonie, opisana: „Oferta (próbki) na dostawę sterylnych leczniczych środków technicznych” – znak sprawy 47/2023. Nie otwierać przed dniem 15.01.2024 r. godz. 10.30. Oferta powinna zawierać sporządzony wykaz złożonych próbek z opisem których pakietów i pozycji dotyczą. Wskazane, aby próbki dla Pracowni Diagnostyki Inwazyjnej Chorób Układu Krążenia tj. (zakres pakietów 1-88) były oddzielnie zapakowane niż próbki z zakresu Pracowni Radiologii zabiegowej (zakres pakietów 89-143) Wszystkie koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu, w szczególności z przygotowaniem i złożeniem ofert ponosi Wykonawca składający ofertę. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu. Uwaga!!! Probki w celu dokonania oceny spełnienia wymogów zostaną rozpakowane, bez względu czy są zapakowane sterylnie.”

Pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał zmian SWZ, w wyniku których zmieniony został załącznik nr 92 do SWZ m.in. w zakresie pakietu nr 92 poz. 2: „Koszulki wprowadzające zbrojone długie, Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, dostępne długości od 60cm ( $\pm 5$ cm) do 90cm w tym wartości skrajne; membranowa zastawka hemostatyczna; koszulka zbrojona metalowym oplotem na całej długości, odporna na załamanie (światło koszulki nie zwęża się przy zagięciu koszulki o 180°), cieniujący w promieniach rtg znacznik na końcu koszulki, pokrycie hydrofilne lub hydrofobowe końcowej części koszulki.”

Zgodnie z projektem umowy par. 2 ust. 4: „Przy każdej dostawie towar musi zawierać na opakowaniu dane identyfikujące wyrób: np. numer katalogowy, nazwa producenta, rozmiar, typ itp. i tym samym być zgodny z asortymentem i producentem zaferowanym w ofercie przetargowej z dnia .....2023 r.”

Zgodnie z wykazem próbek z dnia 10 stycznia 2024 r. Odwołującego: „Zadanie 92 poz. 2 - Koszulki wprowadzające zbrojone długie - Nazwa: Heety Sheath - nr katalogowy: QB050900A - LOT: 05230827 - producent: Barty Medical - ilość: 1szt. - Nazwa: Heety Sheath - nr katalogowy: QD080900A - LOT: 05220409 - producent: Barty Medical - ilość: 1szt.

Izba ustaliła ponadto, że pismem z dnia 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (zgodnie z wymogiem rozdz. X pkt. 1 lit. b) SWZ, stosownie do niżej wymienionego zakresu, tzn.: - w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 - 1 szt. o długości 90 cm dla średnicy 8F. Uzasadnienie: Wykonawca nie dostarczył prawidłowej próbki (dostarczono próbkę z migawkową zastawką hemostatyczną (Tuohy-Borst) zamiast wymaganej zastawki membranowej) Uzupelnioną próbkę należy przesłać w terminie do dnia 17.04.2024 r. na adres: Sekretariat WSZ w Elblągu, pok. 44, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg z dopiskiem na paczce / kopercie „Uzupelnienie próbki do postępowania 47/2023.”

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na uzupełnienie próbki wskazując: „zwracamy się z uprzejmą prośbą, o wydłużenie terminu do uzupełnienia próbki w zakresie zadania nr 92 poz. 2 do dnia 24.04.2024 r. Powyższą prośbę motywujemy tym, że właściwą próbkę sprowadzamy od producenta, który główne magazyny posiada w Chinach. W związku z niemożliwym do przewidzenia zamknięciem przestrzeni powietrznej nad krajami zatoki perskiej duża część lotów cargo została odwołana, w konsekwencji nasza przesyłka od producenta została czasowo zatrzymana na lotnisku wylotowym w trakcie zleconego transferu. Sytuacja ta jest wyjątkowa i całkowicie od nas niezależna, wynika z zaskakującego rozwoju konfliktu zbrojnego na terenie Izraela i regionu. Obecnie sytuacja się normalizuje co daje nam nadzieję, że transport lotniczy w tym rejonie zostanie wznowiony i co za tym idzie otrzymamy wkrótce przesyłkę. Na potwierdzenie opisanej sytuacji przesyłamy dokument przewozowy wskazujący planowaną pierwotną datę dotarcia przesyłki do Warszawy na 15 kwietnia, co z powyżej wymienionych przyczyn stało się niemożliwe. Prosimy zatem Zamawiającego, o przedłużenie terminu złożenia próbki, do dnia 24.04.2024r, zobowiązujemy się jednak dostarczenie jej wcześniej, jeśli tylko sytuacja logistyczna na to pozwoli.”

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r. Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu uzupełnienia próbki wskazując: „Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 17.04.2024 r. zawiadamia, że nie wyraża zgody na przesunięcie terminu uzupełnienia próbki w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego: Prawidłowa próbka miała być dostarczona wraz z ofertą dnia 15.01.2024 r. Mieli Państwo w sumie 3 miesiące na przygotowanie próbki i jej dostarczenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.04.2024 r. Ponadto, w związku z wniesionym w dniu 25.03.2024 r. przez Państwa odwołaniem (które dotyczyło także zarzutu braku wezwania Państwa do uzupełnienia przedmiotowej próbki) Zamawiający do chwili obecnej nie może zawrzeć umowy w zakresie pakietu Nr 92 na towar, który jest niezbędny do funkcjonowania Pracowni Radiologii Zabiegowej. Zamawiający informuje, że poprzednia umowa na towar z pakietu Nr 92 wygasła z dniem 31.03.2024 r., w związku z czym Szpital został bez towaru. Zamawiający nie może sobie pozwolić na dalsze wstrzymanie procedur leczenia pacjentów, w związku z czym podtrzymuje pierwotnie wyznaczony termin.”

W dniu 17 kwietnia 2024 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu wykaz próbek wskazując: „W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia środków dowodowych składamy wymaganą próbkę oferowanego wyrobu dotyczącą: Zadanie 92 poz. 2 - Koszulki wprowadzające zbrojone długie - Nazwa: Heety Sheath - nr katalogowy: QD080900A - LOT: 05220409 - producent: Barty Medical - ilość: 1szt.”

W dniu 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego informację: „Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu informuje, że dostarczyli Państwo dnia 17.04.2024 r. do rejestracji SORU o godz. 20-tej karton z etykietą produktu QD080900A. Dnia 18.04.2024 r, po dostarczeniu kartonu do Sekcji Zamówień Publicznych Sekretarz Komisji wraz z członkiem Komisji o godzinie 8.45 dokonał otwarcia kartonu. W kartonie było rozerwane opakowanie oznaczone kodem QD080900A a w nim próbka. Z oględzin dostarczonych opakowań i produktu zostało sporządzone zdjęcie kartonu i

rozerwanego opakowania dostarczonej próbki. W załączeniu Zamawiający przesyła zdjęcia.”

Pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w pakiecie nr 92: „Zamawiający działając zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) - informuje, że w dniu 26.04.2024 r. z przedmiotowego postępowania odrzucił Ofertę Nr 20; Support 4 Medicine Sp. z o.o. S.K.A., ul. Zwycięzców 28 lok. 29, 03-938 Warszawa w zakresie pakietu Nr 92 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 uPzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia” Uzasadnienie: Wykonawca w dniu 17.04.2024 r. o godzinie 20-tej do pokoju rejestratorek Izby Przyjęć (Zamawiający nadmienia, że jest to miejsce inne niż wskazane w wezwaniu) dostarczył w zakresie pakietu Nr 92 poz. 2 rozerwane opakowanie (w uzupełnionej próbce) na którym widnieje numer katalogowy QD080900A i etykieta z ilustracją Y-konektora dotyczącego produktu z zastawką Y-konektor, czyli nieodpowiadającą wymogom SWZ, gdyż wymagana była zastawka hemostatyczna membranowa. W rozerwanym opakowaniu o kodzie QD080900A (po produkcji z zastawką Y-konektor) znajdował się produkt z zastawką membranową. Mając na względzie przebieg stanu faktycznego, w ocenie Zamawiającego Wykonawca w sposób umyślny umieścił rzeczowy produkt do rozerwanego opakowania. Pomijając kwestię, że próbka została dostarczona w rozerwanym opakowaniu co już budzi wątpliwość Zamawiającego (z uwagi, że dnia 17.04.2024 r. Wykonawca na piśmie poinformował Zamawiającego, że próbkę ze względu na jej niedostępność może uzupełnić po wyznaczonym terminie dopiero 24.04.2024 r., na co Zamawiający się nie zgodził) to jest niepodważalna sprzeczność etykiety opakowania, gdzie jest zilustrowany produkt z zastawką Y-konektor, a włożoną próbką do opakowania niewiadomego pochodzenia, ale posiadającą zastawkę membranową. Na dowód niespełnienia wymogu w uzupełnionej próbce Zamawiający dysponuje pierwotnie złożoną przez Wykonawcę próbką wraz z ofertą do postępowania (w zakresie pakietu 92 poz. 2) tj. nie otwartą próbką sterylną z zastawką Y-konektor o kodzie QD080900A, posiadającą etykietę z ilustracją produktu z zastawką Y-konektor. Zamawiający po dokonaniu oceny uzupełnionej próbki stwierdza jednoznacznie, że dostarczona (uzupełniona) całość, tj. próbka wraz opakowaniem i etykietą nie odpowiada treści SWZ. Należy nadmienić, że towar sterylny, jego opakowanie, kod i etykieta to „całość” jako przedmiot zamówienia. Natomiast uzupełnione opakowanie (w tym przypadku rozerwane) i jego kod wskazuje jednoznacznie, że oferowany towar bez względu na to co dostarczono w opakowaniu dotyczy zastawki z Y- konektorem (wskazuje na to wprost Nr katalogowy i etykieta produktu z ilustracją Y-konektor), co nie odpowiada treści SWZ. Zamawiający nadmienia, że nie może oceniać fizycznie samej próbki bez jego opakowania, kodu i etykiety, gdyż jest to integralna całość przedmiotu zamówienia identyfikująca dany produkt, względem treści złożonej oferty.”

Zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.”

W myśl art. 107 ustawy pzp: „1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy treść oferty Odwołującego w zakresie dostarczonej próbki dla pakietu nr 92 poz. 2 koszulka 8F pozostaje w niezgodności z warunkami zamówienia i tym samym czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Zdaniem Izby, Wykonawca nie zastosował się do postanowień SWZ w zakresie dostarczanej próbki, a podstawy faktyczne odrzucenia oferty podane przez Zamawiającego znajdują uzasadnienie w świetle treści oferty Odwołującego i dokumentów zamówienia.

Na wstępnie podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień

umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności poczynić ustalenia w jakim celu Zamawiający żądał złożenia próbki w przedmiotowym postępowaniu. Postanowienie pkt X SWZ (*X. DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY WRAZ Z OFERTĄ W CELU POTWIERDZENIA OFEROWANE DOSTAWY ODPOWIADAJĄ WYMAGANIOM OKREŚLONYM PRZEZ ZAMAWIAJĄ (PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE)*) nie pozostawia wątpliwości, że próbki dla poszczególnych pakietów dołączone do oferty miały jako przedmiotowe środki dowodowe służyć potwierdzeniu, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Innymi słowy, Zamawiający wymagał złożenia próbek, aby ocenić, czy wyrób medyczny, który Zamawiający otrzyma ostatecznie przy dostawie będzie odpowiadał cechom tego wyrobu opisanym w dokumentach zamówienia. Zważywszy, że Zamawiający nie ograniczył przy tym oceny próbki tylko do jakiejś jej części np. poprzez określenie wymagań jakościowych w kryterium poza cenowym, pod względem której próbka miałaby zostać zbadana to zasadnym jest przyjęcie, że miała ona podlegać w całości ocenie pod kątem jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Cała bowiem próbka w takim przypadku wyraża przedmiot oferty, czyli materializację wyrobu medycznego, który Zamawiający otrzyma w wyniku dostawy. Ocena próbki finalnie prowadzi do stwierdzenia zgodności lub braku zgodności oferowanego przedmiotu z SWZ.

Dalej rozstrzygnąć należało, czym była próbka w niniejszym postępowaniu. Czy próbką był wyłącznie produkt znajdujący się w opakowaniu (jak argumentował Odwołujący), czy próbkę należało rozpatrywać jako całość: produkt wraz z opakowaniem i etykietą (jak twierdził Zamawiający i Przystępujący). Zdaniem Izby z postanowień SWZ wynika, że Zamawiający rozumiał próbkę jako całość: produkt wraz z opakowaniem i etykietą identyfikującą produkt, gdyż to właśnie taki pełny produkt będzie następnie przedmiotem dostawy (wykonawca nie dostarcza samego produktu, ale produkt wraz z opakowaniem i etykietą). Takie rozumienie próbki wynika nie tylko z zasad logiki (próbka to okazanie przedmiotu dostawy) ale również z postanowień SWZ. Zamawiający wskazując w pkt XIV opis sposobu przygotowania ofert zaznaczył: „*Uwaga!!! Próbki w celu dokonania oceny spełnienia wymogów zostaną rozpakowane, bez względu czy są zapakowane sterylne.*” Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający rozpatrywał próbkę jako całość wraz z opakowaniem, które zostanie rozerwane celem oceny spełnienia wymogów (bez rozpakowania Zamawiający nie mógłby zbadać, czy produkt zawarty w opakowaniu także te wymagania spełnia i czy opakowanie i produkt są ze sobą spójne).

Przechodząc zatem do oceny próbki w pakiecie nr 92 poz. 2 koszulka o średnicy 8F złożonej przez Odwołującego Izba w świetle powyższych rozważań podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że uzupełniona przez Odwołującego próbka nie odpowiadała wymogom SWZ.

Izba za irrelevantne dla rozstrzygnięcia sprawy uznała kwestie związane ze staraniami Odwołującego podjętymi celem pozyskania próbki. Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć próbki wraz z ofertą. Odwołujący powinien zatem działając z należytą starannością dysponować właściwą próbką na dzień składania ofert. Niezasadne są także zarzuty Odwołującego, że Zamawiający nie był przychylny przedłużyć terminu na uzupełnienie próbki. Odwołujący nie kwestionował bowiem wezwania do jej uzupełnienia. Zdaniem Izby, okoliczności przywołane w odwołaniu a dotyczące przebiegu starań Odwołującego w pozyskaniu próbki dowodzą jedynie, że Odwołujący miał świadomość, że próbki należało złożyć w nieotwartym opakowaniu. W przeciwnym razie Odwołujący złożyłby produkt otwarty, którym dysponował niezwłocznie po otrzymaniu wezwania Zamawiającego. Słusznie także podnosił Zamawiający, że wszystkie pozostałe próbki Odwołujący złożył w zamkniętych opakowaniach z etykietami

identyfikującymi produkt, który zawiera. Do momentu uzupełnienia próbki Odwołujący interpretował treść SWZ tak jak Zamawiający i pozostali wykonawcy. Należało więc uznać, że była ona jednoznaczna co do wymagania próbki jako całości wraz z nieotwartym opakowaniem i etykietą.

Dalej podnieść należy, że Odwołujący przedstawiał w postępowaniu odwoławczym sprzeczne twierdzenia. W odwołaniu Odwołujący wprost bowiem przyznał, że: „*W zakresie pakietu nr 92 poz. 2 Odwołujący dla średnicy 8F dostarczył koszulkę z migawkową zastawką hemostatyczną Tuohy-Borst, zamiast wymaganej zastawki membranowej.*” (str. 4 odwołania). Na rozprawie natomiast Odwołujący okazując złożoną pierwotnie próbkę z Y-connectorem podnosił, że spełniała ona wymagania Zamawiającego. Te twierdzenia należało jednak uznać za spóźnione. Odwołujący nie kwestionował wezwania do uzupełnienia a w odwołaniu w sprawie KIO 995/24 domagał się, aby takie wezwanie zostało do Odwołującego skierowane.

Bezsporne było w sprawie, że Odwołujący złożył w wyniku uzupełnienia próbkę z rozerwanym opakowaniem, rysunkiem produktu innego niż znajdował się w opakowaniu oraz kodem QD080900A (zgodnym z wykazem próbek), z etykietą identyczną jak w złożonej pierwotnie próbce przedstawiającej typ wyrobu D z Y-connectorem. Zdaniem Izby, kwestia miejsca dostarczenia próbki (Izba Przyjęć a nie Sekretariat) nie ma znaczenia w kontekście zgodności z SWZ, gdyż Zamawiający wyznaczył termin na jej uzupełnienie do 17 kwietnia 2024 r. do końca dnia. Dalej wskazania wymaga, że dla pozostałych pozycji z pakietu 92 Odwołujący dostarczył wyroby oznaczone „B-Type”: poz. 1 5 F: QB050450A, poz. 1 8F: QB080450A, poz. 2 5F: QB050900A. Jak Izba ustaliła na podstawie załączonej do oferty ulotki dla pakietu 92 producent wskazuje, że Y-connector - boczny odpływ z trójdrożnym kranikiem występuje w wybranych typach. Ponadto, w ulotce wskazano na różne długości koszulki i średnice, w tym 5 i 8 F oraz różne typy ukształtowania końcówki: Prosta (Raabe), balkin (cross-over), ANL1, ANL2, które zostały uwidocznione na rysunkach. Rysunek 1 (Tip A) odpowiada rysunkom na etykietach wyrobów dostarczonych przez Odwołującego dla pakietu 92 poz. 1 5F i 8F oraz poz. 2 5F. Ponadto, jak wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego (kserokopii wyciągu ulotki zaferowanych wyrobów), a co właściwie przetłumaczył i podniósł Zamawiający: „Typ D” stanowi wersję z Y-connector, natomiast pozostałe typy (A, B, C) są bez Y-connectora. Etykieta uzupełnionej próbki dotyczyła więc typu D z Y-connectorem czemu odpowiadał rysunek na etykiecie. Niewiarygodne są zatem twierdzenia Odwołującego, że „*Rysunek Y-konektora na etykiecie wskazywał jedynie na jedną z wersji koszulek, jaka występuje pod tym kodem.*” Odwołujący nie wskazał, ile wersji produktu występuje pod tym kodem, ani nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, z którego wynikałoby, że producent różne wersje produktu oznacza tym samym kodem. Przeciwnie oznaczenia producenta wskazują, że pod kodem QD080900A może występować wyłącznie wyrób z Y-connectorem, o średnicy 8 F i długości 90 cm (a więc taki jak pierwotnie dostarczona próbka), a nie inny, bez Y-connectora, w tym nie taki jaki został uzupełniony w opakowaniu z etykietą D-Type, kodem QD080900A oraz rysunkiem odpowiadającym wersji z Y-connectorem. Jak wynika z Tabeli specyfikacji produktów (dowód złożony przez Odwołującego – kserokopia wyciągu z ulotki) oznaczenie 8 w kodzie odnosi się do średnicy produktu, 90 do długości. Mając także na względzie Deklarację Producenta oferowanych przez Odwołującego wyrobów załączoną do oferty i podane tam kody produktów słusznie Zamawiający podnosił, że oznaczenie w kodzie literą „D” dotyczy typu z Y-connectorem. Końcowa zaś litera „A” najprawdopodobniej, choć tego Izba nie przesądza, odpowiada rodzajowi końcówki – rysunek „tip A” z ulotki dołączonej do oferty – każdy z oferowanych produktów posiadał taką końcówkę: „B-Type”: poz. 1 5 F: QB050450A, poz. 1 8F: QB080450A, poz. 2 5F: QB050900A, poz. 2 8F: QD080900A. Abstrahując od kwestii czy produkt z Y-connectorem jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 92 poz. 2 koszulka o średnicy 8 F to w ocenie Izby prawidłowo Zamawiający wywiódł, że produkt oraz jego opakowanie i etykieta są wewnętrznie sprzeczne. Izba zauważa, że złożenie próbki rozerwanej oznaczało jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego (Zamawiający wymagał wyrobów nieotwartych). Nie jest też tak, że odrzucenie oferty nastąpiło z formalnych, błahych powodów niemających znaczenia dla przedmiotu oferty jak twierdził Odwołujący. Zamawiający otrzymując próbkę z rozerwanym opakowaniem z informacjami, które są wzajemnie sprzeczne akceptując go na etapie oceny ofert pozostawałby w niepewności, jaki produkt faktycznie otrzyma w wyniku dostawy: czy ten, który widnieje na etykiecie, czy ten który jest w środku opakowania. Próbka miała jednoznacznie potwierdzać spełnienie wymagań Zamawiającego, w tym dotyczących identyfikacji produktu. Próbka powinna być spójna w zakresie etykiety, opakowania i produktu i taką próbkę jako całość Zamawiający mógł poddać ocenie. Ma to istotne znaczenie dla przyszłej realizacji umowy, zgodnie bowiem z projektem umowy par. 2 ust. 4: „*Przy każdej dostawie towar musi zawierać na opakowaniu dane identyfikujące wyrób: np. numer katalogowy, nazwa producenta, rozmiar, typ itp. i tym samym być zgodny z asortymentem i producentem zaferowanym w ofercie przetargowej z dnia .....2023 r.*”

Mając na względzie, że próbka była otwarta zdaniem Izby jakiegokolwiek wyjaśnianie kwestii etykiety, identyfikacji produktu, kodu, rysunku i wyrobu wewnątrz opakowania stanowiłoby negocjowanie treści oferty, ale także naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości postępowania. Jakkolwiek Odwołujący okazał tożsamy produkt jak uzupełniony z analogiczną etykietą w nieotwartym opakowaniu na rozprawie to jednak na etapie oceny oferty

Zamawiający taką próbką nie dysponował. Gdyby Odwołujący dostarczył próbkę fabrycznie zamkniętą to Zamawiający mógłby ewentualnie wyjaśniać kwestie rozbieżności między produktem a jego etykietą. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy pzp: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*” Zaznaczenia wymaga, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości przykładowo co do poprawności zaferowania przedmiotu zamówienia. Niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści, co w konsekwencji prowadziłoby do zmiany treści oferty. Wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ją ograniczać. Artykuł 107 ust. 4 ustawy pzp stanowi natomiast, że „*Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.*” Niewątpliwie, w sytuacji dysponowania przez Zamawiającego otwartą próbką, w której występuje sprzeczność pomiędzy opakowaniem, etykietą identyfikującą produkt a samym produktem wyjaśnienia w trybie art. 223 ustawy pzp w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy pzp byłyby zdaniem Izby niedozwolone, gdyż prowadziłyby do ustalenia, jaki wyrób medyczny Odwołujący ostatecznie oferuje, a więc do określenia właściwego przedmiotu oferty, co stanowi niedozwolone negocjowanie jej treści.

W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że: „*nie może oceniać fizycznie samej próbki bez jego opakowania, kodu i etykiety, gdyż jest to integralna całość przedmiotu zamówienia identyfikująca dany produkt, względem treści złożonej oferty.*” Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, dlatego zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 4 ustawy pzp Izba uznała za niezasadny.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 395,04 zł na podstawie faktur Vat złożonych przez Zamawiającego na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....