Sygn. akt: KIO 1342/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Skamex spółkę akcyjną z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. D.J. w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ANMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego Skamex spółkę akcyjną z siedzibą w Łodzi i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero) poniesioną przez Odwołującego 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 1342/24

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Specjalistycznyim. D.J. w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęcę (dalej: *„Zamawiający”*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: *„Dostawa wyrobów medycznych i produktów farmaceutycznych”*, identyfikator postępowania: MSS-DN-ZPP-26-82/23. Zamówienie zostało podzielone na części.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 stycznia 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 00002121-2024, numer wydania Dz.U. S: 1/2024.

W postępowaniu tym Skamex spółka akcyjna z siedzibą w Łodzi (dalej: *„Odwołujący”*) 19 kwietnia 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia

oferty Odwołującego, w zakresie części 4 postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i w konsekwencji wadliwy wybór wykonawcy,

2)art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę zgodną z wymaganiami - w oparciu o udzielone wyjaśnienia do treści SWZ i dopuszczenia przez Zamawiającego określonych dokumentami postępowania rozwiązań - w odniesieniu do przedmiotu zamówienia;

3)art. 239 ustawy Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Anmar sp. z o.o. wskutek nieuprawnionej i niezgodnej z przepisami czynności odrzucenia oferty Odwołującego Skamex S.A, która to oferta spełnia merytoryczne wymagania Zamawiającego;

4)art. 16 ust. 1 pkt. 2 przez naruszenie zasad przejrzystości, która gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły - w tym jasno sformułowany opis przedmiotu zamówienia, który w sposób jednoznaczny wskazuje intencje Zamawiającego - na skutek czego Zamawiający błędnie odrzucił ofertę Odwołującego Skamex S.A.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Skamex S.A;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Anmar sp. z o.o.;
3. dokonanie powtórnego badania i oceny oferty;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia w zakresie pakietu nr. 4 Odwołujący argumentował, że jego interes polega na tym, że Zamawiający - wbrew przepisom ustawy Pzp - odrzucił złożoną w przedmiotowym postępowaniu ofertę Odwołującego w zakresie pakietu nr. 4, argumentując swoją decyzję tym, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego ani z jego decyzją odrzucenia oferty w postępowaniu, ponieważ jest ona zgodna z dopuszczeniem Zamawiającego, które w sposób oczywisty i bezsprzeczny niesie ze sobą skutek modyfikacji SWZ w obszarze poszczególnych wymagań Zamawiającego określonych w formularzu asortymentowo-cenowym. W związku z powyższym Odwołujący uważa, że ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na to, że w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia oferty z postępowania oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. Tym samym Odwołujący wskazał, że jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowych decyzji Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że załączniku nr 1 do SWZ, czyli formularzu asortymentowo-cenowym, w części nr 4 poz. 3, 6 i 7 opisany został przedmiot zamówienia w zakresie spornym. Odwołujący wskazał też, że w toku postępowania zadawane były pytania do treści OPZ. Odwołujący wskazał na pismo z 2 lutego 2024 r. opublikowane 5 lutego 2024 r., gdzie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie w zakresie części 4 poz. 3 załącznika 1, tj. o możliwość zaoferowania kaniuli dożylnej producenta Becton Dickinson, odpowiedział *„Zamawiający nie dopuszcza”*. Ponadto w odpowiedzi na pytanie dotyczące części 4 poz. 6 i 7 załącznika nr 1, odnoszącego się do odstąpienia przez Zamawiającego od wymogu aby kaniula i korek musiały pochodzić od tego samego producenta, Zamawiający wskazał *„zgodnie z SWZ”.* Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający zdecydował się na sprostowanie wyjaśnień treści SWZ z dnia 2 lutego 2024 r., które zostały zamieszczonej na platformie zakupowej w dniu 8 lutego 2024 r. Zamawiający w wyniku powyższego czynności zmienił odpowiedź na pytanie o możliwość zaoferowania kaniuli producenta Becton Dickinson w ten sposób, że wyraził zgodę.

Odwołujący wskazał następnie, że 9 kwietnia 2024 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, stwierdzając, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie zgadza się z uzasadnieniem odrzucenia jego oferty, zgodnie z którym Zamawiający wskazał, iż wymagał on w poz. 6 i 7 części nr. 4 niniejszego postępowania, aby zaoferowane przez Wykonawców koreczki były *„takiego samego producenta co kaniule”,* gdy tymczasem Odwołujący zaoferował w poz. 3 kaniule firmy Becton Dickinson, a w poz. 6 i 7 zaoferował koreczki firmy BBraun, co zostało potwierdzone wyjaśnieniami przesłanymi do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę zupełnie pominął zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia, której sam dokonał poprzez udzielanie odpowiedzi na pytania i dopuszczenie produktów

alternatywnych w stosunku do tych opisanych pierwotnie w SWZ - wskazujących na konkretnego producenta kaniuli tj. producenta BBraun. Zamawiający dopuszczając rozwiązanie odmienne od pierwotnego wprowadził możliwość zaoferowania produktów innych niż pierwotnie, konkretnie wskazane opisem w pozycji 3, wyrażając jasno tym samym wolę rozszerzenia zakresu konkurencji w obrębie pakietu nr 4. Zatem, skoro dopuszczone zostały rozwiązania innego producenta niż BBraun w odniesieniu do oferowanej kaniuli, oczywistym i zrozumianym efektem tej zmiany jest zniesienie wymogu, aby produkty z pozycji 3, 6 i 7 były od tego samego producenta. Zmiana dopuszczająca odmiennego producenta w zakresie pozycji 3, aby nie być pozorną musiała dotyczyć jednocześnie możliwości oferowania produktów od różnych producentów, gdyż zamawiający w pozycjach 6 i 7 opisał produkty, których opis spełniają WYŁĄCZNIE wyroby producenta BBraun. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający jednakże dokonuje innej interpretacji własnego SWZ (czynność po terminie) która de facto oznacza, że mimo dopuszczenia rozwiązania równoważnego – odmiennego producenta kaniuli, Zamawiający jednak nie zmienił niezgodnej z przepisami ustawy PZP interpretacji pierwotnie ograniczającej konkurencję wyłącznie do produktów jedynego producenta BBraun, a zmiana i dopuszczenie produktów równoważnych były pozorne.

Zdaniem Odwołującego istotą powiązania produktów z pozycji 3 i pozycji 6 oraz 7 jest ich kompatybilność, tak by Zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości prawidłowej współpracy tych produktów w jego codziennej pracy. Kompatybilność ta jest warunkowana posiadaniem zarówno przez produkty BBraun jak i Becton Dickinson tych samych, znormalizowanych i kompatybilnych ze sobą połączeń Luer lock.

W ocenie Odwołującego konieczność zachowania tożsamości producentów winna być rozpatrywana co najwyżej w kategorii kompatybilności (zapewnionej w tym przypadku poprzez kompatybilność znormalizowanych złączy Luer lock), a nie w kategorii faktycznego ograniczenia konkurencji i równego traktowania wykonawców co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że wszystkie zaoferowane przez niego produkty są zgodne z opisem produktowym wskazanym w SWZ. Ponad wszelką wątpliwość zaoferowane produkty w poz. 6 i 7 są kompatybilne z kaniulą zaoferowaną w pozycji 3. Parametry spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego. W pozycji 6 i 7 Wykonawca zaoferował produkty BBraun zgodnie z niewskazanym wprost, ale wynikającym z faktycznego opisu produktów wymaganiem Zamawiającego co do skonkretyzowanego producenta. W pozycji 3 Wykonawca zaoferował dopuszczone kaniule. Oferta spełnia zatem wymagania co do parametrów produktu oraz co do ich kompatybilności. Bezsprzecznym jest fakt, że w konsekwencji decyzji Zamawiającego o dopuszczeniu produktu spełniającego parametry - wymienione i opisane w zapytaniu do treści SWZ poz. 3 - jasno wskazujące producenta tego produktu, czyli Becton Dickinson, spowodował on samoistną modyfikację treści SWZ co do poz. 6 i 7, bowiem niemożliwym byłoby zaoferowanie koreczków o parametrach podanych w SWZ innej firmy niż BBraun. Zauważyć należy, konkludując niniejsze odwołanie, że Zamawiający niesłusznie i w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego Skamex S.A, będąc ofertą zgodną z wymaganiami postawionymi w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego zawiera w swej treści kaniule (w poz. 3) dopuszczone przez Zamawiającego w toku wyjaśniania treści SWZ, a także koreczki (poz. 6 i 7), których wprost oczekiwał Zamawiający. Wskazane wyżej produkty są ze sobą w pełni kompatybilne i w pełni bezpieczne.

W złożonej pismem z 6 maja 2024 r., odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca ANMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (dalej: *„Przystępujący”*).

W złożonym piśmie procesowym z 6 maja 2024 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453), w tym przede wszystkim udostępnione przez Zamawiającego na nośniku:

1.Ogłoszenie o zamówieniu.

2.SWZ wraz z załącznikami.

3.Pytania i odpowiedzi do treści SWZ.

4. Wezwanie do wyjaśnień skierowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do Odwołującego wraz z udzieloną przez niego odpowiedzią.
5. Treść złożonej przez Odwołującego oferty.
6. Informację o wyniku postępowania informującą o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych z 8 kwietnia 2024 r.

Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z załącznika nr 1 do SWZ, zawierającego formularz asotymentowo cenowy, dla części 4, której dotyczy spór, w poz. 3 Zamawiający zawarł następujący opis odnoszący się do kaniuli: *„Kaniula, wykonana z poliuretanu, do długotrwałego podawania płynów i leków, z dodatkowym portem do iniekcji . Możliwość blokady portu górnego przed przypadkowym otwarciem. Kaniula zabezpieczona okrągłym koreczkiem, z automatycznym zabezpieczeniem ostrza igly po jej wyjęciu z kaniuli , posiadająca min. 4 paski kontrastujące w RTG. Kaniula wyposażona wzatyczkę z filtrem hydrofobowym lub zastawkę antyzwrotną zabezpieczającą przed wypływem krwi w momencie wkłucia; nazwa producenta lub nazwa własna kaniuli umieszczona bezpośrednio na kaniuli, wyrób nie może zawierać w składzie ftalanów. Igła bez dodatkowego, bocznego otworu na końcu cewnika kaniuli. Na opakowaniu każdej kaniuli widoczna data ważności, rozmiar oraz przepływ*".

W poz. 6 tego formularza, w zakresie koreczka luer lock, Zamawiający wskazał: *„Koreczki luer lock z trzpieniem poniżej krawędzi koreczka, karbowanie na całej długości części chwytnej koreczka , pakowane pojedynczo (każda sztuka osobno niezłączona z innymi koreczkami) w blister dopasowany do kształtu koreczka uniemożliwiający niezamierzoną zmianę położenia koreczka, sterylne, jednorazowego użytku tego samego producenta co kaniule."*

W poz. 7 tego formularza, w zakresie koreczka dwustronnego, Zamawiający wskazał: *„Koreczki dwustronne męsko-żeńskie (combi), kompatybilne i szczelne z zakończeniami kraników i wkłuć obwodowych, centralnych, tętniczych, kompatybilne z zakończeniem typu Luer i Luer-Lock strzykawki i drenu do przetoczeń, jałowe , pakowane pojedynczo (każda sztuka osobno niezłączona z innymi koreczkami) w kolorze czerwonym, niebieskim lub żółtym tego samego producenta co kaniule."*

Pismem z 2 lutego 2024 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące poz. 6 i 7 (wniosek 15) o treści: *„Prosimy Zamawiającego o odstąpienie od wymogu, aby koreczki pochodziły od tego samego producenta co kaniule i dopuszczenie koreczków innego producenta niż kaniule spełniających wymagania normy PN-EN ISO 80369-7:2017-08 Łączniki z otworami o małej średnicy do płynów i gazów stosowane w medycynie ogólnej -- Część 7: Łączniki do zastosowań wewnątrznaczyniowych lub iniekcyjnych, przez co kompatybilnych z każdą kaniulą, bo taki wymóg stawia norma. Podobnie jak igły i strzykawki różnych producentów pasują do siebie, bo spełniają te same normy."*, Zamawiający odpowiedział: *„Zgodnie z SWZ."*.

Tym samym pismem, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące poz. 3 (wniosek 17) o treści: *„Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania bezpieczną kaniula dożylną firmy Becton Dickinson wykonaną z biokompatybilnego poliuretanu. Posiadająca dodatkowy, samodomykający się port do wstrzyknięć, 6 pasków kontrastujących w promieniach RTG. Możliwość identyfikacji radiologicznej położenia końca kaniuli. Posiadająca zastawkę bezzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi. Posiadająca zabezpieczenie igły w postaci plastikowej osłonki o gładkich krawędziach z systemem kapilar zapobiegających zakłuciu się oraz zachlapaniu krwią w następujących rozmiarach: 22G 0,9x25 42 ml/min, 22G 0,9x 25 42 ml/min, 20G 1,1x 32 67 ml/min, 18G 1,3x 32 103 ml/min, 18G 1,3x 45 103 ml/min, 17G 1,5x 45 133 ml/min, 16G 1,8x 45 236 ml/min?"*. Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający nie dopuszcza."*.

Następnie Zamawiający, pismem z 7 lutego 2024 r., opublikował sprostowanie do ww. wyjaśnień, tj. m.in. do odpowiedzi na pytanie o treści: *„Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania bezpieczną kaniula dożylną firmy Becton Dickinson wykonaną z biokompatybilnego poliuretanu. Posiadająca dodatkowy, samodomykający się port do wstrzyknięć, 6 pasków kontrastujących w promieniach RTG. Możliwość identyfikacji radiologicznej położenia końca kaniuli. Posiadająca zastawkę bezzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi. Posiadająca zabezpieczenie igły w postaci plastikowej osłonki o gładkich krawędziach z systemem kapilar zapobiegających zakłuciu się oraz zachlapaniu krwią w następujących rozmiarach: 22G 0,9x25 42 ml/min, 22G 0,9x 25 42 ml/min, 20G 1,1x 32 67 ml/min, 18G 1,3x 32 103 ml/min, 18G 1,3x 45 103 ml/min, 17G 1,5x 45 133 ml/min, 16G 1,8x 45 236 ml/min?"* Zamawiający wskazał, że *„zamiast: Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający potwierdza. powinno być: Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza."*.

Następnie Izba ustaliła, że oferta, składana była zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SWZ, który miał następującą konstrukcję: kolumna pt. *„Nazwa przedmiotu zamówienia"* zawierała opis zamieszczony przez Zamawiającego, kolumny pt. *„Rozmiar / pojemność", „Ilość", „J.m."*, również zawierały dane wskazane przez Zamawiającego. Wykonawcy mieli wypełnić samodzielnie kolumny pt. *„Cena jedn. Netto", „Wartość netto", „Podatek Vat", „Wartość brutto"*. Innymi słowy, w treści załącznika nr 1 do SWZ, wykonawcy nie mieli obowiązku podawać producenta oferowanego asortymentu.

Zamawiający w celu m.in. ustalenia nazwy producenta oferowanego asortymentu oraz w celu weryfikacji wymagania aby w przypadku poz. 3, 6 i 7 formularza asortyment pochodził od tego samego producenta, skierował do wykonawców wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Takie wezwanie pismem z 21 lutego 2024 r. zostało również skierowane do Odwołującego. Jak wynika z treści tego pisma Zamawiający wymagał w odpowiedzi na nie podania informacji na temat producenta. Ponadto Zamawiający wymagał podania informacji na temat nazwy handlowej produktu, nr katalogowego, ilości sztuk w opakowaniu handlowym.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w zakresie części 4, w poz. 3 (kaniula) wskazał iż zaoferował produkt producenta Becton Dickinson, a w przypadku poz. 6 i 7 (koreczki) zaoferował produkt producenta BBraun.

W związku z powyższym, Zamawiający w informacji o wyniku postępowania opublikowanej pismem z 8 kwietnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podając następujące uzasadnienie: *„Odrzucenie w cz. 4 zamówienia oferty Wykonawcy Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź, NIP: 5542980836 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) tj. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający treścią SWZ – Załącznik nr 1 do SWZ i umowy tj. Formularz asortymentowo-cenowy w cz. 4 poz. 6 i 7 zamówienia wymagał, aby zaoferowane przez Wykonawców koreczki były „tego samego producenta co kaniule." Tymczasem Wykonawca Skamex S.A.: - w cz. 4 poz. 6 zamówienia zaoferował: „BBraun/Koreczek luer lock biały/4097076/100 szt", - w cz. 4 poz. 7 zamówienia zaoferował: „BBraun/Koreczek combi/4495101; 4495152; 4495209/1 szt" - W cz. 4 poz. 3 zamówienia zaoferował kaniule: Becton Dickinson /Venflon pro safety/50 szt dla 0,9 x 25 mm393222; 1,1 x 32 mm -393224; 1,3 x 32 mm - 393226;1,3 x 45 mm - 393227; 1,5 x 45 mm - 393228; 16G 1,8x45 mm - 393229. Producentem zaoferowanych przez Wykonawcę koreczków jest BBraun, zaś producentem kaniul Becton Dickinson, co jest niezgodne z warunkami opisanymi w SWZ bowiem Zamawiający wymagał, aby koreczki były „tego samego producenta co kaniule." Zamawiający pismem z dnia 02.02.2024r. dotyczącym wyjaśnienia treści SWZ, również potwierdził powyższe: (…). W związku z powyższym Zamawiający w cz. 4 zamówienia odrzucił ofertę Wykonawcy Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź, NIP: 5542980836 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) tj. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."*.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Stan faktyczny jest w sprawie niesporny. Spór dotyczy natomiast sposobu interpretacji dokumentów zamówienia i wniosków, jakie każda ze stron i uczestnik postępowania wysnuwają z przyjętego przez siebie sposobu rozumienia dokumentów. Istota sporu sprowadza się do tego, czy udzielone wyjaśnienia treści SWZ i wprowadzone modyfikacje skutkują zniesieniem wymogu, aby koreczki opisane w załączniku nr 1 do SWZ, w części 4 zamówienia w poz. 6 i 7 musiały pochodzić od tego samego producenta, co zaoferowane w pkt 3 tego załącznika kaniule.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego jest prawidłowe, a tym samym czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, była prawidłowa. Okoliczności sprawy, w tym ustalony stan faktyczny nie pozwalają na przyjęcie zasadności stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu, zgodnie z którym: *„(…) skoro dopuszczone zostały rozwiązania innego producenta niż BBroun w odniesieniu do oferowanej kaniuli, oczywistym i zrozumiałym efektem tej zmiany jest zniesienie wymogu, aby produkty z pozycji 3, 6 i 7 były od tego samego producenta. Zmiana dopuszczająca odmiennego producenta w zakresie pozycji 3, aby nie być pozorną musiała dotyczyć jednocześnie możliwości oferowania produktów od różnych producentów, gdyż zamawiający w pozycjach 6 i 7 opisał produkty, których opis spełniają <u>WYŁĄCZNIE</u> wyroby producenta BBroun."*.

Odnosząc się do powyższego stanowiska wskazać należy na kilka kwestii. Po pierwsze, Zamawiający w odpowiedzi udzielonej pismem z 2 lutego 2024 r., na pytanie o wyrażenie zgody na odstąpienie od wymogu, aby koreczki pochodziły od tego samego producenta co kaniule i dopuszczenie koreczków innego producenta niż kaniule, podtrzymał postanowienia SWZ. Sprostowanie wyjaśnień pismem z 7 lutego 2024 r. odnosiło się do innych pytań niż powyższe. Sprostowaniem z 7 lutego 2024 r. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania w poz. 3 kaniuli producenta Becton Dickinson, nie rezygnując jednocześnie z wymogu aby kaniule i koreczki pochodziły od tego samego producenta. Odwołujący nie może, w okolicznościach tej sprawy zakładać takiego automatyzmu. Odwołujący nie wykazał, aby w okolicznościach tej sprawy można było przyjąć taki wniosek. W tym miejscu należy przypomnieć, że ciężar wykazania prawidłowości twierdzeń odwołania, spoczywa na Odwołującym. W ocenie Izby Odwołujący nie podjął próby wykazania, aby twierdzenia zawarte w odwołaniu co do tego, że opis z poz. 6 i 7 spełniają tylko koreczki producenta BBraun i tym samym nie było możliwe zaoferowanie koreczków producenta Becton Dickinson. Odwołujący nie wykazał, aby na etapie pytań do SWZ kwestia ta była poruszona przez któregokolwiek z wykonawców. Odwołujący nie wykazał aby zaoferowanie w ramach tego postępowania koreczków Becton Dickinson było w ogóle niemożliwe. Odwołujący w

powyżej wskazanym zakresie nie podjął inicjatywny dowodowej. Tymczasem Zamawiający oświadczył, że w ramach aktualnie realizowanych rzez Odwołującego dostaw, Odwołujący dostarcza zarówno kaniule jak i koreczki producenta Becton Dickinson, na podstawie takiego samego opisu przedmiotu zamówienia jak w tym postępowaniu, czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Po drugie, niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że na takie twierdzenia na tym etapie postępowania jest już za późno. Wykonawcy, którzy są profesjonalistami powinni również czuwać w toku postępowania nad spójnością wprowadzonych modyfikacji treści dokumentów zamówienia z pozostałymi wymaganiami, w szczególności w sytuacji gdy zamawiający, jak w tym przypadku, oczekuje zaoferowania asortymentu tego samego producenta. Zatem jeżeli Odwołujący na etapie przed upływem składania ofert miał jakiekolwiek wątpliwości co do rozumienia spornego parametru opisu przedmiotu zamówienia, powinien zwrócić się w tym zakresie w trybie art. 135 ustawy Pzp o wyjaśnienie ich treści przez Zamawiającego. Nie jest dla Izby jasne, z jakich powodów, po zmianie stanowiska przez Zamawiającego co do możliwości zaoferowania kaniuli producenta Becton Dickinson, Odwołujący nie zadał pytania o możliwość zaoferowania koreczków tego producenta. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013, w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wobec wątpliwości występujących po stronie wykonawcy art. 38 popzp (aktualnie art. 135 ustawy Pzp) stanowi w związku z art. 354 § 2 kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy, aby zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą do zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 kc (por. wyrok KIO z dnia 9 marca 2023 r. sygn. akt KIO 496/23).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, o której Zamawiający poinformował pismem z 8 kwietnia 2024 r., była prawidłowa, w konsekwencji powyższego odwołanie okazało się bezzasadne i podlegało oddaleniu.

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego podniesione na rozprawie, w zakresie, w jakim wykraczały one poza granice odwołania, tj. twierdzenia odnoszące się do zakresu czynności odrzucenia oferty Odwołującego tylko z uwagi na przedmiot zaoferowany w poz. 3 Załącznika nr 1 dla części 4, z jednoczesnym pominięciem poz. 4 i 5. Takich okoliczności faktycznych w ramach odwołania Odwołujący nie podniósł, podobnie jak nie podniósł zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że zaoferowane przez niego kaniule z poz. 4 i 5 załącznika nr 1 również nie pochodzą od tego samego producenta, co zaoferowane koreczki.

Odnosząc się do złożonych dowodów Izba wskazuje, że nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Co do karty katalogowej dowód ten był bez znaczenia dla istoty sporu, a w zakresie wyciągu z tłumaczenia Izba wskazuje, że dowód ten również nie mógł przesądzić o zasadności odwołania, ponieważ kwestia braku kompatybilności koreczków (poz. 7 załącznika nr 1, części 4) z kaniulą nie była powodem odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto wobec sformułowania w opisie koreczków z poz. 7 zarówno co do ich kompatybilności jak i konieczności pochodzenia od tego samego producenta, co kaniula oczywistym musi być że nie jest wystarczające spełnienie jedynie wymogu kompatybilności. Dowód przedstawiony przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, również niemiał przesądzającego znaczenia w ustalonych okolicznościach sprawy. Podtrzymanie przez Zamawiającego wymogu zaoferowania koreczków tego samego producenta co kaniule nie budziło wątpliwości Izby, natomiast wykazywanie przez Zamawiającego, że ta potrzeba jest uzasadniona miałoby znaczenie na etapie rozpoznawania zarzutu kwestionującego zasadność takiego wymagania, czego ta sprawa odwoławcza nie dotyczy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z §5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……