

Sygn. akt: KIO 2835/23

WYROK
z dnia 11 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **ANMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Wielospecjalistyczny im. dr. Jana Jonstona w Lesznie**
orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie w jakim podstawy faktyczne zarzutów dotyczyły parametru „grubość mankietu rurki intubacyjnej” i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części nr 2, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ww. części.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2835/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Wielospecjalistyczny im. dr. Jana Jonstona w Lesznie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na *sukcesywne dostawy sprzętu jednorazowego użytku III* (znak postępowania: DZ-751-48/23).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 lipca 2023 r. pod numerem nr 2023/BZP 00328803.

W dniu 25 września 2023 r. wykonawca ANMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części nr 2 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Bialmed spółki z ograniczoną odpowiedzialnością [dalej „Bialmed”], który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganego przez Zamawiającego przedmiotowego środka dowodowego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Bialmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie pakietu nr 2;
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie Bialmed nie tylko do wyjaśnień już złożonej oferty oraz wszelkich dokumentów stanowiących jej załączniki, w tym przedmiotowych środków dowodowych, lecz dopuszczenie składania kolejnych dokumentów na potwierdzenie spełniania przez zaoferowany przez Bialmed asortyment wszystkich parametrów opisanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia;
4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Bialmed.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2;
2. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Bialmed;
3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ważnych ofert w zakresie pakietu nr 2 zgodnie z wymaganiami Zamawiającego co do parametrów jakie winien spełniać przedmiot zamówienia, zawartych w dokumentacji przetargowej;

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 2 po ponownej ocenie.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

I. Zarzuty dotyczące oferty Bialmed podniesione w pierwszym odwołaniu, aktualne z uwagi na fakt, iż w ocenie Odwołującego nie może być mowy o ponownym uzupełnieniu oferty

o nowe dokumenty w wyniku nota bene, wezwania Bialmed do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp
Odwołujący wskazał, że wykonawca Bialmed w przedmiotowych pozycjach zaoferowała rurki firmy Vygon, o numerach katalogowych 514.xx, gdzie xx oznaczał, jak należy domniemywać, rozmiar zaoferowanej rurki. Tymczasem w ocenie Odwołującego nie istnieje nr katalogowy wskazany przez tego Wykonawcę, jest to bliżej niesprecyzowany numer, oznaczony iksami a nie konkretnym ciągiem cyfr, a nadto ten sam „numer katalogowy” Bialmed wskazał dla wszystkich rozmiarów zaoferowanego asortymentu, co wskazuje, że numer ten nie może być prawidłowy, rurki te bowiem będąc w różnych rozmiarach winny posiadać odrębne numery katalogowe – nie jest to bowiem ten sam towar. Posłużenie się bliżej niedoprecyzowanym zapisem „xx” wskazuje, iż firma Bialmed dążyła do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, licząc, iż nie zweryfikuje on załączonej do oferty ulotki, będącej przedmiotowym środkiem dowodowym - opisującej zaoferowane rurki.

Tymczasem, jak wynika wprost z załączonej do oferty ulotki, firma Vygon produkuje opisane rurki jedynie w rozmiarach od 5.0 do 10.0 /numery katalogowe odpowiednio 514.50 do 514.10) – NIE PRODUKUJE natomiast rurek o wskazanym numerze 514.xx, które miały by rzekomo odpowiadać wymaganym w SWZ rozmiarom cyt. „3, 3.5 i 4”.

Powyższe niezgodności potwierdzają także informacje zawarte na stronie katalogowej firmy Vygon znajdującej się pod adresem: https://www.vygon.com/catalog/endotracheal-tube_554_00051410.

Wskazana strona internetowa potwierdza także niezgodność dotyczącą parametrów wymaganego rodzaju materiału z jakiego mają być wykonane mankiety uszczelniające opisanych rurek. Zamawiający wymagał mankietu wykonanego z poliuretanu, a zaoferowane przez Bialmed rurki posiadają mankiety wykonane z PCV, co także bezspornie potwierdza literalną niezgodność z wymogami postawionymi w SWZ.

Dokonując analizy oferty firmy Bialmed oraz złożonych przez nią wyjaśnień w trakcie postępowania na skutek wezwania w oparciu o art. 107 ust. 2 ustawy pzp co do zaoferowanego asortymentu w zakresie pakietu nr 2, należy stwierdzić, że wykonawca ten posługuje się informacjami, które winny wzbudzić poważne wątpliwości Zamawiającego co do ich autentyczności, a tym samym co do rzetelności i uczciwości tego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Na potwierdzenie powyższego należy wskazać następujące okoliczności.

Odwołujący wskazał na brzmienie punktu 11.3.3.2 SWZ. Uzasadniał, że wykonawcy dołączając do oferty (także do składanych wyjaśnień) wymienione w pkt. 11.3.3.2. SWZ przedmiotowe środki dowodowe powinni potwierdzić wymagania techniczne dotyczące oferowanego produktu opisane w SWZ, w postaci wskazanych w SWZ dokumentów, z dokładnym określeniem NUMERÓW KATALOGOWYCH, na co jednoznacznie wskazuje powyżej cytowany pkt. 11.3.3.2 SWZ. Firma Bialmed uchybiła ww. obowiązkom bowiem

w żadnym z przedstawionych przez nią dokumentów (ani w złożonej ofercie, ani

w składanych wyjaśnieniach) nie widnieje zapis potwierdzający zaoferowany numer katalogowy 514.xx. Brak jest także jakichkolwiek wyjaśnień, odnoszących się do tak brzmiącego zapisu.

W toku badania ofert Zamawiający zwrócił się z precyzyjnie brzmiącym wezwaniem do wyjaśnień i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 18 sierpnia 2023 r. Z literalnej treści tego wezwania, wynika jednoznacznie, iż Zamawiający oczekiwał potwierdzenia zgodności oferty z treścią SWZ w postaci przedmiotowego środka dowodowego, zawierającego „Potwierdzenia spełnienia wymagań ustalonych przez Zamawiającego wraz z nazwą producenta i numerami katalogowymi”. Mowa tu rzecz jasna bezpośrednio o zaoferowanym produkcie o wskazanym przez Bialmed nr katalogowym 514.xx. Firma Bialmed Sp. z o.o. takiego środka dowodowego nie przedstawiła gdyż

w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie istnieje informacja o numerze katalogowym 514.xx. W załączonej do wyjaśnień, nowej (innej) w stosunku do pierwotnie załączonej do oferty ulotki opisującej przedmiot zamówienia wynika, że „na specjalne zamówienie dostępne są rozmiary: 3, 3.5 i 4”, lecz w dalszym ciągu brak w niej wymaganych zapisami SWZ - numerów katalogowych.

Odwołujący wskazał, iż producent – tj. firma Vygon w numeracji swoich produktów stosuje bardzo czytelne typoszeręgi liczbowe, co potwierdza także załączona ulotka, gdzie dla rozmiaru np. 5.0 rurka posiada numer 514.50, a dla rozmiaru np. 7.5 numer 514.75 (dwie końcowe cyfry oznaczają rozmiar rurki), a zatem, co już wskazano wyżej, każdemu rozmiarowi rurki przyporządkowany jest osobny numer katalogowy. Idąc dalej

w rozważaniach, przyjmując analogię, rurki, które rzekomo zostały zaoferowane przez firmę Bialmed winny zatem posiadać numery: 514.30, 514.35 i 514.40 i gdyby istniały, powinny zostać zaoferowane i opisane w złożonej ofercie, brak bowiem jasnym powodów dla których wykonawca nie wskazałby prawidłowych numerów katalogowych, wiedząc, że stanowi to wymóg Zamawiającego opisany jasno i wyraźnie w dokumentacji przetargowej.

Powyższe okoliczności winny były wzbudzić szereg wątpliwości Zamawiającego, który powinien był w tej sytuacji wezwać firmę Bialmed do przedstawienia próbek zaoferowanych wyrobów, czego nie uczynił, a w wypadku braku jednoznacznego

potwierdzenia zgodności z wymogami, czy też precyzyjnego określenia stanu faktycznego, powinien odrzucić ofertę jako niezgodną z wymogami SWZ. Żadne inne źródło, powszechnie dostępna aktualna strona internetowa, katalogi bądź dostępne ulotki nie potwierdzają informacji na które powołuje się Bialmed, co budzi bardzo duże obawy, co do rzetelności oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący, jako wieloletni dystrybutor produktów firmy Vygon także bezsprzecznie potwierdza, iż NIGDY nie spotkał się z oferowaniem przez tego producenta rurek intubacyjnych z mankietem, wykonanym z poliuretanu o grubości max. 10 mikronów lub 0,12-0,14mm, w rozmiarach 3, 3.5 i 4. Firma Bialmed Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach potwierdziła, że zaoferowane rurki posiadają mankiet z poliuretanu, zaś w załączonej do wyjaśnień ulotce widnieje informacja, iż: „Ogólne cechy rurek E.T. z mankietem firmy Vygon: Niskociśnieniowy mankiet wykonany z poliuretanu”. Z treści tak brzmiącej ulotki, wynika wprost, iż wszystkie rurki opisane w tej ulotce, w tym także te o numerach 514.50 do 514.100, a więc takie same rurki jak rzekomo zaoferowane przez Bialmed, ale w rozmiarach 5.0 do 10.0 także posiadają mankiet z poliuretanu, co stoi w całkowitej sprzeczności

z informacją zawartą na aktualnej stronie internetowej producenta, gdzie wskazano, iż mankiet wykonany jest z PCV („with low pressure cuff in PVC”), co po raz kolejny budzi poważne wątpliwości, co do treści złożonych przez firmę Bialmed wyjaśnień. Odwołujący przedstawił zrzuty z aktualnej, poniższej strony producenta, potwierdzający stawiane zarzuty.

Firma Bialmed Sp. z o.o., w żadnym z przedstawionych dokumentów i na żadnym etapie prowadzonego postępowania (ani w złożonej ofercie, ani w składanych wyjaśnieniach) nie potwierdziła także wymaganej w SWZ grubości mankieta, co jednoznacznie wskazuje na niezgodność oferty z wymogami SWZ, czego także nie zweryfikował Zamawiający w toku badania i oceny ofert.

Reasumując, firma Bialmed Sp. z o.o. przed złożeniem pierwszego odwołania dopuściła się przynajmniej 3 uchybień w zakresie wykazania parametrów oferowanego asortymentu, wymaganych przez Zamawiającego i wskazanych przez niego w dokumentacji przetargowej, a to:

1. w złożonej ofercie oraz złożonych wyjaśnieniach, wykonawca ten przedstawił dwie różne, o innej treści ulotki tego samego produktu, co samo w sobie budzi wątpliwości, nadto,

w żadnej z ulotek nie przedstawił parametru identyfikującego konkretny produkt zaoferowany i oznaczony numerem katalogowym zawartym w ofercie t.j. 514.xx,

2. jednocześnie, firma Bialmed, w budzący wiele niejasności sposób potwierdziła, iż rurki firmy Vygon posiadają mankiet uszczelniający wykonany z poliuretanu, czego nie potwierdzają żadne inne, powszechnie dostępne materiały źródłowe, przede wszystkim te udostępnione przez samego producenta oraz

3. nie potwierdziła wymaganej grubości mankieta uszczelniającego.

II. Zarzuty dotyczące oferty Bialmed powstałe po cofnięciu odwołania, ponownym badaniu ofert przez Zamawiającego oraz dokonania przez niego ponownego wyboru oferty Bialmed jako najkorzystniejszej

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że nawet gdyby Wysoka Izba nie uwzględniła powyższych wywodów, asortyment zaoferowany przez Bialmed i tak nie spełnia wymogów z opisu przedmiotu zamówienia bowiem w trakcie całego postępowania firma Bialmed nie dostarczyła potwierdzenia spełnienia jednego z kluczowych parametrów mankieta uszczelniającego, jakim jest zdolność uszczelnienia przy średnim ciśnieniu 11cm H₂O. Mimo że parametr ten został wyraźnie opisany w SWZ, nie znalazł on potwierdzenia

w ofercie złożonej przez firmę Bialmed. Co więcej, na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 18.08.2023 r. r.,

a także w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 01.09.2023 r., firma Bialmed nie dostarczyła odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie tego wymogu. Już z racji tego zarzutu, oferta Bialmed winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący podkreślał, że wyjaśnienia firmy Bialmed z dnia 05.09.2023 r. (wyjaśnienia złożone na skutek ponownego wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp -

w załączeniu) nastąpiły po terminie złożenia przez firmę Anmar pierwszego odwołania (30.08.2023 r.). Tymczasem, terminy określone w postępowaniu przetargowym mają charakter wiążący. Każde działanie podejmowane po wyznaczonym terminie jest nieważne. W świetle obowiązujących przepisów, wyjaśnienia złożone na tym etapie nie mogą być traktowane jako dokumenty przedmiotowe, które powinny być być dołączone do oferty lub złożone na etapie uzupełnienia (tj. w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 107

ust. 2 ustawy pzp z dnia 18.08.2023 r.).

Analogiczne zarzuty dotyczą przedłożenia przez Bialmed dokumentów potwierdzających rzekomo numery katalogowe rurek firmy Vygon. Po pierwsze, Odwołujący dalej dostrzega niespójność i daleko idące wątpliwości w zakresie wyjaśnień Bialmed w tym zakresie, jak bowiem jest możliwym aby rurki zarówno z mankietem z PCV jak i z poliuretanu – tj. dwa różne wyroby medyczne, występowały w obrocie handlowym pod takim samym numerem katalogowym 514. Nie zezwalają na to wszelkie obowiązujące w tym zakresie akty prawne, w tym także Ustawa Wyrobach Medycznych. Z treści oświadczenia firmy Vygon

z dnia 5 września 2023 r. nie można wywnioskować czy rurki dla każdego

z niestandardowych numerów będą posiadały numer 514.xx czy też będą posiadały konkretne numer katalogowe tj. 514.3,5 np. dla rozmiaru 3,5. Analizując dokumenty

w postaci kart katalogowych złożonych wraz z ofertą i na etapie uzupełniania oraz oświadczenia firmy Vygon Polska Sp. z o.o. znajdują się rozbieżności budzące wątpliwości czy firma Bialmed oraz Vygon Polska Sp. z o.o. mają faktyczną wiedzę na temat oferowanego wyrobu medycznego. Rurki z mankietem z PCV i rurki z mankietem

z poliuretanu winny bowiem różnić się numerem katalogowym, co winno być dla Zamawiającego oczywiste. Oferując towar o nr katalogowym 514 Bialmed zaoferował miękkie rurki zgodnie z przedstawioną ulotką z bezzwrotnym zaworkiem i z mankietem właśnie z PCV. Firma Vygon w swym oświadczeniu potwierdziła wprost, że „Standardowy mankiet w rurkach z serii 514 wykonany jest z PVC, a na specjalne zamówienie może być wykonany z poliuretanu”. Należy przy tym również zwrócić uwagę, iż przedstawione oświadczenie firmy Vygon, na które powołuje się firma Bialmed określa, iż wymagana zapisami SWZ rurka „może być wykonana”, co nie jest jednoznaczne z tym, iż na dzień składania ofert została wykonana oraz wprowadzona do obrotu, a tym samym iż posiada stosowane powiadomienie do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wraz ze złożonymi etykietami i instrukcją użycia, które to dokumenty jako dokumenty publicznie dostępne w każdej chwili mogą zostać zweryfikowane.

Po drugie zaś, ww. oświadczenie firmy Vygon z dnia 5 września 2023 r. jest dokumentem nie podpisanym przez żadną identyfikowalną osobę fizyczną, widnieje na nim jedynie pieczęć i logo producenta. Dokument sprawia wrażenie odwzorowanego elektronicznie i opatrzonego podpisem kwalifikowanym przez Pana A. O. z firmy Bialmed (kopia dokumentu w załączeniu). Biorąc pod uwagę techniczną oraz technologiczną treść dokumentu, brak podpisu osoby wystawiającej dokument, uniemożliwia to w praktyce ustalenie czy osoba wystawiająca taki dokument posiadała do tego uprawnienia. Pieczęć firmy Vygon Polska Sp. z o.o. sama w sobie nie jest wystarczająca do potwierdzenia ważności treści dokumentu. Nie zawiera podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania firmy co tym samym prowadzi do braku akceptacji treści przedstawionego oświadczenia

w postępowaniu przetargowym. Reasumując powyższe, dokument z samą pieczęcią firmy, bez podpisu osoby uprawnionej, nie może być uznawany za ważny w postępowaniu przetargowym w świetle obowiązujących przepisów.

Pomimo wskazanych wyżej uchybień, niejasności i rażących wątpliwości, Zamawiający ponownie uznał ofertę Bialmed za wiarygodną i zgodną z własnymi wymogami, zawartymi w SWZ

Mając na uwadze powyższe, wobec niezgodności zaoferowanych wyrobów medycznych z wymogami zawartymi w SWZ oraz nienaruszalnym wymogiem zgodności oferty z literalną treścią SWZ, należy stwierdzić z całą stanowczością, iż oferta firmy Bialmed w zakresie Pakietu nr 2 w pozycji 86-88 - nie spełnia wymogów SWZ i jako taka, powinna zostać bezwzględnie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, czego Zamawiający nie uczynił, dokonał za to ponownego wyboru oferty niezgodnej z wymogami SWZ jako oferty najkorzystniejszej, co narusza fundamentalne, obowiązujące przepisy ustawy Pzp.

Przy tej okazji Zamawiający dopuścił się jeszcze naruszeń związanych z samą procedurą przetargową, tj. uwzględnił nowe dokumenty stanowiące przedmiotowe środki dowodowe na etapie składania jedynie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku postępowania sugerował Wykonawcy wprost jakie wyjaśnienia i dokumenty winien złożyć aby jego oferta była zgodna z wymogami SWZ, w tym OPZ. Zamawiający dopuścił się również naruszenia jednej z fundamentalnych zasad postępowania, tj. naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, faworyzując w sposób ewidentny firmę Bialmed i dążąc za wszelką cenę do wyboru jej oferty, nie zważając tym samym na prawidłowo złożoną ofertę Odwołującego.

Zamawiający w dniu 6 października 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do ww. Wykonawcy oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 września 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 października 2023 r.

Izba ustaliła, że złożone przez Odwołującego dokumenty stanowiły część dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, która została przekazana przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

W Formularzu asortymentowo – cenowym w zakresie pakietu nr 2 poz. 86 – 88 wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest: rurka intubacyjna dla dzieci z ultracienkim – max 10 mikrometrów – mankietem uszczelniającym wykonanym z poliuretanu, umożliwiającym uszczelnienie przy średnim ciśnieniu 11cm H₂O, zapobiegająca mikroaspiracji, zielony odłączany łącznik 15 mm, do długotrwałego utrzymywania, ustne/nosowe w rozmiarach 3, 3,5 oraz 4.

W wyjaśnieniach treści specyfikacji z dnia 3 sierpnia 2023 r. Zamawiający doprecyzował opis przedmiotu zamówienia w zakresie poz. 86 – 88 pakiet nr 2. Zamawiający wskazał:

64. Pakiet nr 2(10), pozycja 86-88 - Czy Zamawiający dopuści rurkę intubacyjną z mankietem o grubości 0,12-0,14mm? Odp. Zamawiający dopuszcza

65. Pakiet nr 2(10), pozycja 86-88 - Czy Zamawiający dopuści rurkę intubacyjną z mankietem wykonanym z PCV? Odp. Zamawiający nie dopuszcza

66. Pakiet nr 2(10), pozycja 86-88 - Czy Zamawiający dopuści rurkę intubacyjną z łącznikiem w kolorze mlecznym? Odp. Zamawiający dopuszcza

Zgodnie z punktem 11.3.3. Przedmiotowe środki dowodowe SWZ:

11.3.3.1. Wypełniony Formularza asortymentowo – cenowy zgodnie z Załącznikiem nr 23.3. do SWZ.

11.3.3.2. Dokumenty potwierdzające wymagane parametry w oferowanych produktach (np. firmowe materiały informacyjne producenta, katalogi, ulotki, foldery, instrukcje użytkownika, opisy techniczne lub inne posiadane dokumenty), zawierające szczegółowe dane, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego wraz

z nazwą producenta i numerami katalogowymi z dokładnym opisem w języku polskim z zaznaczeniem, której pozycji dotyczą.

W sekcji 5.9) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

W części 2 zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca Bialmed w formularzu asortymentowo – cenowym w poz. 86-88 część nr 2 zaoferował: rurki intubacyjne dla dzieci o rozmiarach 3, 3,5 oraz 4, producenta Vygon

o numerach katalogowych 514.xx. Do oferty dołączono kartę katalogową pn. Rurki intubacyjne dotchawicze z balonikiem.

W dniu 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Bialmed do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie przedłożył przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą dla Pakietu nr 2(10) dla pozycji 86-88 nr katalogowy 514.xx.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Bialmed do wyjaśnienia z jakiego materiału wykonany jest mankiet w przypadku pozycji 86-88.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. Bialmed uzupełnił kartę katalogową dla pakietu 2(10) dla pozycji 86-88 o numerze kat. 514xx. Wykonawca wyjaśnił, że zaoferowane rurki

w roz. 3;3,5;4 posiadają mankiet, który wykonany jest z poliuretanu.

Z załączonej do ww. pisma ulotki rurek intubacyjnych wynika m.in. że:

Ogólne cechy rurek E.T. z mankietem firmy Vygon:

- Przezroczysta silikonowana rurka wykonana z mieszaniny PVC i silikonu z linią kontrastującą w XRO
- Ustna / nosowa intubacja
- zakrzywienie 37 stopni
- 15mm łącznik
- Niskociśnieniowy mankiet wykonany z poliuretanu
- nie zawierają ftalanów (DEHP)

Rurka E.T. z bezzwrotnym zaworkiem

Kod 514: miękka rurka, kod 514K: sztywniejsza rurka.

Na specjalne zamówienie dostępne są rozmiary: 3, 3,5, 4.

W dniu 25 sierpnia 2023. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oferty wykonawcy Bialmed.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o anulowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2 oraz poinformował, że dokona ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2.

W dniu 1 września 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Bialmed do złożenia wyjaśnień odnośnie pakietu nr 2 poz. 86 – 88 w zakresie:

- w formularzu asortymentowo – cenowym w pozycji 86-88 widnieje dla każdej pozycji nr katalogowy 514.xx. W karcie katalogowej w dniu 23 sierpnia 2023 r. nr katalogowy to 514, prosimy o wyjaśnienie rozbieżności;
- w otrzymanej informacji podano, że firma Vygon produkuje opisane rurki jedynie w rozmiarach od 5.0-10.0/numery katalogowe odpowiednio 514.50 do 514.100 – natomiast nie produkuje rurek o wskazanych numerach 514.xx o rozmiarach 3, 3,5 oraz 4. Powyższe niezgodności potwierdzają także informacje zawarte na stronie internetowej Vygon. Wskazana strona internetowa potwierdza także niezgodność dotyczącą parametrów wymaganego rodzaju materiału z jakiego mają być wykonane mankiety uszczelniające opisanych rurek.
- na karcie katalogowej brak informacji o grubości materiału uszczelniającego. Prosimy o podanie jakiej grubości jest mankiety uszczelniający;
- prosimy o podanie koloru łącznika.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 5 września 2023 r. Bialmed wyjaśnił, że spełnia wymagania w SWZ dla pozycji 86-88 pakiet 2.

Na potwierdzenie pismo producenta z wyjaśnieniami dotyczącymi numerów katalogowych i parametrów wymaganych. Numer katalogowy wpisany przez nas w formularzu asortymentowo-cenowy 514xx jest tożsamy z tym, który widnieje w katalogach dla tej pozycji. Oznaczenie xx oznacza rozmiar rurki np. 514 50 dla rozmiaru 5,0. Rozmiary wymagane przez Zamawiającego są wykonywane na specjalne zamówienie, dlatego nie są zapisane w tabeli rozmiarowej w karcie katalogowej producenta.

Strona internetowa wskazana przez firmę Anmar dotyczy jedynie standardowych produktów, nie uwzględnia produktów wykonywanych na specjalne zamówienie.

Rurki zgodnie z zapisami SWZ posiadają mankiety z poliuretanu o grubości 0,13.

Kolor łącznika zaoferowanych przez nas rurek jest zielony. (...)

W dniu 18 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oferty wykonawcy Bialmed. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego grubości mankiety rurki intubacyjnej. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia;
- zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba wskazuje, iż Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 223 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Bialmed w zakresie części 2 zamówienia podnosząc cztery okoliczności faktyczne. Odwołujący wskazał, iż Bialmed: 1. nie potwierdził grubości mankiety rurki intubacyjnej, 2. w złożonych ulotkach nie przedstawił parametru identyfikującego oferowany produkt i oznaczony numerem katalogowym zawartym w ofercie, tj. 514.xx, 3. w budzący niejasności sposób potwierdził, iż rurki firmy Vygon posiadają mankiety uszczelniający wykonany z poliuretanu, czego nie potwierdzają żadne inne, powszechnie dostępne materiały źródłowe, przede wszystkim udostępnione przez producenta oraz 4. nie potwierdził parametru pn. zdolność uszczelnienia przy średnim ciśnieniu 11 cm H₂O.

Za uzasadnione Izba uznała zarzuty odwołania w zakresie w jakim ich podstawa faktyczna dotyczyła grubości mankiety rurki intubacyjnej.

Poza sporem było, że Zamawiający wymagał, aby rurka intubacyjna dla dzieci (poz. 86-88 część nr 2 zamówienia)

posiadała mankiet uszczelniający o grubości max 10 mikrometrów lub 0,12-0,14 mm. Jednocześnie jak wynika z postanowień specyfikacji, wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające wymagane parametry oferowanych produktów, zawierające szczegółowe dane, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego wraz z nazwą producenta i numerami katalogowymi. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy rację miał Odwołujący, iż złożone przez Bialmed przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały parametru dotyczącego grubości mankietu rurki intubacyjnej. Prawdopodobnie tego stanowiska potwierdza wezwanie Zamawiającego z dnia 1 września 2023 r., w którym wskazano: „- na karcie katalogowej brak informacji o grubości materiału uszczelniającego. Prosimy o podanie jakiej grubości jest mankiet uszczelniający”. Zamawiający zatem wprost przyznał, iż

w uzupełnionej na wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp ulotce oferowanego produktu nie podano ww. parametru. Uzupełniony przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzał zatem zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego, co winno skutkować odrzuceniem oferty Bialmed bez prowadzenia procedury wyjaśniającej. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Bialmed do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w omawianym zakresie było nieuprawnione, bowiem w istocie służyło obejściu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, z którego już raz w niniejszej sprawie względem oferty Bialmed Zamawiający skorzystał (wezwanie z dnia 18 sierpnia 2023 r.). W konsekwencji Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął wyjaśnienia Bialmed z dnia 5 września 2023 r. złożone w powyższym zakresie, które prowadziły do uzupełnienia ulotki oferowanego produktu o nowe treści. W końcu, za Odwołującym, zauważyć należy, iż Zamawiający nie odniósł się w odpowiedzi na odwołanie, ani w toku rozprawy do zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, iż oferta Bialmed podlegała odrzuceniu w części 2 zamówienia i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Bialmed na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące braku podania w ulotkach Bialmed numerów katalogowych produktów wskazanych w pozycjach 86 – 88 formularza asortymentowo – cenowego w zakresie części nr 2.

Niewątpliwie w świetle postanowień specyfikacji Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w formularzu asortymentowo – cenowym numeru katalogowego oferowanych produktów. Jednocześnie zgodnie z wymogami SWZ, wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające wymagane parametry oferowanych produktów, zawierające szczegółowe dane, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego wraz z nazwą producenta i numerami katalogowymi.

Niespornie, w rozpoznawanej sprawie, wykonawca Bialmed w pozycji 86 – 88 formularza asortymentowo – cenowego w zakresie części nr 2 podał m.in. nr katalogowy oferowanych rurek intubacyjnych dla dzieci o rozmiarach 3, 3,5 oraz 4 - 514.xx. Rozmiar oferowanych rurek intubacyjnych został potwierdzony w uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego ulotce produktu, w której czytamy, że „na specjalne zamówienie dostępne są rozmiary: 3, 3,5, 4”. Jednocześnie w treści ulotki przy ww. opisie widnieje kod 514/514K, przy czym kod 514 dotyczy miękkiej rurki, a kod 514K sztywniejszej. Ponadto kwestia numeru katalogowego oferowanych rurek intubacyjnych dla dzieci została wyjaśniona przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W piśmie z dnia 5 września 2023 r. Bialmed wskazał, że „Numer katalogowy wpisany przez nas w formularzu asortymentowo - cenowy 514xx jest tożsamy z tym, który widnieje w katalogach dla tej pozycji. Oznaczenie xx oznacza rozmiar rurki np. 514 50 dla rozmiaru 5,0. Rozmiary wymagane przez Zamawiającego są wykonywane na specjalne zamówienie, dlatego nie są zapisane w tabeli rozmiarowej w karcie katalogowej producenta.”

Mając na uwadze powyższe zgodzić należy się z Zamawiającym, że podanie bardziej szczegółowego nr katalogowego oferowanego produktu przez rozwinięcie oznaczenia „xx” było niemożliwe z przyczyn obiektywnych, a to jest z uwagi na okoliczność, że oferowane produkty miały zostać wykonane na specjalne zamówienie. Jednocześnie brak podania przez Bialmed bardziej precyzyjnego numeru katalogowego oferowanych produktów dla pozycji 86-88 formularza asortymentowo-cenowego nie wpływał na możliwość identyfikacji rodzaju oferowanego asortymentu, a w konsekwencji na ocenę zgodności treści oferty

z warunkami zamówienia, która dokonywana jest na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę. Na podstawie treści oferty Bialmed, w tym uzupełnionej na wezwanie

w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp ulotki, Zamawiający miał wiedzę, co do rozmiarów oferowanych rurek intubacyjnych.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania omówionych powyżej.

Za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty odwołania w zakresie okoliczności faktycznej dotyczącej rodzaju materiału mankieta uszczelniającego rurek intubacyjnych.

Odwołujący stał na stanowisku, iż zaoferowane przez Bialmed rurki intubacyjne posiadały mankiet wykonany z PCV, a nie z poliuretanu zgodnie z wymogami specyfikacji. Postawiony zarzut Odwołujący oparł na własnym doświadczeniu i fakcie, że nigdy nie spotkał się z rurkami intubacyjnymi producenta Vygon, których mankiety wykonany został

z poliuretanu o grubości max. 10 mikronów lub 0,12-014mm, w rozmiarach 3, 3.5 i 4.

Izba wskazuje, iż okoliczność wykonania mankietu rurek intubacyjnych z poliuretanu wynika z przedłożonych przez wykonawcę Bialmed przedmiotowych środków dowodowych.

W uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego ulotce oferowanego produktu wskazano: „*Ogólne cechy rurek E.T. z mankiem firmy Vygon: (...) - Niskociśnieniowy mankiety wykonane z poliuretanu*”. Powyższy parametr został także potwierdzony w wyjaśnieniach Bialmed z dnia 23 sierpnia 2023 r. Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie znalazła podstaw do podważenia złożonego przedmiotowego środka dowodowego. Wskazać należy, iż z faktu, że Odwołujący nigdy się z takimi rurkami nie spotkał nie można domniemywać, iż rurki takie nie są przez danego producenta produkowane. Bez znaczenia jest również okoliczność, iż na stronie internetowej producenta, Odwołujący znalazł rurki wykonane

z PCV. Nie stoi to bowiem w sprzeczności z możliwością wykonania takich rurek

z poliuretanu. Co więcej, wykonawca zaoferował takie rurki, na dowód czego przedłożył karty katalogowe.

Tym samym zarzuty odwołania w powyższym zakresie nie podlegały uwzględnieniu.

Za niewykazane Izba uznała zarzuty odwołania dotyczące parametru mankiety uszczelniającego, tj. zdolność uszczelnienia przy średnim ciśnieniu 11 cm H₂O.

Zdaniem Odwołującego powyższy parametr nie znalazł potwierdzenia w ofercie złożonej przez Bialmed.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wskazany wyżej parametr wynika zarówno z karty katalogowej przedłożonej przez wykonawcę Bialmed, jak i z karty katalogowej złożonej przez Odwołującego (rurki dotchawicze-pediatryczne uszczelniające drogi oddechowe przy ultra niskim ciśnieniu w mankiecie). Karty katalogowe obu wskazanych wykonawców opisują bowiem oferowane produkty niemal tymi samymi słowami. Powyższe stanowisko nie zostało odparte przez Odwołującego. Izba wskazuje, iż Odwołujący wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, że użyte w karcie katalogowej Bialmed określenie niskociśnieniowy mankiety/rurka ustno-nosowa z niskociśnieniowym balonikiem dotyczy innego parametru niż opisany w specyfikacji. Okoliczność, iż w karcie katalogowej nie pada literalnie stwierdzenie: „zdolność uszczelnienia przy średnim ciśnieniu 11cm H₂O”, nie oznacza, że wymagany przez Zamawiającego parametr nie został opisany w karcie katalogowej w inny sposób.

W świetle powyższego brak było podstaw do uwzględnienia odwołania w omówionym powyżej zakresie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zważywszy na wagę uwzględnionego zarzutu oraz jego wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w zakresie części 2 zamówienia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego między Stronami, obciążając w całości tymi kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: