

WYROK

Warszawa, 6 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Polcore sp. z o.o., ul. Peryferyjna 15; 25-562 Kielce, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62; 93-513 Łódź,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polcore sp. z o.o., ul. Peryferyjna 15; 25-562 Kielce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polcore sp. z o.o., ul. Peryferyjna 15; 25-562 Kielce, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62; 93-513 Łódź, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Polcore sp. z o.o., ul. Peryferyjna 15; 25-562 Kielce na rzecz zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62; 93-513 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62; 93-513 Łódź, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

sygn. akt: KIO 220/25

Uzasadnienie

Zamawiający –Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Dostawa wyrobów medycznych dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi*”.

21 stycznia 2025 roku, wykonawca Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty złożonej przez Polcore sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrala Farmaceutyczne Cefarm S.A. z siedzibą w Warszawie (odwołanie dotyczy pakietu nr 11).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrala Farmaceutyczne Cefarm S.A. z siedzibą w Warszawie, art. 99 ust. 4 oraz 5 pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo wykazania kompatybilności (równoważności) oferowanego produktu, art. 226 ust. 5 pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy żądanie przedłożenia oświadczenia producenta stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 pzp, art. 105 pzp oraz art. 106 ust. 3 pzp, zaś oferta złożona przez odwołującego była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrala Farmaceutyczne Cefarm S.A. z siedzibą w Warszawie,
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wybór oferty odwołującego,
4. w przypadku uwzględnienia odwołania: przyznanie odwołującemu od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
5. w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 PZP) odwołujący żąda od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest

wykonawcą, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, iż zdaniem odwołującego złożona oferta jest zgodna z określonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 14: zamawiający informuje, że w przypadku gdyby określił w SWZ przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, norm, aprobat, specyfikacji technicznych lub systemów odniesienia, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych Wykonawców lub produktów, to należy traktować takie określenie jako przykładowe. W każdym takim przypadku Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań równoważnych o parametrach nie gorszych niż posiadane przez wskazane materiały, urządzenia, oprogramowanie, itp. z zachowaniem tych samych lub lepszych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych. Ponadto zamiennie materiały, urządzenia lub oprogramowanie itp. przyjęte do wyceny:

- winny spełniać funkcje, jakiej mają służyć,
- winny być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami, aby zespół urządzeń dawał zamierzony efekt (zaprojektowany),
- nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu dostaw.

Wymóg opisany powyżej jest zgodny z obowiązującymi przepisami i stanowi odzwierciedlenie normy art. 99 ust. 4 oraz 5 pzp. W formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, zamawiający wskazał na następujący opis przedmiotu zamówienia

w ramach pakietu 11: Zestaw strzykawek jednorazowych przeznaczonych do współpracy z automatycznym wstrzykiwaczem kontrastu EZEM Empower MR. Skład: - 2x strzykawki poj. 100 ml (z zaznaczoną czarną wyskalowaną co 1ml podziałką widoczną na strzykawce) - Dren Y 250cm, dwa zawory zwrotne, wyposażone w złącza typu luer. Rozgałęzienia o różnych długościach, krótsze do kontrastu w celu zmniejszenia ilości kontrastu pozostającego

w drenach - duże ostrze do worków z solą fizjologiczną i małe ostrze do butelek z kontrastem. Zgodnie z wymaganiami obowiązującej gwarancji producenta zamawiający nie dopuszcza zamienników. Zamieszczony opis jest niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

22 października 2024 roku, zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, wskazał, że „wymaga od wykonawców dostarczenia materiałów eksploatacyjnych dopuszczonych przez producenta”. Samo sformułowanie dopuszczenia przez producenta nie zostało dookreślone, czy chodzi Zamawiającemu o producenta urządzenia, czy producenta materiałów eksploatacyjnych. Jeżeli zaś zamawiający będzie podnosił twierdzenia, że wymagał dokumentu stanowiącego dopuszczenie przez producenta urządzenia, to wskazać należy, że stanowi to rażące naruszenie art. 16 ust. 1 pzp, art. 105 pzp oraz art. 106 ust. 3 pzp. Treść SWZ wskazuje, że zamawiający wymagał dostarczenia wkładów kompatybilnych z posiadanym sprzętem. Zgodnie z definicją słownika PWN, przez kompatybilność należy rozumieć: odpowiadające czemuś lub przystosowane do czegoś pod każdym względem. Z drugiej strony, w opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że zamawiający nie dopuszcza dostawy zamienników, co sugeruje, że wymaga dostarczenia oryginalnych produktów bez sprecyzowania co rozumienie przez produkt oryginalny.

Odwolujący stoi na stanowisku, że tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia umożliwił złożenie oferty na produkty nie pochodzące od producenta urządzenia, a będące kompatybilne z urządzeniem, pomimo dopuszczenia zgodnie z art. 99 pzp rozwiązań równoważnych. Niezależnie od tego wskazać należy, że zamawiający w treści SWZ nie wskazał dokładnie z jakich względów mógłby wymagać dostarczenia jedynie oryginalnych (pochodzących od producenta urządzenia) produktów. Wyjaśnienie tej kwestii pojawia się dwukrotnie. Po pierwsze w formularzu ofertowo-cenowym, gdzie wskazano: Zgodnie

z wymaganiami obowiązującej gwarancji producenta zamawiający nie dopuszcza zamienników. Zamawiający nie przedłożył jednak tego dokumentu. Po drugie,

w odpowiedziach na pytania z 22 października 2024 roku, zamawiający powołuje się na bezpieczeństwo pacjentów oraz skomplikowany charakter urządzenia. Wykonawca pismem

z 25 listopada 2024 roku potwierdził, że wkłady są kompatybilne ze strzykawką automatyczną oraz nie potwierdził, że są dopuszczone przez producenta urządzenia (dopuszczenie potwierdzone dokumentami) bowiem uzyskanie takiego potwierdzenia jest niemożliwe. Został zatem spełniony warunek SWZ, aby dostarczany produkt był kompatybilny z posiadanym przez zamawiającego sprzętem. Pismem z 15 października 2024 odwołujący dodatkowo szeroko wskazał na nieprawidłowość treści wezwania do wyjaśnień. Podkreślił również,

że zgodność oferowanego produktu z urządzeniem jest potwierdzona przez producenta wkładów.

16 stycznia 2025 roku zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy wskazując, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jest to twierdzenie ze wszech miar błędne. Spór w postępowaniu sprowadza się do stwierdzenia, czy zamawiający, pomimo spełnienia przez oferenta warunków udziału

w postępowaniu w zakresie zgodności oferowanego produktu

z opisem przedmiotu zamówienia, jest uprawniony do żądania oryginalnych produktów bądź dokumentu, który jest obiektywnie niemożliwy do uzyskania – potwierdzenie przez producenta urządzenia kompatybilności. Jak wskazuje art. 105 ustawy PZP: W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania

z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Ustawa przewiduje zatem jedynie możliwość żądania dokumentów, które są wydawane przez specjalistyczne jednostki oceniające zgodność. Ust. 4 przywołanego przepisu wskazuje, że zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone

w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane

z realizacją zamówienia. Następnie, wskazać należy, że zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy PZP: Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Następnie, ust. 5 wskazuje, że Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zdaniem odwołującego dopuszczenie innego produktu wynika z zastosowania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania równoważne parametry. Żądanie przedłożenia dokumentów pochodzących od producenta urządzenia nie ma podstawy prawnej i prowadzi do jawnego ograniczenia konkurencyjności. Nie sposób bowiem uznać,

że jakkolwiek inny podmiot, poza producentem oryginalnych części lub jego autoryzowany dystrybutor, był w stanie brać udział w postępowaniu. Ustawodawca polski, w ślad za unijnym, jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie ma prawnej możliwości żądania innego rodzaju dokumentów aniżeli wskazane w przepisach prawa. Biorąc pod uwagę powyższe, jednoznacznie wskazać należy, że żądanie przedłożenia takiego dokumentu nie ma podstawy prawnej i prowadzi do jawnego ograniczenia konkurencyjności. Nie sposób bowiem uznać,

że jakkolwiek inny podmiot, poza producentem oryginalnych części lub jego autoryzowany dystrybutor, mógłby złożyć ofertę. Nie sposób również oczekiwać złożenia przez producenta urządzenia oświadczenia, w którym zapewni, że części dostarczone przez inny podmiot (nie pochodzące z jego produkcji) są właściwe. Oznaczałoby to bezpośrednie godzenie we własne interesy poprzez obniżenie zysków ze sprzedaży. Ustawodawca polski, w ślad za unijnym, jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie ma prawnej możliwości żądania innego rodzaju dokumentów aniżeli wskazane w przepisach prawa. Zdaje się, że zamawiający pozostaje

w błędnym przekonaniu, że jedynie oryginalne produkty spełniają warunki opisu przedmiotu zamówienia. Jedyna różnica pomiędzy oryginalnym produktem a zamiennikiem sprowadza się do tego, że dla zamiennika producent urządzenia nie wystawi dokumentów potwierdzającego możliwość jego stosowania. Dokument taki jest jednak wystawiany przez producenta zamiennika. Potwierdza on zgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający badając oferty powinien sprawdzać, czy oferowane produkty spełniają warunki stawiane w opisie przedmiotu zamówienia, a nie czy producent urządzenia dopuszcza działanie konkurencji.

W wyroku z 26 sierpnia 2015 roku, na gruncie ustawy obowiązujące w poprzednim brzmieniu, jednak mającym aktualne zastosowanie (KIO 1727/15) jednoznacznie wskazano, że: żądanie przez zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia funkcjonującym w przedmiotowym postępowaniu, jest niedopuszczalne, gdyż ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dla żądania dostarczenia oryginalnych i pochodzących od producenta urządzenia materiałów eksploatacyjnych nie była uzasadnieniem gwarancja udzielona na sprzęt, w którym będą one używane. Praktyka taka ogranicza dostęp do rynku materiałów eksploatacyjnych

urządzeń drukujących przez ich producentów, stanowi więc naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że obowiązek opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad wynikających z art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp jest odzwierciedleniem postanowień traktatowych i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego to od lat wynika, że naruszeniem przepisów jest wskazanie konkretnego znaku towarowego bez towarzyszącego sformułowania „lub równoważne”. W ocenie Trybunału brak sformułowania i dopuszczenia równoważności narusza również zasadę swobodnego przepływu towarów określoną w Traktacie Rzymskim (tak wyrok z dnia 28 października 1999 r., C-328/96).

Odwołujący podnosząc twierdzenia dotyczące braku możliwości wymagania przez zamawiającego dostarczenia jedynie oryginalnych produktów w załączeniu przesyła wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 września 2024 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 3048/24,

w którym argumentacja odwołującego została w całości uznana za zasadną. Stan faktyczny sprawy, w którym doszło do wydania przywołanego wyroku jest zbieżny z zastanym

w niniejszym postępowaniu. Dotyczy tego samego produktu. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała: Tym samym, w ocenie Izby, żądanie Zamawiającego opisane w Załączniku nr 1A do SWZ w zakresie pakietu 2, aby zestawy wkłady do strzykawkki automatycznej miały być dopuszczone wyłącznie przez producenta strzykawkki i potwierdzone dokumentami producenta, zgodnie ze specyfikacjami technicznymi zawartymi w Instrukcji Obsługi/Podręczniku użytkownika prowadzi do ewidentnego ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ, jak słusznie zauważa Odwołujący „Nie sposób bowiem uznać, że jakkolwiek inny podmiot, poza producentem oryginalnych części lub jego autoryzowany dystrybutor, był w stanie brać udział w postępowaniu”.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 PZP: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Opisanie przedmiotu zamówienia na materiały eksploatacyjne zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinno zapewniać dopuszczenie składania ofert, których przedmiotem są materiały eksploatacyjne wyprodukowane zarówno przez producenta urządzenia, jak i przez wytwórców alternatywnych, którzy oferują materiały równoważne (zamienniki) dla oryginalnych produktów, przez wytwórców alternatywnych materiałów eksploatacyjnych należy rozumieć krajowych i zagranicznych producentów nowych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń, którzy nie są jednocześnie producentami tych urządzeń. Podkreślić w tym miejscu należy, iż żądanie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych nie znajduje również uzasadnienia ze względu na uprawnienia wynikające

z gwarancji. Dokument ten jednak na żadnym etapie postępowania nie został udostępniony. Nawet w przypadku uznania, że przywołane zapisy pochodzą z dokumentu gwarancji urządzenia, wskazać należy w pierwszej kolejności, że odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji faktu, że zamawiający nie dochował należytej staranności formułując zapisy w postępowaniu dotyczącym zakupu urządzenia. Zamawiający jako podmiot profesjonalny mógł tak sformułować warunki przetargu, aby nie wprowadzić niekorzystnych dla siebie zapisów. Wykorzystanie bowiem części eksploatacyjnych innego producenta nie może i nie narusza umów gwarancyjnych sprzętu. Powyższe wynika z dyrektywy UE nr 93/13 CCE z dnia 5.04.1993 r. Producenci nie mogą w gwarancji zamieszczać zapisów, które wyłączają jego odpowiedzialność za sprawność sprzętu w wypadku stosowania zamienników. Podobne jest stanowisko doktryny wyrażone w komentarzach do art. 578 ustawy Kodeks cywilny. W zakresie obaw zamawiającego o utratę uprawnień z gwarancji wskazać należy,

że zgodnie z art. 578 Kodeksu Cywilnego: Jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących

w sprzedanej rzeczy. Zamawiający nie wskazał, aby gwarancja miała inną treść. Pomimo,

że art. 578 kc nie wskazuje na to *explicite* ani *implicite*, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że gwarant odpowiada za wady powstałe z przyczyn tkwiących w rzeczy sprzedanej w chwili jej wydania kupującemu (zob. uchwała SN z 10.07.2008 r., III CZP 62/08, OSNC 2009/7–8, poz. 106, z glosami M. Kalińskiego, PiP 2009/10, s. 131, oraz K Zagrobelnego, OSP 2010/12, poz. 126; wyrok SN z 27.04.2012 r., V CSK 166/11, LEX nr 1211176). Zamawiający nie wskazał również okresu trwania gwarancji.

Niezależnie od powyższego, nawet w przypadku utraty praw wynikających z gwarancji, zamawiającemu w dalszym ciągu przysługiwać będą roszczenia związane z tytułu niezgodności rzeczy sprzedanej z umów (art. 579 § 1 kc). Ponadto zamawiający zawsze dysponuje możliwością zastrzeżenia w umowie odpowiednich wymagań względem gwarancji na oferowane produkty, zabezpieczających uprawnienia zamawiającego w kwestii naprawy, czy też wymiany wadliwych produktów. Jednakże dążenie do nabycia produktu danego rodzaju nie może prowadzić do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych.

Zamawiający zapomina również o tym, że w przypadku, gdyby produkty dostarczone przez odwołującego rzeczywiście spowodowały szkodę majątkową w urządzeniu, czy też szkodę niemajątkową u pacjenta, to odwołujący

będzie ponosił za takie zdarzenia pełną odpowiedzialność. Użycie innych produktów aniżeli pochodzących od producenta urządzenia nie powoduje zatem, że zamawiający jest pozbawiony jakiegokolwiek ochrony prawnej. Wynika to wprost z przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1) odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 105 pzp, art. 106 ust. 3 pzp i art. 16 ust. 1 pkt. 1 pzp oraz art. 99 ust. 4 i 5 pzp na podstawie art. 528 pkt. 3) pzp tj. jako odwołania wniesionego w części dotyczącej w/w zarzutów po terminie.

2) oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów oraz alternatywnie w przypadku nie podzielenia stanowiska zamawiającego w zakresie podstaw odrzucenia odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 105 pzp, art. 106 ust. 3 pzp i art. 16 ust. 1 pkt. 1 pzp oraz art. 99 ust. 4 i 5 pzp o oddalenie odwołania w całości.

3) zasądzenie kosztów zastępstwa zgodnie z załączoną do przedmiotowego pisma umową o zastępstwo procesowe. Jednocześnie odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów:

1) z akt przedmiotowego postępowania w szczególności:

a) wyjaśnień z 24.10.2024 r., odpowiedzi na pytanie do pakietu 11, w której zamawiający odmówił dopuszczenia zamienników do stosowania w systemie automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR;

b) protokołu z 25.09.2024 r. wraz z kartą gwarancyjną dla posiadanego przez zamawiającego systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR firmy BRACCO IMAGING Polska sp. z o.o.,

- na okoliczność, iż odwołanie jest spóźnione oraz zastosowanie innych niż oryginalne strzykawkki jednorazowe do w/w systemu oznaczałoby utratę gwarancji przez zamawiającego do posiadanego systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR firmy BRACCO IMAGING Polska sp. z o.o.

2) podręcznika użytkownika Systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR

- na okoliczność, iż zastosowanie innych niż oryginalne strzykawkki jednorazowe do w/w systemu oznaczałoby utratę gwarancji przez zamawiającego do posiadanego systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR firmy BRACCO IMAGING Polska sp. z o.o.

Zgodnie z kartą gwarancyjną wystawioną przez firmę BRACCO IMAGING Polska sp. z o.o. dla systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR:

a) pkt. 13 tiret drugi gwarancją nie są objęte uszkodzenia wynikające ze stosowania materiałów eksploatacyjnych, innych niż opisanych w instrukcji obsługi tj. materiałów eksploatacyjnych które nie zostały przetestowane z użytkowanym urządzeniem oraz nie zostały zaaprobowane przez producenta urządzenia;

b) pkt. 14 utrata gwarancji: W przypadku stwierdzenia stosowania jakichkolwiek materiałów eksploatacyjnych innych niż opisanych w instrukcji obsługi tj. materiałów eksploatacyjnych które nie zostały przetestowane z użytkowanym urządzeniem oraz nie zostały zaaprobowane przez producenta urządzenia Użytkownik traci gwarancję na urządzenie. Ponadto w takich przypadkach Producent nie bierze odpowiedzialności za ewentualne incydenty medyczne wynikłe przy stosowaniu materiałów eksploatacyjnych innych niż opisanych w instrukcji obsługi tj. materiałów eksploatacyjnych, które nie zostały przetestowane z użytkowanym urządzeniem oraz nie zostały zaaprobowane przez producenta urządzenia

Dodatkowo w podręczniku użytkownika Systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR zostało wskazane:

1) str. 7 instrukcji obsługi urządzenia: Udowodniono, że system iniektora EmpowerMR® działa prawidłowo z materiałami dostarczonymi przez firmę Bracco Injengineering S.A. Aby zapobiec ryzyku powstania niezgodności i awarii sprzętu podczas zabiegów, należy używać wyłącznie strzykawkki i drenów łączących dostarczanych bezpośrednio przez firmę Bracco Injengineering S.A. lub jej autoryzowanych dostawców.

2) str. 125 instrukcji obsługi: Nabywca traci uprawnienia z tytułu niniejszej gwarancji, jeśli produkt:

a) został naprawiony przez inny podmiot niż firma Bracco Injengineering S.A. lub jej autoryzowany przedstawiciel;

b) został zmodyfikowany w sposób, który zdaniem firmy Bracco Injengineering S.A. ma wpływ na jego funkcjonowanie;

c) był niewłaściwie użytkowany lub

d) został uszkodzony z powodu zaniedbania, wypadku lub celowo, włączając uszkodzenia spowodowane przez środek kontrastowy lub inne substancje.

Mając na uwadze powyższe ograniczenia wynikające z treści załączonych dokumentów Komisja przetargowa dokonała zmiany w pkt. 11 załącznika nr 2 formularza asortymentowo-cenowego wprowadziła zapis, iż zgodnie z wymaganiami obowiązującej gwarancji producenta zamawiający nie dopuszcza zamienników.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 5 i art. 16 ust. 1 pzp, art. 105 i 106 ust. 3 pzp oraz art. 99 ust. 4 i 5 pzp wskazać należy, iż dotyczą one w istocie swej treści SWZ i zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 11.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 pzp przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych

z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Ustawodawca nie wskazał zamkniętego katalogu przedmiotowych środków dowodowych. Muszą jednak zostać one wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 106 ust. 1 p.z.p.); być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz związane z jego przedmiotem (art. 106 ust. 2 p.z.p.); nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 106 ust. 3 p.z.p.).

Mając na uwadze powyższe reguły zamawiający udzielając wyjaśnień z 24.10.202r. wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zaawansowany sprzęt jednorazowy wykorzystywany w procesie leczenia i diagnostyki pacjentów, a w świetle złożonych

w załączeniu oświadczeń Producenta nie jest możliwe, z zachowaniem wymaganego prawem bezpieczeństwa pacjentów, użytkowanie urządzeń z wykorzystaniem materiałów zamiennych innych producentów, zatem w tym przypadku, przy tak określonym przedmiocie zamówienia, dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych, wobec czego zamawiający wymaga od wykonawców dostarczania materiałów eksploatacyjnych dopuszczonych przez producenta. Dodatkowo zamawiający w treści dokumentacji przetargowej załączył dokumenty – karta gwarancyjna firmy BRACCO IMAGING Polska sp. z o.o. dla systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR, dla którego był nabywany zestaw strzykawk jednorazowych w pakiecie nr 11 oraz posiada instrukcję użytkownika w/w systemu wstrzykiwania potwierdzające, iż zastosowanie materiałów eksploatacyjnych nie zatwierdzonych i niedostarczonych przez producenta lub jego autoryzowanych dostawców będzie powodować utratę gwarancji na posiadany przez zamawiającego system automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR. W świetle powyższych uwarunkowań wynikających z treści gwarancji producenta żądanie przez zamawiającego jako przedmiotowego środka dowodowego potwierdzenia przez producenta o dopuszczeniu oferowanych przez wykonawcę zamienników mieściło się w ramach zawartych w art. 106,

w szczególności art. 106 ust.3 pzp i wymaganiach wynikających z art. 16 ust. 1 pkt. 1 pzp. Przy wykazanych przez zamawiającego ograniczeniach związanych z warunkami udzielonej gwarancji producenta żądanie w/w przedmiotowego środka dowodowego nie miało wpływu ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy,

iż w nadal aktualnym orzeczeniu KIO z dnia 6.12.2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Proporcjonalność w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie żądanie zamawiającego miało swoje obiektywne uzasadnienie, bowiem miało na celu ochronę zamawiającego przed utratą gwarancji producenta i przed wyłączeniem się producenta od odpowiedzialności za ewentualny incydent medyczny wynikający z użycia systemu automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR zawierającego zamienniki nie zatwierdzone przez producenta.

Odwolujący oprócz własnego oświadczenia nie przedstawił żadnego dokumentu/dowodu wskazującego, iż zastosowanie zamienników w w/w systemie nie narazi zamawiającego na utratę gwarancji czy nie spowoduje powstania odpowiedzialności za zaistnienie incydentu medycznego w związku z zastosowaniem zamienników zamiast oryginalnych akcesoriów

w w/w automatycznym systemie do wstrzykiwania kontrastów. Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż wystąpił do producenta o potwierdzenie,

że zaoferowane przez niego zamienniki mogą być stosowane w w/w systemie i nie spowodują utraty gwarancji. Tym samym za nieudowodnione należy uznać twierdzenia odwołującego,

że nie był w stanie uzyskać takiego oświadczenia od producenta.

Powołane zarzuty naruszenia art. 105, 106 ust. 3 pzp i art. 16 ust. 1 pkt. 1 pzp oraz art. 99 ust. 4 i 5 pzp w istocie swej dotyczą zapisów treści SWZ i ogłoszenia, tym samym odwołujący powinien był wnieść odwołanie, którego przedmiotem byłoby naruszenie w/w przepisów

w terminie wskazanym w art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp.

Nawet gdyby, przyjmując, że wobec odmowy wyrażenia zgody na zmianę SWZ zawartą

w wyjaśnieniach z 24.10.2024r., odwołującemu przysługiwało odwołanie to mógł je wnieść zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt.

1) lit. a pzp.

Odwolujący w żadnym z w/w terminów nie zaskarżył zapisów ogłoszenia, SWZ czy wyjaśnień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do zestawu strzykawk, ale również w zakresie żądanych przedmiotowych środków dowodowych.

Wobec powyższego odwołanie powinno zostać w zakresie w/w zarzutów odrzucone zgodnie z art. 528 pkt. 3) pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrala Farmaceutyczne Cefarm S.A. z siedzibą w Warszawie, zamawiający wskazuje, iż w kontekście szczegółowego wyjaśnienia zawartego powyżej wskazać należy, iż nie doszło do naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zamawiający w zakresie pakietu nr 11 wymagał złożenia oferty na zestaw strzykawk jednorazowych przeznaczonych do współpracy z systemem automatycznego wtryskiwacza kontrastu EZEM Empower MR, o wymaganych w tym pakiecie parametrach technicznych – załącznik nr 2 formularz asortymentowo-cenowy pkt 11. Jednocześnie w opisie zamawiający wskazał, iż zgodnie z wymaganiami obowiązującej gwarancji producenta zamawiający nie dopuszcza zamienników.

Odwołujący 15 października 2024 r. złożył wniosek o zmianę w pakiecie nr 11 składu zestawu strzykawk jednorazowych na zestawy równoważne oraz wezwał w drugim piśmie z 15 października 2024 r. o zmianę zapisów pakietu nr 11 zarzucając w nim naruszenie art. 106 ust. 3 pzp i art. 16 ust. 1 pzp, przez wprowadzenie zapisów ograniczających konkurencję przez niedopuszczenie zamienników, które są równoważne do oryginalnego zestawu strzykawk jednorazowych.

Zamawiający w wyjaśnieniach z 22 października 2024 r. w odpowiedzi na pytanie dotyczące pakietu nr 11 nie wyraził zgody na wnioskowaną przez odwołującego zmianę zapisów polegającą na niedopuszczeniu zamienników.

Odwołujący nie wniósł odwołania na powyższą czynność zamawiającego i złożył ofertę w pakiecie nr 11, w której zaoferował zestawy strzykawk, które stanowią niedopuszczone przez zamawiającego zamienniki.

Zamawiający 16 stycznia 2025 r., w rozstrzygnięciu postępowania, odrzucił w pakiecie 11 ofertę odwołującego jako niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia – art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego sprawy, treścią oferty odwołującego był produkt, który jest niezgodny z warunkami zamówienia opisanymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania oraz potwierdzonymi odpowiedziami zamawiającego na pytania wykonawcy. Niezgodność oferty odwołującego z warunkami zamówienia polegała na zaoferowaniu zamiennika wobec produktu, który zamawiał zamawiający.

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego potwierdził, że przedmiotem jego oferty, w zakresie pakietu 11 był zamiennik – okoliczność bezsporna. Jednakże odwołujący swoje stanowisko wywodził z innych okoliczności, w szczególności dotyczących możliwości zaoferowania produktu równoważnego, który posiada odpowiednie zaświadczenia i certyfikaty i jest dopuszczony do obrotu.

Izba stoi na stanowisku, że odwołanie *de facto* dotyczy postanowień SWZ w jej pierwotnym i obowiązującym na dzień składania ofert brzmieniu. Skoro bowiem odwołujący już na etapie publikacji ogłoszenia i dokumentów zamówienia zidentyfikował wadliwość tej dokumentacji związaną z opisem przedmiotu zamówienia, czego potwierdzeniem są pytania

do zamawiającego, to w odpowiednim, zgodnym z ustawą Pzp terminie powinien taką czynność zamawiającego zaskarżyć – wnieść odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro jednak odwołujący godził się z treścią SWZ opracowaną przez zamawiającego i miał świadomość, a przynajmniej mógł taką okoliczność przewidywać, że treść oferty może zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, to nie może dziwić, że na etapie badania i oceny ofert zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Argumentacja odwołującego powołująca się określony stan faktyczny z przytoczeniem odpowiednich przepisów prawa oraz orzecznictwa i stanowiska doktryny powinna, zdaniem Izby, znaleźć swoje odzwierciedlenie w ewentualnym odwołaniu na treść dokumentów zamówienia. Podnoszenie powyższych na etapie badania i oceny ofert musi zostać uznane za spóźnione.

Okoliczności, na które wskazywał odwołujący, w powołaniu w szczególności na wyrok Izby z 17 września 2024 roku, o sygn. akt KIO 3048/24 nie mogły w ocenie Izby stanowić podstawy do uznania argumentacji odwołującego za zasadną. Wskazany wyrok dotyczył bowiem nieco odmiennej sytuacji, stan faktyczny był inny niż w przypadku przedmiotowego postępowania, gdyż w ww. sprawie zamawiający nie zastrzegł jednoznacznie i wyraźnie, że w zakresie przedmiotu zamówienia nie dopuszcza zamienników. W omawianej sprawie przedmiotem rozstrzygnięcia były kwestie związane z przedmiotowymi środkami dowodowymi, ponadto w tym postępowaniu zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, czyli odmiennie niż w rozstrzyganej sprawie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa i uzasadniona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....