

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Support 4 Medicine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego, Terumo Poland Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 petitum odwołania (tj. co do Pakietu 105);
2. uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym pakietów 10, 11, 12 i 92 i odnoszących się do nich zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 253 ust. 1 pkt 2, art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do pakietu 92 poz. 2 oraz nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietów 10, 11 i 12;
 - 2.2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 92;
 - 2.3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietów 10, 11, 12 i 92;
 - 2.4. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek – w ramach pakietu 92 poz. 2;
 - 2.5. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. kosztami postępowania obciąża Odwołującego oraz Zamawiającego i:
 - 4.1. 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 groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego, Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu na rzecz Odwołującego, Support 4 Medicine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. kwotę 14 880 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 995/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sterylne, lecznicze środki techniczne w okresie 24 miesięcy dla potrzeb Pracowni Diagnostyki Inwazyjnej Chorób Układu Krążenia oraz Pracowni Radiologii Zabiegowej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu, nr postępowania: 47/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2023 r., pod nr: 238/S 00750070/23. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 25 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Support 4 Medicine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie od czynności:

- 1) w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122: nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego i przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą, przyjęciu, iż Odwołujący zaproponował rozwiązanie niespełniające wymagań Zamawiającego, i w konsekwencji, odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rzekomą jej

niezgodność z warunkami zamówienia oraz niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej, a ponadto, dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

2)w zakresie pakietów nr 92 poz. 2 i 122: zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek;

3)w zakresie pakietu nr 105: nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona zostać odrzucona ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia i w konsekwencji, zaniechania unieważnienia Postępowania w zakresie tego pakietu.;

4)ewentualnie, w zakresie pakietów nr 92, 105 i 122: zaniechania unieważnienia postępowania ze względu na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”):

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122 ze względu na ich rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, pomimo, iż przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego przez produkty oferowane przez Odwołującego, a w przypadku pakietu 92 poz. 2 ze względu na ich rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, podczas gdy czynność ta została podjęta przedwcześnie, przed wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia próbek,

2.art. 107 ust. 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek w zakresie pakietów nr 92 poz. 2 oraz ewentualnie w zakresie pakietu nr 122, pomimo występowania ku temu stosownych przesłanek, co doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia jego ofert,

3.art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122 bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co dodatkowo uniemożliwia Odwołującemu weryfikację poprawności czynności dokonanej przez Zamawiającego i skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej,

4.art. 255 pkt 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 i art. 16 oraz art. 17 PZP poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 105 na podstawie art. 255 pkt 2 Ustawy, gdyż żadna oferta złożona w ramach tego pakietu nie spełnia wymagania przewidzianego przez Zamawiającego,

5.ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutów nr 1 – 4, naruszenie art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w zakresie pakietów nr 92, 105 oraz 122 poprzez opisanie wymagań wobec przedmiotu zamówienia lub wobec wymaganych próbek w sposób niejasny lub wewnętrznie sprzeczny, bądź w sposób niemożliwy do spełnienia przez produkty oferowane na rynku, wskutek czego ocena ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprawidłowo, w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92, 105 i 122,

2)unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122,

3)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 105,

4)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek w zakresie pakietu nr 92 poz. 2 i ewentualnie w zakresie pakietu nr 122 oraz ponownego badania próbek,

5)dokonania wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych i spełniających wymagania Zamawiającego w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122,

6)odrzućenie oferty wykonawcy HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A.,

7)unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 105,

8)ewentualnie, unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 92, 105 i 122 – w przypadku nie podzielenia zarzutów nr 1 – 4.

Jak uzasadnił w odwołaniu:

1.w zakresie dotyczącym pakietów 10, 11 i 12:

W tym zakresie Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia (zarzut nr 1 petitum odwołania) oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez

dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 3 petitum odwołania). Wskazał, iż Zamawiający w ramach pakietów 10, 11 i 12 niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, uznając, iż zaoferowane kaniule nie posiadają zbrojenia metalowym spiralnym opłotem, zapewniającym odporność na załamania i zagięcia, przy czym jednocześnie w kolejnym zdaniu, Zamawiający wprost przytoczył brzmienie zdania 2 pkt 2 z załączników 10A, 11A i 12A do SWZ, potwierdzając, że konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła. Uzasadnienie jest lakoniczne, a przy tym Zamawiający nie sporządził kart ocen dostarczonych próbek, toteż Odwołujący nie posiada wiedzy, w jaki sposób Zamawiający dokonywał badania próbki oraz złożonej oferty i na jakiej podstawie stwierdził, że oferowany produkt nie spełnia wymagań określonych w SWZ.

2.w zakresie dotyczącym pakietu 92:

Tutaj, Odwołujący sformułował następujące zarzuty naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, a w przypadku poz. 2, ze względu na przedwczesne odrzucenie oferty z tego powodu (zarzut nr 1 petitum odwołania), art. 107 ust. 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek w zakresie poz. 2 (zarzut nr 2 petitum odwołania), art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 3 petitum odwołania), ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutów nr 1 – 4, naruszenie art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania poprzez opisanie wymagań wobec przedmiotu zamówienia lub wobec wymaganych próbek w sposób niejasny lub wewnętrznie sprzeczny, bądź w sposób niemożliwy do spełnienia przez produkty oferowane na rynku, wskutek czego ocena ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprawidłowo, w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut nr 5 petitum odwołania). Zarzuty te uzasadnił w następujący sposób.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie pakietu 92 poz. 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP ze względu na niezgodność oferowanego produktu z warunkami zamówienia, podobnie jak w przypadku zarzutów dot. pakietów 10, 11 i 12 – lakonicznie uzasadniając swoją decyzję. Zamawiający stwierdził bowiem, 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”. Zdaniem Odwołującego ocena ta jest o tyle nieprawidłowa, że Zamawiający podczas badania, najprawdopodobniej przyjął niewłaściwą metodę badania próbki, tj. wykorzystał czynnik zewnętrzny tj. siła rąk, by zgiąć próbkę w sposób nienaturalny, a następnie sprasować ją, co skutkowało zniszczeniem dostarczonej próbki. Podobnie jak w przypadku pkt 1 powyżej, Zamawiający nie sporządził kart ocen dostarczonych próbek, toteż Odwołujący nie posiada szczegółowej wiedzy na temat procedury weryfikacji oferowanych produktów. Zdaniem Odwołującego, zaoferowane koszulki spełniają wymogi SWZ. Wskazał, że: „Jeżeli w wyniku badania próbki, na skutek zagięcia, jak stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności, doszło do trwałej deformacji koszulki prowadzącej do zawężenia jej światła, oznacza to, że Zamawiający sprawdzając parametry próbki, dokonał całkowitego zagięcia sprawdzanej koszulki na dowolnym odcinku jej długości i zewnętrznie sprasował jej światło. (...) badanie właściwości koszulki przy pomocy takiego zabiegu jest bezcelowe, gdyż tego typu zjawiska nie występują w praktyce. W świetle naczyń nie działa bowiem siła palców operatora na światło koszuli, a sama koszula, załamana o 180°, nie wraca swym dystalnym odcinkiem w kierunku wkłucia. (...) zastosowanie takiej „metody badania”, tj. złożenie koszulki i użycie nacisku z zewnątrz (czyli jej zgniecenie), spowodowałoby deformację każdego z oferowanych w ramach Postępowania produktów. Innymi słowy, wszystkie z badanych koszulek przy takim zgięciu (złożeniu) muszą ulec załamaniu i tym samym, ich światło uległoby zwężeniu.” (str . 8 uzasadnienia odwołania). Wybór oferty najkorzystniejszej BIOTRONIK Polska sp. z o.o. doprowadził Odwołującego do wniosku, że Zamawiający musiał stosować różne metody badania próbek i używać odmiennego nacisku na koszulki, wskutek czego próbka Odwołującego uległa zdeformowaniu, natomiast pozostałych wykonawców – już nie. Z tych względów, Zamawiający podjął czynności w sposób rażąco sprzeczny z zasadami równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Nadto, zdaniem Odwołującego, SWZ jest nieprecyzyjna w kwestii oczekiwanych parametrów oraz metody badania próbki w celu weryfikacji spełnienia tego wymagania. Według Odwołującego, przy założeniu warunków, w jakich wyrób miał być wykorzystywany, można było założyć, iż Zamawiający będzie dokonywał zgięcia koszulki w sposób łagodny, jednak SWZ, jak wskazał Odwołujący, tego nie precyzowała, zaś ostatecznie Zamawiający badał poprzez jej zgięcie z użyciem dodatkowego nacisku z zewnątrz (na kształt litery „I”), wskutek czego doszło do deformacji koszulki. Podniósł, że niejasności SWZ muszą być interpretowane na korzyść

wykonawców, co więcej, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy warunki zamówienia, z którymi oferta ma być niezgodna, zostały określone przez zamawiającego wystarczająco precyzyjnie.

W zakresie pakietu 92 poz. 2, Odwołujący wskazał, iż wobec niezasadnego stwierdzenia niezgodności oferty w zakresie poz. 1, Zamawiający niesłusznie odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki w zakresie poz. 2, bowiem Odwołujący dla jednej średnicy F dostarczył niewłaściwą próbkę, tj. koszulkę z migawkową zastawką hemostatyczną Tuohy-Borst, zamiast wymaganej zastawki membranowej.

3.w zakresie dotyczącym pakietu 105:

W tym zakresie Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 i art. 16 oraz art. 17 PZP poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Ustawy, gdyż żadna oferta złożona w ramach tego pakietu nie spełnia wymagania przewidzianego przez Zamawiającego (zarzut nr 4 petitum odwołania) oraz zarzut ewentualny, w przypadku nie podzielenia zarzutów nr 1 – 4, naruszenie art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec opisanego wymagań wobec przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do spełnienia przez produkty oferowane na rynku, wskutek czego ocena ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprawidłowo, w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na stwierdzenie niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, niezasadnie uznając, że złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia wymogu kompatybilności stentgraftu o średnicy 8mm i dł. powyżej 17mm z introduktorem ≤ 6F, gdyż opis i zdjęcie wskazują na kompatybilność z introduktorem 7F. Z podobnych względów, Zamawiający odrzucił ofertę Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. Jako najkorzystniejsza została zaś wybrana oferta HAMMERMED Medical Sp. z o.o. S.K.A., zaś zdaniem Odwołującego również oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż zdaniem Odwołującego, jak wynika z oferty tego wykonawcy, oferowane przez niego stentgrafty, przy średnicach 8, 9, 10 mm posiadają jedynie długości 27, 37 oraz 57mm, a zatem nie spełniają wymagania długości „15mm +/-3cm oraz wymagania kompatybilności stentgraftu o śr. 8mm i długości 60mm +/-3mm z introduktorem mniejszym lub równym 6F, gdyż oferowany przez tego wykonawcę wyrób medyczny kompatybilny jest z induktorem większym lub równym 2mm, a zatem z induktorem o średnicy 7F.

4.w zakresie pakietu 122:

Odwołujący sformułował następujące zarzuty naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, (zarzut nr 1 petitum odwołania), art. 107 ust. 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek (zarzut nr 2 petitum odwołania), art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 3 petitum odwołania) oraz zarzut ewentualny, w przypadku nie podzielenia zarzutów nr 1 – 4, naruszenia art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec opisanego wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia i wymaganych próbek w sposób niejasny lub wewnętrznie sprzeczny, wskutek czego ocena ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprawidłowo, w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut nr 5 petitum odwołania). Jak podniósł Odwołujący, Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Odwołujący podniósł w tym kontekście, że kierując się wymaganiami Zamawiającego, złożył po 1 sztuce próbki koszulki dla każdej średnicy, z których każda posiadała adapter typu Y z zastawką typu migawkowego i bocznym ramieniem z trójdrożnym kranikiem z zaworem. Próbki z adapterem typu Y miały długość większą niż 100 cm. Zdaniem Odwołującego, w załączniku nr 122 do SWZ, Zamawiający nie określił, jaką długość mają mieć koszulki z adapterem typu Y. Ten parametr został dookreślony dla koszulek z zastawką hemostatyczną (<100cm). W związku z tym, próbki spełniały parametr posiadania adapteru. Odwołujący nie składał natomiast w ramach próbek koszulek z zastawką hemostatyczną, gdyż jego zdaniem taka konieczność nie wynikała z SWZ. W efekcie, jak domyśla się Odwołujący, Zamawiający błędnie ocenił parametr długości oferowanych koszulek z zastawką, biorąc pod uwagę próbki zawierające adapter typu Y. Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, dla koszulek posiadających adapter typu Y, Zamawiający nie określił wymogu długości. Zdaniem Odwołującego, jeżeli dla Zamawiającego, istotne znaczenie miał parametr długości koszulki z zastawką hemostatyczną, to winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 Ustawy, gdyż Odwołujący nie złożył w ogóle próbek na potwierdzenie tego wymogu –

Zamawiający w Rozdziale X SWZ przewidział uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych w przypadku ich braku lub niekompletności, w tym również próbek. Dodatkowo podniósł, że wymagania dla przedmiotu zamówienia w zakresie tego pakietu oraz próbek zostały określone w SWZ niejednoznacznie. „Zamawiający bowiem z jednej strony wymagał, aby koszulki posiadały adapter typu Y, a jednocześnie spełniały parametr długości z zastawką hemostatyczną. Zapis ten jest wewnętrznie sprzeczny. Przy założeniu wykładni rozszerzającej, można by było wywodzić, że Zamawiający wymaga zaoferowania dwóch rodzajów koszulek z odmiennymi zakończeniami (adapterem i zastawką). Jednak w Rozdziale X SWZ nie wskazał, iż oczekuje dwóch różnych rodzajów próbek, ale wymagał złożenia „po 1 szt. dla każdej wymaganej średnicy koszulki”. To uzasadniało więc przyjęcie przez Odwołującego, iż ma wraz z ofertą złożyć próbkę koszulki z adapterem Y – gdyż tylko w odniesieniu do tego parametru Zamawiający wyraźnie wyartykułował, iż koszulka ma taki posiadać. Nie wyraził natomiast jednoznacznej woli, aby oferowany przedmiot/próbka, posiadały także zastawkę hemostatyczną – w tym względzie, Zamawiający ograniczył się wyłącznie do określenia parametru długości takiego wyrobu.” (str. 16 odwołania). Drugim powodem odrzucenia oferty Odwołującego był – dostrzeżony przez Odwołującego – „brak polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta z potwierdzeniem rejestracji do zabiegów angioplastyki tętnic szyjnych”, przy czym Zamawiający stwierdził, iż „Dokument nie był wymagany jako przedmiotowy środek dowodowy, więc nie podlega uzupełnieniu. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w tym zakresie.” Zdaniem Odwołującego, takie uzasadnienie odrzucenia jego oferty jest nie tylko lakoniczne, ale i wewnętrznie sprzeczne. Skoro ww. dokument nie był wymagany jako przedmiotowy środek dowodowy, to przy jego braku Zamawiający nie mógł odrzucić oferty. Jak wskazał Odwołujący, „Jedyny wymóg, jaki Zamawiający w tym względzie sformułował to określony w Załączniku nr 122 do SWZ parametr, iż oferowana koszulka mają być: „zarejestrowane do użycia w zabiegach angioplastyki tętnic szyjnych z potwierdzeniem tego przeznaczenia w polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta”. Zarówno Odwołujący, jak i Terumo Poland Sp. z o.o. złożyli wraz z ofertą instrukcje użytkowania od producenta, choć dokument ten nie był wymagany. Odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowany przez niego produkt „Heety Sheath” w polskiej (europejskiej) instrukcji obsługi posiada wskazania zgodne z klasą produktu klasy MDD IIa: „przeznaczony do wprowadzania do naczyń krwionośnych podczas procedur interwencyjnych, cewników prowadzących, cewników prowadzących diagnostycznych, balonów, cewników i innych urządzeń do tętnic i żył”. Odwołujący w tym zakresie zwrócił uwagę, że proponowane przez niego koszulki posiadają certyfikaty rejestracyjne CE w klasyfikacji MDD IIa, zaś ta klasa produktów nie wymaga rejestracji do określonych typów zabiegów. Jednocześnie, Zamawiający nie odrzucił oferty Terumo Poland Sp. z o.o. pomimo, iż w złożonej przez tego wykonawcę instrukcji brak informacji o rejestracji. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, iż: „wskazane wymaganie rejestracji wyrobów medycznych do angioplastyki tętnic szyjnych nie może być spełnione przez żaden produkt na rynku. Oznacza to więc, że Zamawiający sformułował wymóg dla przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie ważnej oferty (co potwierdza fakt braku posiadania wymaganej informacji o rejestracji zarówno w instrukcji Odwołującego, jak i Terumo Poland Sp. z o.o.). Powyższa nieprawidłowość może stanowić podstawę do unieważnienia Postępowania w zakresie pakietu nr 122 na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy.” (str. 17 odwołania). Dodał, że: „klasa rejestracyjna ofertowanych produktów nie pozwala i nie wymaga dedykowania ich do określonych procedur. Producent może mniej lub bardziej szczegółowo opisać przeznaczenie produktu, ale nie rejestruje go do określonego zabiegu, a co za tym idzie do „zabiegu angioplastyki tętnic szyjnych”.” (tamże).

Odwołujący w zakresie pakietów nr 92, 105 i 122 podniósł również zarzut ewentualny naruszenia art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania (zarzut nr 5 petitum odwołania). Jego zdaniem, postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał na następujące nieusuwalne (Zamawiający nie może na obecnym etapie zmienić warunków zamówienia) wady poszczególnych pakietów:

- pakietu nr 92 – nieprecyzyjne określenie metody badania próbek składanych dla poz. 1. Zamawiający nie dookreślił bowiem, na jakiej długości będzie dokonywać zgięcia o 180 stopni, w jakim promieniu oraz w jaki sposób będzie dokonywał zgięcia (w sposób łagodny na kształt litery „U”, czy też z użyciem nacisku na kształt litery „I”) – co spowodowało odmienny sposób badania próbek i w konsekwencji uznanie, że próbka złożona przez Odwołującego nie spełnia warunków zamówienia, podczas gdy konstrukcja oferowanej przez niego koszulki pozwala na łagodne zgięcie koszulki o 180 stopni bez zawężenia jej światła. Na skutek nieprecyzyjności Zamawiającego doszło do nieporównywalności ofert i przeprowadzenia swobodnej oceny próbek;
- pakietu nr 105 – przewidzenie wymagania w zakresie potwierdzenia odpowiednim środkiem, iż stentgrafty o średnicach od 5mm do 8mm są kompatybilne z introduktorem ≤ 6F dla wszystkich długości stentgraftu. Wszyscy wykonawcy: Odwołujący, wykonawcy Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. oraz wykonawca HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. nie byli w stanie potwierdzić spełnienia tego wymagania, przy czym ze środków dowodowych złożonych przez HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. wynika, że wykonawca te

zaoferował rozwiązanie z zastosowaniem niewłaściwej miary. Pomimo tego, Zamawiający dokonał wyboru jego oferty najkorzystniejszej. Rozumiejąc literalnie warunki zamówienia, Zamawiający winien był odrzucić wszystkie oferty i unieważnić Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 PZP. Zdaniem Odwołującego, wadą pierwotną Postępowania było przewidzenie wskazanego wymagania, którego spełnienie nie było możliwe, co dodatkowo uzasadnia unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP,

–pakietu nr 122 – przewidzenie wymagania w zakresie rejestracji wymaganych koszulek do użycia w zabiegach angioplastyki tętnic szyjnych z potwierdzeniem tego przeznaczenia w polskiej (europejskiej) instrukcji użytkownika producenta, podczas gdy tego typu wyroby nie są rejestrowane, zaś producenci jedynie w instrukcjach wskazują na przeznaczenie wyrobów medycznych. Zamawiający zatem określił wymóg dla przedmiotu zamówienia, który nie może być spełniony, a jednocześnie pozostaje bez znaczenia dla właściwości wymaganego wyrobu medycznego (brak rejestracji nie świadczy o tym, że produkt nie może być użyty do angioplastyki tętnic szyjnych). Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż obaj wykonawcy – Odwołujący i Terumo Poland Sp. z o.o. złożyli instrukcje, z których nie wynikał fakt rejestracji wyrobu, a jedynie jego przeznaczenia. Zamawiający jednak w sposób arbitralny zdecydował o wyborze oferty wykonawcy Terumo Poland Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy, patrząc literalnie na brzmienie warunków zamówienia, winien był odrzucić obie oferty i unieważnić Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 PZP. Zdaniem Odwołującego jednak wadą pierwotną postępowania było przewidzenie wskazanego wymagania, którego spełnienie nie było możliwe, co uzasadnia unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP.

Na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2024 r. Odwołujący podniósł dodatkowo, że – w zakresie pakietu 92 – nie twierdzi, że do zagięcia koszulki w naczyniu krwionośnym o 180 stopni w praktyce nie może dojść, ale zwraca uwagę, że wówczas nie ulega ona zewnętrznemu naciskowi oraz, że wyroby medyczne odwołującego są przeznaczone dla osób chorych, w przypadkach gdy występują anomalie. Podkreślił ponadto, że koszulka z adapterem Y i koszulka z zastawką homeostatyczną to dwie różne koszulki i nie wiedział, że zastawka hemostatyczna to zastawka migawkowa, nazewnictwo nie jest nigdzie uregulowane.

W odpowiedzi z dnia 8 kwietnia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie pakietu nr 105 i poinformował, że unieważnił w dniu 4 kwietnia 2024 r. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał ponownej oceny oferty w tym pakiecie. Oferta Wykonawcy Hammermed Medical Polska S.K.A. została odrzucona, a postępowanie unieważnione w zakresie pakietu Nr 105. W pozostałym zakresie, tj. co do zarzutów odnoszących się do pakietów 10, 11, 12, 92 i 122 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako bezpodstawnego oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania. W odniesieniu do zarzutów dotyczących pakietów 10, 11 i 12, Zamawiający wskazał, że dążył do udzielenia zamówienia publicznego na dostawę wyrobu medycznego tj. introducery zbrojone stosowane w zabiegach endowaskularnych u pacjentów, u których występują trudne warunki anatomiczne (tętnice kręte, zwapniałe, zmienione miażdżycowo), bowiem zastosowanie standardowego introducera wiąże się z większym ryzykiem powikłań i niepowodzenia zabiegu. Wg Zamawiającego, który dokonał oceny przesłanych przez Odwołującego próbek w pakietach 10, 11 i 12 – wszystkie zaoficerowane introducery nie były odporne na załamania i uległy trwałemu odkształceniu w wyniku zagięcia. Jak wskazał Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, Odwołujący błędnie zrozumiał powód odrzucenia - „Powodem odrzucenia jest zaoficerowanie introducerów, które uległy trwałemu odkształceniu światła kaniuli w trakcie oceny przez Zamawiającego. Wobec tego nie spełniają punktu drugiego z załączników 10A, 11A, 12A, tj. „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zagięcia. Natomiast w próbce Wykonawcy konstrukcja kaniuli umożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła, pomimo spełnienia jednego z wymogów jakim jest posiadanie zbrojenia. Nie jest prawdą jak wskazuje w uzasadnieniu Odwołujący się, że powodem odrzucenia jest brak spiralnego opłotu introducera. (...) uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego się w zakresie ww. pakietów jest jasne i nie budzi wątpliwości dokonania tej czynności.” Zamawiający wskazał, iż w uzasadnieniu zawiadomienia wdała się oczywista omyłka pisarska, bowiem Zamawiający wskazał, że konstrukcja kaniuli introducera zaoficerowanego przez Odwołującego „uniemożliwia” zagięcie powodujące trwałe odkształcenia jej światła, zaś Zamawiający chciał wskazać, że konstrukcja ta „umożliwia”. Dodał, że próbki były oceniane na zasadzie spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, czy też nie spełniają tych wymagań w trakcie posiedzenia niejawnego, który zakończony został sporządzeniem protokołu z niezgodnościami, co odzwierciedlają protokoły komisji. Nadto, w ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje również na uwzględnienie w części co do zarzutów dotyczących pakietu 92, bowiem w ocenie Zamawiającego zachodziła niezgodność w zakresie wymaganego parametru, tj. odporności koszulek na załamanie oferowanego przez Odwołującego wyrobu medycznego. Wskazał, że ocena próbek była rzetelna, zaś badanie odtwarzało potencjalną sytuację kliniczną: „przy najczęściej stosowanym dostępie cross-over, przemieszczenia się koszulki wewnątrz naczynia krwionośnego (np. aorty) i jej zagięcie pod kątem 180°, czyli złożenie wewnątrz światła naczynia, które często ma niewielką średnicę (zwłaszcza w naczyniach zajętych przez miażdżycę). (...) Personel

lekarski niejednokrotnie obserwował analogiczną sytuację, o której wskazano powyżej. Jej przyczynę należy upatrywać w zbyt małym podparciu systemu współosiowego przez oferowane koszulki w czasie trudnych zabiegów, co prawdopodobnie spowodowane jest (zbyt) cienkimi ścianami koszulki (cienkie ściany koszulki Odwołujący podkreśla w materiałach informacyjnych jako zaletę) lub niewydolną technologią jej zbrojenia. Niestety zespół lekarski Zamawiającego obserwował również załamania się oferowanych koszulek, co implikowało bardzo duże problemy w kontynuacji zabiegu, zwłaszcza dla nieco mniej doświadczonych lekarzy operatorów.” (str. 6 pisma). Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, że w praktyce nie występuje ułożenie naczyń krwionośnych pod kątem 180°. Odnosząc się do zarzutu braku wezwania do uzupełnienia próbek w zakresie pakietu nr 92 poz. 2, to Zamawiający podniósł, w kontekście art. 107 ust. 3 PZP, „(...) że w przypadku, gdy dany pakiet ma dwie pozycje nr 1 i nr 2, a oferta podlega odrzuceniu w zakresie pakietu nr 92 poz. 1 zgodnie z art. 107 ust. 3 uPzp, Zamawiający nie wzywa do uzupełnienia próbki, gdyż oferta Wykonawcy i tak podlega odrzuceniu. Zamawiający nie może narażać Wykonawcę na bezpodstawne narażenia na koszty.” (str. 7 odpowiedzi). Zamawiający zaprzeczył również, by w badaniu ofert zastosował różne metody oceny zaoferowanych wyrobów medycznych – Odwołujący tego nie udowodnił. Z kolei, w odniesieniu do zarzutów dotyczących pakietu nr 122, Zamawiający wskazał, iż ocena długości dostarczonych próbek była prawidłowa, dokładnie zmierzona długość wszystkich dostarczonych próbek koszulek wraz zastawkami hemostatycznymi przekraczała 100 cm, przy czym zaznaczył, iż próbki dostarczone przez Odwołującego to koszulki zakończone na bliższym końcu adapterem typu Y z zastawką hemostatyczną typu migawkowego. Podniósł nadto, że adapter typu Y z bocznym ramieniem oraz zastawką hemostatyczną typu migawkowego jest integralną częścią koszulki zabiegowej do tętnic szyjnych, toteż niezrozumiałym jest, dlaczego Odwołujący rozróżnia zastawkę migawkową od zastawki hemostatycznej, skoro zastawka typu migawkowego jest rodzajem zastawki hemostatycznej (innym rodzajem zastawek hemostatycznych są zastawki typu membranowego cross-cut, które jednak nie są stosowane w koszulkach do zabiegów na tętnicach szyjnych). Co więcej, Zamawiający stwierdził, że w dostarczonych materiałach informacyjnych brak jest potwierdzenia przeznaczenia oferowanych koszulek do zabiegów na tętnicach szyjnych, co powinno być zapisane w ich instrukcji obsługi wydanej przez producenta sprzętu (której nota bene nie dostarczono) i wskazał, że: „z wiedzy i doświadczenia Zamawiającego oceniającego ofertę i próbki wynika, że oferowane koszulki nie mają konstrukcji typowej dla koszulek przeznaczonych do zabiegów na tętnicach szyjnych - są to koszulki zabiegowe ogólnego przeznaczenia z dołączonym adapterem typu Y z zastawką hemostatyczną typu migawkowego co jeszcze nie przesądza o ich przeznaczeniu do w/w zabiegów. Natomiast kwestionowany zapis w dokumentach wybranego wyrobu oznacza, że koszulki te zgodnie z instrukcją obsługi mogą być stosowane do zabiegów na tętnicach szyjnych.” (str. 9 odpowiedzi). Podsumowując, Zamawiający wskazał, iż przeprowadzając postępowanie miał na względzie procedury wskazane w PZP a także bezpieczeństwo pacjenta. Na rozprawie, Zamawiający wyjaśnił, iż co do pakietu 10-12 powód odrzucenia oferty Odwołującego logicznie wynika z treści zawiadomienia – próbki zostały odrzucone gdyż nie spełniały wskazanego wymogu. Co do pakietu 92 wskazał, że badanie próbek odzwierciedlało trudne warunki zabiegowe, w ramach których dochodzi do cofnięcia koszulki i jej złożenia na kształt litery "U" – podczas badania zamawiający zaginał koszulki na kształt litery "U" i nie dokonywał zewnętrznego ściśnięcia, a mimo to przyjmowała ona kształt litery "V". Przyznał, że nie istnieje słownik pojęć używanych przez lekarzy i producentów, ale profesjonalny wykonawca powinien wiedzieć, że zastawka migawkowa jest rodzajem zastawki homeostatycznej. Z kolei, w odniesieniu do zarzutów dotyczących pakietu 122, wskazał, iż z załącznika 122 do SWZ wynika, że chodzi o jeden produkt, o wszystkich wskazanych parametrach. Do postępowania odwoławczego w zakresie dotyczącym pakietu 122 dnia 29 marca 2024 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Terumo Poland Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W pisemnie zajętych stanowisku z dnia 8 kwietnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości co do zarzutów dotyczących pakietu 122. Uzasadnił, iż skoro Zamawiający w odniesieniu do koszulek będących przedmiotem zamówienia postawił wymaganie, że koszulka ma mieć zakończenie w postaci adaptera typu Y z zastawką, to znaczy, że próbka obejmuje koszulkę z adapterem typu Y z zastawką typu migawkowego. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie ma tu mowy o dwóch rodzajach próbek z adapterem i zastawką. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący wywołuje wrażenie jakby zastawka hemostatyczna była innym rodzaju zastawki niż zastawka typu migawkowego. Wskazał, że zastawka typu migawkowego jest rodzajem zastawki hemostatycznej. Jeżeli zaś, zastawka jest nierozzerwalnie związana z adapterem typu Y, to jego zdaniem, nie ma możliwości, aby wymaganie określonej długości dotyczyło koszulki z samą zastawką. W odniesieniu do drugiej z kwestii podnoszonych przez Odwołującego, Terumo Poland Sp. z o.o. wskazał, iż wymaganie Zamawiającego nie odnosi się do określenia w instrukcji kwestii rejestracji, a tylko i wyłącznie potwierdzenia zastosowania – deklaracji producenta określonego wykorzystania. Odnosnie zarzutu nr 2 Przystępujący powołał się na treść przepisu art. 107 ust. 3 PZP, zaś w zakresie zarzutu nr 3 wskazał, iż Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zawarł uzasadnienie merytoryczne i prawne – z uzasadnienia tego wynika jakich warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, nie spełnia zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia, jak również wskazano podstawę prawną odrzucenia. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego wskazał, że wyroby

medyczne wymagane przez Zamawiającego podlegają rejestracji w zakresie zabiegów wymienionych w deklaracji. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wyjaśnił dodatkowo, że hemostatyczna i migawkowa to nie osobny rodzaj zastawki. Zwrócił uwagę na treść załącznika do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, pkt 5.3., w którym reguła 7 mówi o klasie IIA, ale są wyjątki od tej zasady w pkt 5.4 - do kontaktu z sercem lub centralnym układem krążenia jest to klasa III. Obejmuje to też tętnicę szyjną. Zdaniem Przystępującego przedmiot zaoferowany nie może być zastosowany do tych zabiegów, stąd w dostarczonej instrukcji nie ma tej informacji o przeznaczeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu – w zakresie dotyczącym wszystkich pakietów objętych niniejszym odwołaniem, tj. pakietu: 10, 11, 12, 92, 105 i 122.

Jego oferta była jedyną złożoną ofertą na pakiety: 10 i 11 i w zakresie tych pakietów została odrzucona, zaś postępowanie zostało unieważnione w oparciu o art. 255 pkt 2 PZP.

Oferta Odwołującego została odrzucona również w ramach pakietów:

- a)12, razem z pozostałymi dwoma ofertami złożonymi przez wykonawców: Balton Sp. z o.o. z ceną brutto 9.396,00 zł oraz BIOTRONIK Polska Sp. z o.o. z ceną brutto 11.340,00 zł, przy czym Odwołujący zaoferował cenę brutto 9.266,40 zł i wobec powyższego postępowanie zostało unieważnione w oparciu o art. 255 pkt 2 PZP;
- b)92, w ramach którego Odwołujący zaoferował cenę brutto 390.528,00 zł, zaś pozostali wykonawcy zaoferowali następujące ceny i zostali ocenieni wg następującej punktacji przez Zamawiającego: HAMMERMED Medical Polska sp. z o.o. S.K.A. z ceną brutto 608.580,00 zł, tj. 519,46 pkt; Terumo Poland Sp. z o.o. z ceną brutto 497.340,00 zł, tj. 582,00 pkt; BIOTRONIK Polska sp. z o.o. z ceną brutto 472.500,00 zł, tj. 600 pkt;
- c)105, w ramach którego Odwołujący zaoferował cenę brutto 227.940,48 zł, zaś pozostali wykonawcy zaoferowali następujące ceny: HAMMERMED Medical Polska sp. z o.o. S.K.A. z ceną brutto 311.040,00 zł (600 pkt); Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z ceną brutto 238.464,00 zł (oferta odrzucona);
- d)122, w ramach którego Odwołujący zaoferował cenę brutto 129.254,40 zł, zaś druga oferta Terumo Poland sp. z o.o. z ceną brutto 153.792,00 zł uzyskała 600 pkt.

Zgodnie z pkt XIX.1.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), kryteria oceny ofert stanowiły: cena (60%), termin dostawy/uzupełnienia depozytu (20%) oraz termin rozpatrzenia reklamacji wad jakościowych (20%). Zamawiający przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 PZP, tj. najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt III.3 SWZ).

Odwołujący zasadnie wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania ponieważ zaniechania oraz czynności Zamawiającego doprowadziły do odrzucenia jego oferty w zakresie pakietów nr 10, 11, 12, 92 i 122 i w konsekwencji, dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej (w ramach pakietów 12, 92, 105 i 122) oraz unieważnienia postępowania (w ramach pakietów 10 i 11) – jego zdaniem – niezgodnie z przepisami PZP.

W ramach pakietów 92, 105 i 122 Odwołujący podniósł zarzut ewentualny dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania i wskazał iż, w tym zakresie legitymuje się interesem w rozumieniu art. 505 PZP bowiem w związku z unieważnieniem postępowania obarczonego wadą może on uzyskać możliwość ubiegania się o zamówienie w przyszłym postępowaniu.

W tym kontekście, istotne jest, że Zamawiający przewidział procedurę odwróconą, co oznacza, że najpierw dokonał badania i oceny ofert – a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Oznacza to, iż dla zaistnienia interesu we wniesieniu odwołania nie ma znaczenia ocena przyznana odwołującemu w ramach kryteriów oceny ofert, czy też nawet brak dokonania oceny oferty z uwagi na jej odrzucenie. Skoro na tym etapie nie dokonano weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – to w dalszym ciągu, potencjalnie każdy z nich ma szansę na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą, bowiem weryfikacja podmiotowa może ustalić ranking zmienić. „Ustawodawca nie ogranicza zatem prawa do wniesienia odwołania wykonawcom, którzy w rankingu zajęli dalsze pozycje, kiedy zamawiający zastosował odwróconą procedurę oceny i badania ofert.” (wyr. Krajowej Izby Odwoławczej z 16 marca 2021 r., sygn. KIO 293/21). Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z faktu utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgodzić się również należy, iż w tym stanie faktycznym wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie odwołania miało prowadzić do unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym, spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Terumo Poland Sp. z o.o. w Warszawie.

W świetle rozdziału IV SWZ, przedmiotem zamówienia 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. Przedmiot zamówienia został podzielony na 143 części (pakietów), przy czym Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i nie ograniczył liczby części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę (rozdział IV pkt 8 SWZ).

Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (rozdział III pkt 3 SWZ).

W rozdziale X SWZ Zamawiający określił dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (przedmiotowe środki dowodowe). Zgodnie z pkt 1, do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć:

- a) Dokumenty dopuszczające oferowany przedmiot zamówienia do obrotu i używania zgodnie z Ustawą z 07 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Jeżeli dany produkt nie został zakwalifikowany jako wyrób medyczny w myśl w/w Ustawy Wykonawca składa stosowne oświadczenie) – lit. a),
- b) Zamawiający żąda do upływu terminu składania ofert złożenia nieodpłatnych próbek w zakresie istotnych z pkt widzenia niniejszej sprawy pakietów (tj. pakietów 10, 11, 12, 92, 105 i 122) – lit. b):
 - w zakresie pakietu Nr 10-12, 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
 - w zakresie pakietu Nr 122 poz. 1 - po 1 szt. dla każdej wymaganej średnicy koszulki,
- c) Opisy oferowanego przedmiotu zamówienia – np. katalogi, ulotki, opisy w wersji polskojęzycznej itp., zawierające numery katalogowe oferowanego produktu, z których treści jednoznacznie wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry wymagane, określone w załącznikach od Nr 1 do Nr 143 do SWZ (w tym również parametry techniczne określone w załącznikach od Nr 1A do Nr 88A do SWZ) - odpowiednio do zakresu złożonej oferty, których autentyczność musi być poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego – lit. c),
- d) w zakresie pakietu Nr 105 oryginalna instrukcja obsługi lub jej kopia oraz zdjęcia opakowania stentgraftu o średnicy 8mm i największej oferowanej długości z widocznymi parametrami stentgraftu (w tym kompatybilności z introduktorem) – lit. ó).

Poniżej ww. listy przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający zastrzegł, że nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, 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.

W rozdziale XIV SWZ Zamawiający wskazał na opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składnych oświadczeń i dokumentów. Wskazał, że wraz z ofertą wykonawca jest zobowiązany złożyć, m.in.: wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz ofertowy na druku Zamawiającego – zgodnie z Załącznikiem nr 144 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XXII pkt 1 SWZ, wybrany Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we Wzorze Umowy stanowiącym w zakresie pakietu Nr 1- 143 umowy sprzedaży stanowiącej Załącznik nr 150 do SWZ oraz w zakresie pakietu Nr 14 (poz. 1 i 4), pakietu Nr 18-27, pakietu Nr 28 (poz.1) pakietu Nr 29-31, pakietu Nr 35-44, pakietu Nr 53, pakietu Nr 56-57, pakietu Nr 66-67, pakietu Nr 73, pakietu Nr 82 (poz.1) pakietu Nr 85 (poz. 1), pakietu Nr 87-88, pakietu Nr 91-92, pakietu Nr 97-105, pakietu Nr 108-120, pakietu Nr 122-123, pakietu Nr 127-129, pakietu Nr 136-138 - umowy depozytowej stanowiącej Załącznik nr 151 do SWZ.

W świetle treści Załączników od Nr 1 do Nr 143 do SWZ, w zakresie objętym niniejszym postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający zamówił następujący asortyment we wskazanych ilościach:

- Pakiet 10: Introducery zbrojone 20-25 cm – 200 szt.
- Pakiet 11: Introducery zbrojone 10-12 cm – 300 szt.

- Pakiet 12: Introducery zbrojone 45 cm – 30 szt.
- Pakiet 92: Koszulki wprowadzające interwencyjne zbrojone; Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, długość 40-45cm; dostępne koszulki typu cross-over i proste; 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 końcowej części koszulki – 900 szt. oraz koszulki wprowadzające zbrojone długie; Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, dostępne długości od 60cm (±5cm) 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 końcowej części koszulki – 250 szt.;
- Pakiet 105: Stentgraft obwodowy (stent pokrywany) rozprężany na balonie; Wymagane parametry: konstrukcja metalowa pokryta wszczepialnym PTFE; zamontowane fabrycznie na balonie; system dostarczający OTW o długościach 80cm i 130cm (+/- 10cm), kompatybilny z przewodnikiem 0,035; dostępne długości stentgraftu od 15mm do 60mm (+/-3mm) w tym wartości skrajne; dostępne średnice stentgraftów od 5 do 10mm w tym wartości skrajne; możliwość kloszowego doprężenia stentu po implantacji powyżej średnicy nominalnej w celu lepszego dopasowania do anatomii naczynia; ciśnienie RBP ≥ 12atm; wszystkie rozmiary kompatybilne z introduktorem do 7F; stentgrafty o średnicach od 5mm do 8mm kompatybilne z introduktorem ≤ 6F dla wszystkich długości stentgraftu – 48 szt.
- Pakiet 122: Introduktory zabiegowe zbrojone do angioplastyki tętnic szyjnych; Parametry wymagane: rozmiary 6F, 7F i 8F, długość użytkowa 90cm, na proksymalnym końcu koszulki adapter typu Y z zastawką typu migawkowego i bocznym ramieniem z trójdrożnym kranikiem z zaworem; miękka atraumatyczna końcówka pokryta substancją hydrofilną zmniejszającą ryzyko urazu tętnicy; znacznik na końcu koszulki dobrze widoczny w promieniach RTG; długość koszulki wraz z zastawką hemostatyczną <100cm, dostępne koszulki proste i zagięte, zarejestrowane do użycia w zabiegach angioplastyki tętnic szyjnych z potwierdzeniem tego przeznaczenia w polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta – 320 szt.

W Załącznikach 1A-88A, Zamawiający określił zestawienie parametrów technicznych zamówienia, w tym co do Pakietu 10, 11 i 12A: wg pkt 2 wskazał na wymaganie: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym oplotem, zapewniająca odporność na załamania i zagięcia. Konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła.”

Pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. na pytanie: „24. Dotyczy przedmiotu zamówienia- pakiet nr 92 Czy Zamawiający w pakiecie nr 92 poz. 1 dopuści do oceny próbki po 1szt. dla 5F oraz dla 7F lub 8F?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SWZ – w zakresie pakietu Nr 92 poz. 1 – po 1 szt. dla średnic 5F i 8F.”, na pytanie: „26. Dotyczy przedmiotu zamówienia- pakiet nr 105 Czy Zamawiający w pakiecie nr 105 wyrazi zgodę by zaoferowane Stentgrafty obwodowe (stenty pokrywane) rozprężane na balonie były kompatybilne z koszulką 6F dla 5-8mm (≤17mm) oraz 7F dla śr. 8mm (≥27mm), 9, 10mm? Pozostałe wymagania zgodne z SWZ.” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Nie”, zaś na pytanie: „39. Pytanie do Pakietu 92 - Czy Zamawiający dopuści w pakiecie 92 poz. 1 i 2 koszulki wprowadzające interwencyjne zbrojone mające pokrycie hydrofobowe końcowej części koszulki, spełniając pozostałe parametry SWZ?” udzielił odpowiedzi: „Tak”. Na pytanie dot. tego samego Pakietu: „64. Dot. Pakietu 92 Czy Zamawiający dopuści w poz. 1: koszulki hydrofilne, zbrojone o dużej elastyczności, dostosowujące się do krzywizny naczynia – proste - bez wersji „cross over”. Pozostałe parametry zgodne s SIWZ.” Zamawiający wskazał, że podtrzymuje wymagania SWZ. W związku z powyższym, pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wprowadzeniu zmian, m.in. w załączniku nr 92 do SWZ dodając w obu pozycjach słowa: „lub hydrofobowe”, w efekcie parametry dot. tego pakietu zostały oznaczone następująco:

- Koszulki wprowadzające interwencyjne zbrojone; Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, długość 40-45cm; dostępne koszulki typu cross-over i proste; 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.
- Koszulki wprowadzające zbrojone długie, Parametry wymagane: dostępne rozmiary 5-8F w tym wartości skrajne, dostępne długości od 60cm (±5cm) do 90cm w tym wartości skrajne; membranowa zastawka hemostatyczna; koszulka zbrojona metalowym oplotem na 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.

W wykazie próbek dołączonym do oferty Odwołujący wskazał, że złożył następujące próbki oferowanego wyrobu:

- Pakiet 10 – Introducery zbrojone 20-25 cm, Nazwa: Hemostasis Introducer, nr katalogowy: 98080250, LOT:

- SP9823080701, producent: APT, ilość: 1 szt;
- Pakiet 11 – Introducery zbrojone 10-12 cm, Nazwa: Hemostasis Introducer, nr katalogowy: 98060112, LOT: SP9822101410, producent: APT, ilość: 1szt.;
 - Pakiet 12 – Introducery zbrojone 45 cm, Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QB060450A, LOT: 05230505, producent: Barty Medical;
 - Pakiet 92 – Zadanie 92 poz. 1: Koszulki wprowadzające interwencyjne zbrojone, Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QB050450A, LOT: 05230826, producent: Barty Medical, ilość: 1szt.; Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QB080450A, LOT: 05220916, producent: Barty Medical, ilość: 1szt;
 - Pakiet 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.;
 - Pakiet 122: Introduktory zabiegowe zbrojone do angioplastyki tętnic szyjnych, Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QD060900A, LOT: 05230310, producent: Barty Medical, ilość: 1szt.; Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QD070900A, LOT: 05220807, producent: Barty Medical, ilość: 1szt.; Nazwa: Heety Sheath, nr katalogowy: QD080900A, LOT: 05220409, producent: Barty Medical, ilość: 1szt.

Odwołujący dołączył do oferty również deklarację zgodności (Declaration of conformity) dotyczącą (nazwa wyrobu): Catheter Sheath Sets/ Introducer, koszulka wprowadzająca wskazującą na klasę wyrobu IIa, Rule7, obejmującą oświadczenie producenta Zhejiang Barty Medical Technology Co., Ltd., iż produkty spełniają postanowienia wskazanych tam dyrektyw i norm Rady WE. „Wszelka dokumentacja pomocnicza jest przechowywana w siedzibie producenta i europejskiego przedstawiciela. Zhejiang Barty Medical Technology Co. Ltd. Ponoś wyłączną odpowiedzialność za niniejszy DoC.”

Zgodnie z informacją z dnia 15 stycznia 2024 r. z otwarcia ofert, w zakresie objętym niniejszym postępowaniem, w ramach pakietów:

- 10 i 11 wpłynęła jedynie oferta Odwołującego,
- 12 wpłynęły trzy oferty: Odwołującego oraz Balton Sp. z o.o. oraz BIOTRONIK Polska Sp. z o.o.,
- 92, złożono cztery oferty, w tym ofertę Odwołującego, HAMMERMED Medical Polska sp. z o.o. S.K.A., Terumo Poland Sp. z o.o. oraz BIOTRONIK Polska sp. z o.o.,
- 105, wpłynęła oferta Odwołującego oraz HAMMERMED Medical Polska sp. z o.o. S.K.A. i Becton Dickinson Polska Sp. z o.o.,
- 122, wpłynęła oferta Odwołującego oraz oferta Terumo Poland sp. z o.o.

Pismem z dnia 15 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert oraz unieważnieniu postępowania wskazując, że co do oferty nr 20 wykonawcy Support 4 Medicine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie:

- a) „w zakresie pakietu 10, 11 i 12 Zamawiający wymagał zgodnie z wymogiem zał. Nr 10A, 11A, 12A, cyt.: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zgięcia...”. Natomiast załączona próbka do oferty nie spełnia tego wymogu. Konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w zakresie pakietu Nr 10, 11, 12 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 uPzp – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”
- b) „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 zakresie pakietu Nr 92, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 uPzp – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia” 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 nie ma potrzeby wzywania Wykonawcy do jej uzupełnienia.”
- c) „w zakresie pakietu Nr 105 dostarczone wraz z ofertą ulotki/katalogi oraz zdjęcia opakowań produktu nie potwierdzają spełnienia wymogu kompatybilności stentografu o średnicy 8mm i dł. powyżej 17mm z introduktorem ≤ 6F. Opis i zdjęcie wskazują na kompatybilność z introduktorem 7F.”
- d) „z dostarczonej próbki w zakresie pakietu Nr 122 wynika, że oferowany produkt nie spełnia wymogu „długość koszulki wraz z zastawką hemostatyczną <100cm.” Długość koszulki wraz z zastawką hemostatyczną (maksymalnie dokręconą) dostarczonej próbki wynosi od 100,5cm (dla rozmiarów 7F i 8F) oraz do 101,5 cm (dla rozmiaru 6F). Brak polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta z potwierdzeniem rejestracji do

zabiegów angioplastyki tętnic szyjnych. Dokument nie był wymagany jako przedmiotowy środek dowodowy, więc nie podlega uzupełnieniu. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w zakresie Pakietu Nr 122 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 uPzp – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Następnie, pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że po zapoznaniu się z treścią wniesionego w dniu 25 marca 2024 r. odwołania przez jednego z wykonawców i postawionych zarzutów, w odniesieniu do pakietu 105 tego dnia dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto, poinformował, że z tym dniem unieważnił postępowanie w zakresie pakietu 105 na podstawie art. 255 pkt 2 PZP bowiem wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2024 r., w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu,
- SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami,
- Oferty wykonawców,
- Informacja z otwarcia ofert z 15 stycznia 2024 r.,
- Protokoły komisji,
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 marca 2024 r.;
- Protokół postępowania.

2) Dowód z oględzin wyrobów oferowanych przez Odwołującego, w postaci załączonych do oferty próbek, dostarczonych przez Zamawiającego na rozprawę, ujęty w protokole z rozprawy dnia 9 kwietnia 2024 r. na fakt, że próbki te spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ oraz dowód z oględzin wyrobów oferowanych przez Odwołującego, dostarczonych na rozprawę przez Odwołującego na tę samą okoliczność.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie dot. pakietu 105, tj. co do zarzutów zawartych w pkt 4 odwołania dotyczących naruszenia – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 PZP. Zarzut ten obejmował naruszenie art. 255 pkt 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 i art. 16 oraz art. 17 PZP poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty HAMMERMED Medical Polska Sp. z o.o. S.K.A. i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 105 na podstawie art. 255 pkt 2 PZP, gdyż żadna oferta złożona w ramach tego pakietu nie spełnia wymagania przewidzianego przez Zamawiającego. Oświadczeniem z dnia 8 kwietnia 2024 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w tej części. Nadto, wskazał, iż w związku z zarzutami i wnioskami odwołania w tym zakresie, w dniu 4 kwietnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał ponownej oceny oferty w tym pakiecie. W związku z czym, oferta firmy HAMMERMED Medical Polska sp. z o.o. S.K.A została odrzucona, zaś w efekcie postępowanie zostało unieważnione – tak jak domagał się tego Odwołujący. W takim przypadku, Izba była zobowiązana do rozpoznania pozostałych zarzutów odwołania (art. 522 ust. 4 PZP).

W pozostałym zakresie, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części co do pakietów 10, 11 i 12 oraz 92.

W zakresie dotyczącym pakietu 10, 11 i 12, przedmiotem którego była dostawa różnych rozmiarów introducerów zbrojonych, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, bowiem w świetle wymagań opisanych przez Zamawiającego w SWZ nie sposób było uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem, m.in. w pkt 1.2 parametrów opisanych w załącznikach nr 10A, 11A i 12A, które brzmiały jednolicie dla tych trzech pakietów, spełnienia następującego wymogu: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym oplotem, zapewniająca odporność na załamania i zgięcia. Konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła.” i m.in. celem zbadania spełnienia tego wymogu wymagał przedstawienia przez Odwołującego próbki.

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). W innym wypadku może dojść do naruszenia tych zasad – rację ma bowiem Odwołujący twierdząc, iż istnieje ryzyko poddania próbek różnego rodzaju badaniom skutkującym dokonaniem ich nieadekwatnej oceny w kontekście warunków zamówienia, zwłaszcza gdy próbki nie podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny i Zamawiający nie sporządza karty ocen.

Badanie zgodności oferty z warunkami zamówienia nie może być dowolne, tj. być przeprowadzone w oparciu o dowolnie określony, spontaniczny proces, eksperyment, technikę lub sposób znane tylko Zamawiającemu. Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu nie przewidział w SWZ badania wybranych asortymentów na podstawie dostarczonych próbek w sposób empiryczny przez członków komisji przetargowej w jednakowych dla wszystkich ofert warunkach. Tym samym, Zamawiający nie był upoważniony, by w ten sposób badać i oceniać próbki.

Przez przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z definicją ustawową (art. 7 pkt 20 PZP) należy rozumieć, środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Skoro w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż dostarczone w pakiecie 10, 11 i 12 wyroby mają spełniać parametr: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zagięcia. Konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła.”, zaś nie zaznaczył, że będzie oceniać spełnienie tego warunku w inny sposób, niż przez obejrzenie próbek – to przeprowadzenie badania w każdy inny, nieznanый wykonawcom, być może niejednolity, sposób narusza zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Zasada przejrzystości postępowania, jakkolwiek niemająca definicji legalnej, jednak niewątpliwie oznacza, iż wszystkie warunki zamówienia i sposób postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zapisane w dokumentach zamówienia i to w sposób zrozumiały, jasny, logiczny i jednoznaczny. Tak, aby wszyscy potencjalni wykonawcy po pierwsze zrozumieli treść tych dokumentów, po drugie zrozumieli ją w ten sam sposób. Przestrzeganie tej zasady w toku postępowania zakazuje Zamawiającemu podejmowanie działań na podstawie uznaniowości, tym samym Zamawiający nie może działać spontanicznie, bez podstawy znajdującej się w przepisach prawa lub w SWZ, w sposób dowolny podejmować lub zaniechać podejmowania określonych czynności. Takie działanie ma z kolei gwarantować równe traktowanie wszystkich wykonawców i zakaz arbitralnego podejmowania decyzji w stosunku do wykonawców, w tym decyzji niosących negatywne skutki dla wykonawców, a wynikających z niedopełnienia obowiązków przez Zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy – łatwo dostrzegalnym jest, iż Zamawiający nie uregulował w SWZ takiego sposobu badania próbek, jakie przeprowadził i następnie z wyników tego badania wyciągnął negatywne konsekwencje m.in. w stosunku Odwołującego. Sprzeciwiają się temu ww. zasady postępowania. Wobec powyższego, za nieistotną należało uznać okoliczność wskazaną przez Zamawiającego, iż podczas badania Zamawiający zagiął koszulkę przedstawioną przez Odwołującego na kształt litery "U" i nie dokonywał zewnętrznego ściśnięcia, a mimo to przyjmowała ona kształt litery "V", tj. ulegała zagięciu, a co za tym idzie – stwierdził w ten sposób, że koszulka ta nie spełnia warunków zamówienia.

Podobne argumenty należy odnieść do badania próbek Odwołującego w ramach pakietu 92 poz. 1, co do którego Zamawiający stwierdził, iż oferowany przez Odwołującego wyrób nie spełnia wymogu „światło koszulki nie zwęża się przy zagięciu koszulki o 180 stopni.”, gdyż zbadana koszulka po zagięciu o 180 stopni ulega trwałej deformacji powodującej zwężenie jej światła. Jak już wskazano, skoro Zamawiający nie zastrzegł w SWZ, iż zamierza zweryfikować próbki w ramach odtworzenia sytuacji klinicznej, w ramach której „przy najczęściej stosowanym dostępie cross-over, przemieszczenia się koszulki wewnątrz naczynia krwionośnego (np. aorty) i jej zagięcie pod kątem 180°, czyli złożenie wewnątrz światła naczynia, które często ma niewielką średnicę (zwłaszcza w naczyniach zajętych przez miażdżycę).” – to zobowiązany był ocenić te próbki wyłącznie poprzez oględziny i porównanie ich parametrów.

Tym samym, również w ramach pakietu 92 poz. 1 nie sposób stwierdzić, że oferowane wyroby nie spełniają wymogów SWZ. Jeżeli zdaniem Zamawiającego ocena próbek w ramach przedmiotowego zamówienia jest możliwa tylko poprzez ich przetestowanie wskutek odtworzenia sytuacji klinicznej, to zaniechaniem ze strony Zamawiającego jest takie sformułowanie SWZ, które nie pozwala mu na dostateczne zbadanie oferowanych wyrobów.

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 PZP ust. 2 PZP).

Nie ulega wątpliwości, iż powyższe naruszenia miały wpływ na wynik sprawy, bowiem w postępowaniu na pakiet 10, 11 i 12 ofertę złożył wyłącznie Odwołujący, zaś w pakiecie 92 wpłynęły 4 oferty, niemniej wskutek unieważnienia podjętych czynności i dokonania ponownego badania i oceny ofert – ranking ofert może ulec zmianie (postępowanie prowadzone

jest w ramach tzw. procedury odwróconej).

Wskazać należy, iż jakkolwiek powyższe wystarczy do uwzględnienia odwołania w tej części, to jednak Izba uznała za zasadny również zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez uzasadnienia faktycznego, określającego szczegółowo okoliczności uzasadniające uznanie jego oferty za niezgodną z warunkami zamówienia. Jakkolwiek, w uzasadnieniu pisma z 5 lutego 2024 r. – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert – w pkt 20, tj. co do oferty Odwołującego, lit. a) wdarta się – jak to określił Zamawiający – oczywista omyłka poprzez wskazanie, że konstrukcja kaniuli „uniemożliwia” zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła, podczas gdy powinno tam być wskazane, że konstrukcja kaniuli „umożliwia” zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła, to jednak biorąc pod uwagę kontekst sytuacyjny, tj. fakt, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jako niezgodną z warunkami zamówienia oraz, że jako powód wskazał, iż załączona próbka nie spełnia wymogu wskazanego w zał. Nr 10A, 11A, 12A, cyt.: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zgięcia...” – Izba uznała, że w tym zakresie powód odrzucenia oferty Odwołującego nie był wskazany w sposób niejasny. Zamawiający wskazał bowiem w ww. piśmie, iż treść oferty w części co do pakietu 10, 11 i 12 jest niezgodna z warunkami zamówienia co do wymagania opisanego jako: „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zgięcia...” – przy czym przyjmuje się, że w ramach cytatu wielokropkiem oznacza się pominięcie fragmentu cytowania. Tym samym, użycie w ww. przypadku wielokropka świadczy o tym, że Zamawiającemu chodziło o cały opisany tam parametr pkt 1.2, jednak skrócił on w ten sposób cytowanie. Próbka Odwołującego nie spełniała bowiem wymogu, który brzmiał (cytując cały wymóg): „Kaniula zbrojona metalowym spiralnym opłotem, zapewniająca odporność na załamania i zgięcia. Konstrukcja kaniuli uniemożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła.” Tym samym, Zamawiający stwierdził i zawiadomił ww. pismem, że próbka Odwołującego nie zapewniała odporności na załamania i zgięcia a konstrukcja kaniuli umożliwia zagięcie powodujące trwałe odkształcenie jej światła. Oczywiście omyłka wkrađa się do uzasadnienia w zdaniu drugim, niemniej w pierwszym zdaniu Zamawiający jasno wskazał, iż oferowana dostawa nie spełnia ściśle określonego wymogu. Niejasność powodów odrzucenia oferty, a przez to naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP dotyczyła jednak powodów, z których Zamawiający uznał, że próbki Odwołującego nie spełniają wymogów. Skoro bowiem, Zamawiający nie określił w SWZ innego sposobu badania próbek niż ich obejrzenie i porównanie parametrów, to Odwołujący nie był w stanie domyślić się na jakiej zasadzie Zamawiający stwierdził, iż oferowane przez niego wyroby nie spełniają wskazanego wymogu. W tym kontekście, wskazać należy, iż w orzecznictwie Izby zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP uznaje się za zasadny w zasadzie wyłącznie wówczas, gdy zamawiający w ogóle nie uzasadni decyzji o odrzuceniu oferty tudzież wówczas, gdy uzasadnienie to jest na tyle lakoniczne, że nie pozwala na poznanie tych powodów. W przedmiotowym zakresie należy uznać, iż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie pozwala na poznanie rzeczywistych powodów odrzucenia oferty, skoro nie opisuje w jaki sposób Zamawiający stwierdził, że próbki nie spełniają wymogów. Jasnym jest, iż takie działanie narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych wskazane w art. 16 pkt 1 i 2 PZP, tj. zasadę przejrzystości oraz zasadę równego traktowania wykonawców oraz art. 17 ust. 2 PZP. W podobnych warunkach wypowiedział się Sąd Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 czerwca 2023 r. (w sprawie T-376/21), wskazując, iż uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty powinno odzwierciedlać rzeczywisty przebieg procedury oceny. „Uzasadnienie, które nie wskazuje rzeczywistej podstawy decyzji o odrzuceniu oferty i nie odzwierciedla dokładnie tego, w jaki sposób była oceniana odrzucona oferta, nie jest przejrzyste i nie spełnia wymogów wynikających z obowiązku uzasadnienia przewidzianego ww. przepisem.” W efekcie tego naruszenia, należy również uznać, iż wskutek nieprawidłowości postępowania, działania i zaniechania Zamawiającego prowadziły do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP (art. 17 ust. 2 PZP).

Biorąc pod uwagę, że odrzucenie oferty w ramach pakietu 92 poz. 1 było nieuprawnione, Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 PZP ramach pakietu 92 poz. 2 poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek. Jakkolwiek, rację miał Zamawiający podnosząc, iż w świetle art. 107 ust. 3 PZP, w przypadku, gdy dany pakiet ma dwie pozycje nr 1 i nr 2, a oferta podlega odrzuceniu w zakresie pakietu poz. 1 to Zamawiający nie wzywa do uzupełnienia próbki, gdyż oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu. To jednak, z racji tego, że jak stwierdziła Izba, oferta nie powinna ulec odrzuceniu w zakresie pakietu poz. 1 – Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia próbek. Odwołujący dla jednej średnicy F dostarczył bowiem niewłaściwą próbkę, tj. koszulkę z migawkową zastawką hemostatyczną Tuohy-Borst, zamiast wymaganej zastawki membranowej. Zaniechanie w powyższym zakresie, z racji błędów poczynionych w postępowaniu, konsekwentnie doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania oraz przejrzystości (art. 16 pkt 1 i 2 PZP), skoro wskutek nieprawidłowej oceny próbek w zakresie pakietu poz. 1, Zamawiający zupełnie bezzasadnie zrezygnował z badania próbek w ramach poz. 2. Kontynuując postępowanie, Zamawiający będzie zobowiązany do zbadania próbki dostarczonej przez Odwołującego na wezwanie i jej ocenę pod kątem spełnienia wymogów wskazanych w pakiecie 92 poz. 2.

Izba oceniła, iż bezzasadne okazały się zaś zarzuty Odwołującego postawione w stosunku do pakietu 122. Oferowane

koszulki nie były bowiem zgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący sam przyznał, iż przedłożone przez niego próbki z adapterem typu Y miały długość większą niż 100 cm – niemniej jego zdaniem Zamawiający w Załączniku Nr 122 nie określił jaką mają mieć długość te koszulki, zaś określił jedynie, że długość taką muszą mieć koszulki z zastawką hemostatyczną. Wyjaśnił również, iż nie składał próbek koszulek z zastawką hemostatyczną, gdyż jego zdaniem taka konieczność nie wynikała z SWZ. W ten sposób Odwołujący pokazał, że niewłaściwie zrozumiał treść SWZ. Nie tylko dla Zamawiającego i Przystępującego, ale również dla Izby jasnym jest, iż w Załączniku Nr 122 Zamawiający wskazał na zamówienie jednego rodzaju koszulek, tj. z adapterem typu Y z zastawką hemostatyczną typu migawkowego, których długość wraz z zastawką nie mogła być większa niż 100 cm. W załącznikach od Nr 1 do Nr 143 SWZ, Zamawiający w sposób jasny wskazał bowiem na zamawiany asortyment określonego rodzaju. Jeśli w ramach pakietu zamówienie dotyczyło różnego rodzaju asortymentu, np. różnego rodzaju koszulek, to tak jak w pakiecie 92 Zamawiający opisał je w dwóch różnych wierszach tabeli. W przypadku pakietu 122, introduktory były określone w jednym wierszu jako jeden rodzaj asortymentu. Tym samym, nawet dla osoby postronnej, innej niż profesjonalny wykonawca, jasnym jest, że Zamawiający wymagał jednej koszulki obejmującej wszystkie wskazane tam parametry, w tym zarówno adapter typu Y z zastawką typu migawkowego, jak też z zastawką hemostatyczną. Domyślać można się wobec tego, że zastawka migawkowa to zastawka hemostatyczna. Niemniej wiedza ta nie była konieczna, by właściwie zrozumieć wymagania. Jeśli Odwołujący nie rozumiał, czym są te zastawki lub, czy powinny one zawierać się w asortymencie jednego rodzaju, winien był na etapie przed upływem terminu składania ofert, zwrócić się o wyjaśnienie treści SWZ.

Nadto, skoro Odwołujący złożył próbki jednego rodzaju asortymentu to Zamawiający – tak jak słusznie zaznaczył – nie miał podstawy, by wzywać go do uzupełnienia próbek. Zgodnie z art. 107 ust. 2 PZP – wezwanie takie ma uzasadnienie wyłącznie wówczas, gdy wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. W odniesieniu zaś do zarzutu odnoszącego się do odrzucenia oferty wobec braku dołączenia polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta z potwierdzeniem rejestracji do zabiegów angioplastyki tętnic szyjnych – Izba stwierdziła, iż czynność Zamawiającego w tym zakresie była zgodna z PZP. W rozdziale X pkt 1 lit. c) SWZ Zamawiający wskazał, iż jako przedmiotowe środki dowodowe wymaga złożenia opisów oferowanego przedmiotu zamówienia „np. katalogi, ulotki, opisy w wersji polskojęzycznej itp., zawierające numery katalogowe oferowanego produktu, z których treści jednoznacznie wynika, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry wymagane, określone w załącznikach od Nr 1 do Nr 143 do SWZ (w tym również parametry techniczne określone w załącznikach od Nr 1A do Nr 88A do SWZ) - odpowiednio do zakresu złożonej oferty, których autentyczność musi być poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego.” Zgodnie zaś z art. 106 ust. 1 PZP, Zamawiający może żądać innych niż wskazane w przedmiotowych środkach dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wówczas zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jakkolwiek katalog przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w rozdziale X pkt 1 lit. c) SWZ nie został przez Wojewódzki Szpital Zespolony sprecyzowany i zamknięty – w tym zakresie wykonawcy mieli dowolność, mogli złożyć różnego rodzaju opisy oferowanych wyrobów – to jednak Zamawiający jasno wskazał, iż ze złożonych opisów ma wynikać, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry wymagane, określone w załącznikach od Nr 1 do Nr 143 do SWZ. Zamawiający wymagał, by oferowane wyroby spełniały, m.in. wymóg „zarejestrowane do użycia w zabiegach angioplastyki tętnic szyjnych z potwierdzeniem tego przeznaczenia w polskiej (europejskiej) instrukcji użytkowania producenta.” Zamawiający nie wymagał potwierdzenia rejestracji – lecz przeznaczenia. Skoro ww. przeznaczenie było wymaganym parametrem, to zgodnie z rozdziałem X pkt 1 lit. c) SWZ, każdy wykonawca zobowiązany był go wykazać składając stosowny przedmiotowy środek dowodowy. Odwołujący nie wykazał, że jego wyroby spełniają ten wymóg. Wprost przeciwnie, w odwołaniu, jak też na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wprost przyznał, iż oferowane przez niego koszulki posiadają certyfikaty rejestracyjne CE w klasyfikacji MDD IIa. Takie przeznaczenie wynika wprost z załączonego do oferty opisu przedmiotowych wyrobów (Declaration of conformity z 9 marca 2020 r.). Przy czym, słusznie Przystępujący wskazał na treść załącznika do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, pkt 5.3., w którym reguła 7 mówi o klasie IIa, z wyjątkami wskazanymi w pkt 5.4 – tj. gdy wyroby przeznaczone są do kontaktu z sercem lub centralnym układem krążenia (co obejmuje również tętnice) wymagane jest zarejestrowanie w klasie III. Tym samym, skoro Support 4 Medicine Sp. z o.o. S.K.A. oświadczył, że jego wyroby posiadają klasę IIa i dostarczył Zamawiającemu stosowne dokumenty w tym zakresie, przyznał tym samym, że nie spełniają one wszystkich parametrów określonych dla pakietu 122. Odwołujący nie udowodnił, iż jego koszulki mogą być wykorzystywane do tego rodzaju zabiegów. Nadto, Izba stwierdziła, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia jego oferty w ramach pakietu 122 nie jest niewystarczające, czy też lakoniczne – Zamawiający wskazał wprost, że oferowany produkt nie spełnia wymogów długości wraz z zastawką hemostatyczną <100 cm oraz brak potwierdzenia rejestracji do zabiegów angioplastyki tętnic

szyjnych.

W związku z oddaleniem zarzutów wskazanych w pkt 1-3 petitum odwołania co do pakietu 122, Izba rozpoznała zarzut ewentualny odwołania, dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 PZP oraz art. 16 i art. 17 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 122 skoro zdaniem Odwołującego, wymagania wobec przedmiotu zamówienia lub wobec wymaganych próbek zostały opisane w sposób niemożliwy do spełnienia przez produkty oferowane na rynku, wskutek czego ocena ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprawidłowo, w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, iż wyroby tego typu jak zamówione w ramach pakietu 122 nie są rejestrowane, zaś producenci jedynie w instrukcjach wskazują na przeznaczenie wyrobów medycznych – tym samym określony wymóg nie może być spełniony. W ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny, skoro przebieg postępowania, jak też rozważania dotyczące zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietu 122 pokazują, iż wskazany wymóg może być spełniony. To Odwołujący błędnie zrozumiał przedmiotowy wymóg. Ze stanowiska Odwołującego wynika, iż zasadnym byłoby skierowanie przez niego wniosku do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ na wcześniejszym etapie postępowania. Skoro Odwołujący uznał, że wymóg ten jest niemożliwy do spełnienia, a powinien zapoznać się z nim na etapie przed złożeniem oferty – to winien dolożyć należytej staranności, by kwestię tę wyjaśnić we właściwym czasie. Wzajemnie sprzeczne jest złożenie oferty w postępowaniu ze wskazaniem na spełnienie wszystkich wymaganych parametrów i jednocześnie twierdzenie, że jednego z parametrów obiektywnie nie da się spełnić. Kluczowym jednak dla oddalenia niniejszego zarzutu jest, iż dla uznania, że zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 PZP konieczne jest uprzednie stwierdzenie, że w wyniku postępowania dojdzie do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Postępowanie musi być obarczone wadą niemożliwą do usunięcia. W przedmiotowej sprawie brak takiej wady – Odwołujący nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia był niezgodny z przepisami PZP. Izba jest zdania, w ślad za wyrokiem z 30 listopada 2023 r., sygn. KIO 3384/23, że konstrukcja art. 255 pkt 6 PZP odsyła do art. 457 ust. 1 i 5 PZP, gdzie wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Z żadnym z tych przypadków nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowego postępowania, a bynajmniej Odwołujący tego nie wykazał. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 PZP. W efekcie, Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nie naruszył również art. 16 i art. 17 PZP. Skoro, postępowanie było prowadzone prawidłowo, to w szczególności nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 oraz § 9 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba rozdzieliła stosunkowo koszty postępowania i obciążyła nimi zarówno Odwołującego, jak też Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że postępowanie w części co do pakietu 105 podlegało umorzeniu, zaś w pozostałym zakresie Izba uwzględniła zarzuty co do 4 z 5 pozostałych pakietów.

Przewodnicząca: