Sygn. akt: KIO 336/25

WYROK
z dnia 25 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 stycznia 2025 roku** przez wykonawcę **SINMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Przyszowicach (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny**
Nr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie
przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego:** wykonawcy **ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 44 zamówienia, a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego w tym pakiecie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z niepotwierdzeniem wymogu SWZ zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną przez oferowany produkt,
2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - SINMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach i Zamawiającego - Uniwersytecki Szpital KlinicznyNr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinie** w następujący sposób**:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę **414 zł 00 gr** (słownie: czterystu czternastu złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem kosztów dojazdu oraz kwotę **34,00 zł** (słownie: trzydziestu czterech złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw;
3.2.zasądza od **Zamawiającego** – **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Nr 4**
w Lublinie z siedzibą w Lublinie na rzecz **Odwołującego - SINMED Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach** kwotę **7 276,00 zł 00gr** (słownie: siedmiu tysięcy dwustu siedemdziesięciu sześciu złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione część kosztów Strony poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu.

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:
……

KIO 336/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie z siedzibą w Lublinieprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „DOSTAWA OBŁOŻEŃ OPERACYJNYCH - 49 ZADAŃ". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pc numerem: 374876-2024 z dnia 25.06.2024 r.

Dnia 30 stycznia 2025 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca SINMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przyszowicach, dalej jako „Odwołujący".

Odwołujący uzyskał zawiadomienie o wynikach postepowania w dniu 22.01.2025 r. Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania do Zamawiającego. Odwołanie dotyczy

zadania nr 44 - Koc ogrzewający pacjenta.

Odwołujący wskazał, że interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający wadliwie oraz z naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru
w ramach pakietu nr 44 oferty wykonawcy ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. kjako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert, nie wybrałby oferty wykonawcy ZARYS jako najkorzystniejszej, lecz odrzuciłby ją. Wówczas to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem jako jedyna w ramach zadania nr 44 nie podlega odrzuceniu.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego - Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, prawidłowego jego wykonania, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia. Wobec tego należy uznać, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia:
1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZARYS, mimo że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim zaoferowany przez niego w zadaniu nr 44 koc ogrzewający pacjenta o nr katalogowym BT-TOP-12P nie spełnia warunku zamówienia dotyczącego zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną oraz nie spełnia warunku zamówienia dotyczącego rozmiaru 210-220x110-120 cm - czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. odrzucenia oferty wykonawcy ZARYS;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że przedmiotem zamówienia jest dostawa obłożeń operacyjnych w 49 zadaniach w asortymentach szczegółowo wyspecyfikowanych w załącznikach od 1.1 do 1.49 do SWZ. W przypadku zadania nr 44 przedmiotem zamówienia jest dostawa koca ogrzewającego pacjenta zgodnie z treścią załącznika nr 1.44 do SWZ.

W ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający sformułował m.in. warunki zamówienia, że koc ogrzewający pacjenta ma mieć wymiary 210-220x110-120 cm oraz że ma być wyrobem medyczny zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną.

W rozdziale 5 lit. A pkt 6 ppkt 6.1. SWZ Zamawiający wskazał, iż wraz z ofertą należało złożyć przedmiotowe środki dowodowe w postaci ulotek lub fragmentów katalogów proponowanego asortymentu - w celu potwierdzenia, oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że te przedmiotowe środki dowodowe nie mogą zawierać informacji sprzecznych z cechami wymienionymi w Załącznikach 1.1 — 1. 49 do SWZ.

Zamawiający zaznaczył w SWZ, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych o których mowa w pkt. 6.1) i/lub 6.2 i/lub i/lub 6.3 — lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (przypominamy, iż złożenie błędnych ulotek, kart katalogowych nie będzie „poprawione" w drodze w/w wezwania).

W toku postępowania wykonawcy w ramach wyjaśnień treści SWZ wnosili
o odstąpienie przez Zamawiającego w ramach zadania nr 44 od wymogu zgodności koca ogrzewającego pacjenta z normą 13795+A1:2013. Zamawiający w ramach wyjaśnień SWZ
z dnia 9.08.2024 r. w odpowiedziach na pytania nr 1, 177 oraz 242 razem odpowiadał, że nie odstępuje od wymogu.

W ramach zadania nr 44 oferty złożyli:
- Odwołujący
- wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. (dalej jako „wykonawca Zarys").

Wykonawca Zarys zaoferował koc ogrzewający pacjenta swojej produkcji o nr katalogowym BT-TOP12P w liczbie 50 000 sztuk. W ramach formularza ofertowego wykonawca Zarys oświadczył, że zaoferowany koc ogrzewający pacjenta o nr katalogowym BT-TOP-12P spełnia wymogi normy 13795+A1:2013.

Wraz z ofertą wykonawca Zarys jako przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w rozdziale 5 lit. A pkt 6 ppkt 6.1. SWZ złożył kartę techniczną koca ogrzewającego pacjenta o nr katalogowym BT-TOP12P.

Z tej karty technicznej wynikało, iż zaoferowany koc nie spełnia warunku zamówienia
w zakresie zgodności z normą 13795+A1:2013 (ani normą równoważną) oraz wymiarów 210-220x110-120 cm. W karcie technicznej wskazano, że normy w ogóle nie mają zastosowania, zaś w zakresie rozmiarów wskazano przy rozmiarze 210 cm x 110 cm na tolerancję w zakresie ± 2cm, a zatem na możliwość dostarczenia koca o rozmiarach 208 cm x 108 cm.

Pismem z dna 3.09.2024 r. Odwołujący zawiadomił Zamawiającego, iż zaoferowany przez wykonawcę Zarys produkt o numerze katalogowym BT-TOP-12P nie jest zgodny z wyżej wskazaną normą 13795+A1:2013.

Zamawiający pismem z dnia 6.09.2024 r. wezwał wykonawcę Zarys w trybie art. 233 ust. 1 Pzp do odniesienia się do twierdzeń Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 3.09.2024 r.

W ramach wyjaśnień z dnia 11.09.2024 r. wykonawca Zarys wskazał, że w przypadku zaoferowanego koca przeprowadził badania na zgodność z normą 13795+A1:2013: *„ZARYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu przy ul. Pod Borem 18 działając jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 06.09.2024r. w zakresie zadania nr 44 wyjaśnia, że firma Sinmed jest w błędzie pisząc, iż nasz koc ogrzewający nie jest zgodny z normą 13795+A1:2013. Wychodząc naprzeciw wymaganiom rynkowym firma ZRYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa przeprowadziła badania na zgodność z w/w normą. W związku z czym spełniamy wymagania Zamawiającego"*

Następnie Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 9.12.2024 r. (a opublikowanym w dniu 11.12.2024 r.) poinformował o wyborze oferty wykonawcy Zarys w ramach zadania nr 44 jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

W związku z powyższym Odwołujący pismem z dnia 12.12.2024 r. zawiadomił Zamawiającego, iż wybór oferty wykonawcy Zarys jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowy. Wskazał on m.in, iż wykonawca Zarys w ramach wyjaśnień z dnia poinformował jedynie, że przeprowadził badania na zgodność z normą 13795+A1:2013, a nie że badania potwierdziły, że koc jest zgodny z tą normą. Ponadto wskazał na okoliczność, że treści karty technicznej w wierszu *„mające zastosowanie aktualne normy"* wskazano *„brak norm technicznych".* Dodatkowo wskazał m.in., że wymagano zaoferowania koca ogrzewającego o wymiarach 210-220 x 110-120 cm, podczas gdy z karty technicznej koca wynika, że zaoferowany przez nią produkt posiada w zakresie wymiarów tolerancję +1- 2 cm, co jest niezgodne z wymogami Zamawiającego, gdyż w istocie może on posiadać wymiary 208-212 cm x 108-112 cm, a zatem również wymiary krótsze od wymaganych przez Zamawiającego, czyli 208 cm x 108 cm.

W dniu 19.12.2024 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty wykonawcy Zarys jako najkorzystniejszej. Następnie pismem z dnia 19.12.2024 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Zarys w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wezwał do potwierdzenia, iż oferowany asortyment jest wyrobem medycznym zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną. Jednocześnie Zamawiający wezwał do potwierdzenia, że wykonawca Zarys w trakcie realizacji umowy będzie dostarczał produkty o wymaganych w SWZ wymiarach: 210-220 x 110-120 cm bez względu na zapis o tolerancji +/- 2cm w karcie technicznej produktu.

Pismem z dnia 20.12.2024 r. wykonawca Zarys wyjaśnił, iż zaoferowany koc jest zgodny z normą 13795+A1:2013 lub równoważną (aktualna norma 13795+A1:2019) oraz że będzie dostarczać koce o wymiarach cm: *„ZARYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu przy ul. Pod Borem 18 działając jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19.12.2024r. dotyczące zadania nr 44 potwierdza, że oferowany asortyment jest wyrobem medycznym zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub równoważną (aktualna norma 13795+A1:2019). Ponadto potwierdzamy, iż w trakcie realizacji umowy będziemy dostarczać produkty o wymaganych przez Zamawiającego w SWZ wymiarach tj. 210x110 cm"*,

W dniu 22.01.2025 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty wykonawcy Zarys jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

<u>Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZARYS, mimo że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia</u>

Zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Zarys na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Treść oferty tego wykonawcy pozostaje sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim zaoferowany przez niego w zadaniu nr 44 koc ogrzewający pacjenta o nr katalogowym BT-TOP12P:

- nie spełnia warunku zamówienia dotyczącego zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną oraz
- nie spełnia warunku zamówienia dotyczącego rozmiaru 210-220 x 110-120 cm

Niezgodność zaoferowanego przez wykonawcę Zarys koca ogrzewającego pacjenta z warunkami zamówienia wynika z treści złożonego przez niego przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty technicznej tego wyrobu.

Co do kwestii zgodności koca ogrzewającego pacjenta o nr katalogowym BT-TOP-12P z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną w karcie technicznej w wierszu *„mające zastosowanie aktualne normy"* wskazano *„brak norm technicznych"* oraz w wierszu *„norma"* wskazano *„nie dotyczy":*

Co istotne, w przypadku innych kart technicznych złożonych przez wykonawcę Zarys w postępowaniu w zakresie produktów przez niego wytwarzanych - jeśli zaoferowany wyrób był zgodny z normami - w wierszach „mające zastosowanie aktualne normy" oraz „norma" wskazano takie normy. Przykładowo w przypadku złożonej przez wykonawcę Zarys karty technicznej dotyczącej zestawu serwet do ablacji nr I-IF zaoferowanego w innym zadaniu, którego producentem jest również wykonawca Zarys — w wierszu „mające zastosowanie aktualne normy" wskazano na normę EN 137951, zaś w wierszu „norma" wskazano „EN ISO 11137":

Jednocześnie w odniesieniu do zaoferowanego koca ogrzewającego pacjenta o nr katalogowym BTTOP-12P w toku postępowania wykonawca Zarys nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, z których by wynikało zaprzeczenie zawartym w karcie technicznej informacjom o niezgodności tego asortymentu z normą 13795+A1:2013 czy normą równoważną. W szczególności złożone przez wykonawcę Zarys wyjaśnienia treści oferty z dnia 11.09.2024 r. oraz 20.12.2024 r. zawierają jedynie gołosłowne oświadczenia w odniesieniu do tej zgodności.

W ramach wyjaśnień z dnia 11.09.2024 r. wykonawca Zarys oświadczył jedynie, iż „przeprowadził badania na zgodność z w/w normą". Niezależnie od tego, że oświadczenie to nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami (chociażby raportem z tych badań), to zwrócić uwagę należy, że oświadczenie wykonawcy Zarys dotyczy jedynie przeprowadzenia badania, nie jest znany wynik tego badania. Nie wynika z niego potwierdzenie, że koc jest zgodny z normą 13795+A1:2013.

Z kolei w ramach wyjaśnień z dnia 20.12.2024 r. wykonawca Zarys przedstawił twierdzenia, iż zaoferowany koc „jest wyrobem medycznym zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub równoważną (aktualna norma 13795+A:2019)". Oświadczenie to nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami. Jednocześnie oświadczenia te stanowią zmianę treści oferty, jako że pkt 10 formularza ofertowego wykonawca Zarys oświadczył, iż zaoferowany przez niego koc jest zgodny z normą 13795+A1:2013 a nie normą równoważną czy normą 13795+A1:2019.

W takich okolicznościach Zamawiający całkowicie bezpodstawnie - a w szczególności wbrew treści złożonej przez wykonawcę Zarys karty technicznej - uznał, iż treść oferty tego wykonawcy pozostaje zgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganej zgodności koca ogrzewającego pacjenta z normą 13795+A1:2013 czy normą równoważną.

Z kolei w przypadku rozmiarów zaoferowanego koca ogrzewającego pacjenta w złożonej przez wykonawcę Zarys karcie technicznej w wierszu „opis kluczowych elementów funkcjonalnych" wskazano na rozmiary - długość 210 cm oraz szerokość 100 cm, lecz jednocześnie w kolumnie „tolerancja [cm]" wskazano, wartość „2":

Natomiast Zamawiający wymagał zaoferowania koca ogrzewającego o wymiarach mieszczących się w zakresie 210-220 x 110-120 cm. Z karty technicznej wynika, że zaoferowany koc - z uwagi na podaną tolerancję w rozmiarach - może posiadać wymiary 208-212 cm x 108-112 cm, a zatem również wymiary mniejsze od wymaganych przez Zamawiającego w zakresie długości oraz szerokości, a w szczególności 208 cm x 108 cm (podczas gdy wymagano minimalnie 210 cm x 110 cm).

W ramach wyjaśnień z dnia 20.12.2024 r. wykonawca Zarys przedstawił twierdzenia, iż *„w trakcie realizacji umowy będzie dostarczać produkty o wymaganych przez Zamawiającego w SWZ wymiarach 5. 210x110 cm".* Przy czym oświadczenie to pozostaje całkowicie gołosłowne. Wykonawca w szczególności nie wyjaśnił ani nie udowodnił jak w przypadku zaoferowanych 50 000 sztuk koców zamierza zapewnić, iż każdy koc będzie legitymował się wymiarami dokładnie 210 cm x 110 cm, skoro w karcie katalogowej sam zastrzegł tolerancje wymiarów na poziomie ± 2 cm.

W takich okolicznościach Zamawiający całkowicie bezpodstawnie - a w szczególności wbrew treści złożonej przez wykonawcę Zarys karty technicznej - uznał, iż treść oferty tego wykonawcy pozostaje zgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego rozmiaru koca w zakresie 210-220 x 110-120 cm.

Jednocześnie w okolicznościach postępowania brak jest możliwości wezwania wykonawcy Zarys przez Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty technicznej.

Zamawiający przewidział w SWZ możliwość zastosowania art. 107 ust. 2 Pzp. Przy czym w okolicznościach sprawy wezwanie do uzupełnienia z tego przepisu nie może znaleźć zastosowania, jako że wykonawca Zarys złożył przedmiotowy środek dowodowy (kartę techniczną koca ogrzewającego pacjenta o nr katalogowym BT-TOP-12P), który jest kompletny oraz z którego wynika zaprzeczenie, że zaoferowany koc jest zgodny z warunkami zamówienia. W takiej sytuacji przepis art. 107 ust. 2 nie znajduje zastosowania. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten nie może być zastosowany, jeśli ze złożonych przedmiotowych środków dowodowych wynika zaprzeczenie spełnienia wymaganego parametru oraz gdy nie wynika z nich wprost potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.07.2022 r., sygn. akt KIO 1663/22; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.08.2022 r., sygn. akt KIO/KD 24/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.05.2022 r., sygn. akt KIO 1050/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.02.2022 r., sygn. akt KIO 338/22).

Wykonawca Zarys - w celu potwierdzenia, że oferowany przez niego koc ogrzewający pacjenta spełnia wymagania

określone w OPZ - złożył przedmiotowe środki dowodowe.
Były one kompletne oraz wynikało z nich wprost, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań w zakresie zgodności z normą 13795+A1 :2013 lub normą równoważną oraz w zakresie rozmiarów 210-220 x 110-120 cm. W takich okolicznościach sprawy nie ma możliwości zastosowania art. 107 ust. 2 Pzp, bowiem nie są spełnione przesłanki zastosowania tego przepisu.

W konsekwencji, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Zarys, jako że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną oraz w zakresie rozmiarów 210-220 x 110-120 cm. Zaniechanie odrzucenia tej oferty w takich warunkach stanowi naruszenie art. 225 ust. 1 pkt 5 Pzp. Konsekwencja powyższych nieprawidłowości jest wybór oferty wykonawcy Zarys jako najkorzystniejszej, mimo że podlega ona odrzuceniu. Stanowi to naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp. To oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na względzie powyższe, wniesienie odwołania Odwołujący uważa za zasadne
i konieczne. Odwołujący wnosił o jego uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu
i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Brak wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a także zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy godzi
w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia
i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli następujący wykonawca ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrzu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający i Przystępujący złożyli pisemne stanowiska procesowe, w których wnosili
o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 5.6 SWZ Wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe pod postacią:
6.1) ulotki lub fragmenty katalogów proponowanego asortymentu podanego dla tych zadań - w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego – nie zawierające informacji sprzecznych niż cechy wymienione w tych Załącznikach 1.1 – 1. 49 ***);
6.2) próbki przedmiotu zamówienia zgodnie ze szczegółowym opisem w Załącznikach 1.1- 1.49 do SWZ w sterylnych opakowaniach, z co najmniej 3-miesięcznym terminem ważności – w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego (w ilości wskazanej w poszczególnych załącznikach);
6.3) w zakresie zadania nr 24 - Pozytywna opinia Centrum Zdrowia Dziecka dla zestawu dla noworodka ***)

Wskazane próbki, które Wykonawca zamierzał złożyć w terminie składania ofert należało umieścić w kopercie/opakowaniu i zabezpieczyć w sposób uniemożliwiający zapoznanie się
z jej zawartością bez naruszenia zabezpieczeń przed upływem terminu otwarcia ofert.

***) Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 6.1) i/lub 6.2 i/lub i/lub 6.3 – lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (przypominamy, iż złożenie błędnych ulotek, kart katalogowych nie będzie „poprawione"
w drodze w/w wezwania).

Próbki – ze względu na konieczność ich wykorzystania przy testach i zanieczyszczenie materiałem biologicznym – nie podlegają zwrotowi.

Dla zadania 44 Zamawiający zamieścił następujący opis przedmiotu zamówienia: Koc ogrzewający jednorazowego użytku o wymiarach 210-220x110-120 cm; warstwa zewnętrzna - włóknina o gramaturze min. 22g/m2,warstwa wewnętrzna - poliester o gramaturze min. 60g/m2, z przeszyciami na całej powierzchni, zapobiegającymi przemieszczaniu się elementów poszczególnych warstw; wykonany techniką przeszyć ultradźwiękowych, wyrób medyczny zgodny z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną; możliwość podgrzewania w cieplarce do temp. 50 stopni Celsjusza.

W ramach pakietu 44 oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący złożył wraz z ofertą kartę techniczną

wyrobu medycznego dla wyrobu BETAtex Termiczne okrycie pacjenta wystawioną w dacie 2021-05-26, zmienioną dnia 2024-04-23. Z dokumentu wynika, że wyrób jest dostępny w następujących rozmiarach 110x120cm; 110x210cm, 150x210cm.

W punkcie Opis kluczowych elementów funkcjonalnych podano, że wymiary mają tolerancję +/- 2cm; a w punkcie Mające zastosowanie normy wskazano „nie dotyczy".

6 września 2025 Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprosił Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zadania nr 44. Proszono o odniesienie się do pisma z dnia 03.09.2024 r. złożonego przez firmę Sinmed Sp. z o.o. dotyczącego niespełniania warunków SWZ w zakresie zadania nr 44.

Z pisma złożonego przez Odwołującego do Zamawiającego wynikało, że*„W Zadaniu 44 Zamawiający wymagał zaoferowania KOCA OGRZEWAJĄCEGO PACJENTA spełniającego m.in. wymóg „wyrób medyczny zgodny z norm 13795+A1:2013". Tymczasem zaoferowany przez firmę Zarys produkt o numerze katalogowym BT-TOP-12P nie jest zgodny z wyżej wskazaną normą.*

Z przedstawionych powyżej faktów jasno wynika, że oferta Wykonawcy Zarys w zakresie Zadania 44 jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, co powinno skutkować jej odrzuceniem".

W odpowiedzi na wezwanie w zakresie zadania nr 44 Przystępujący wyjaśnił, że firma Sinmed jest w błędzie pisząc, iż nasz koc ogrzewający nie jest zgodny z normą 13795+A1:2013. Wychodząc naprzeciw wymaganiom rynkowym firma ZARYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa przeprowadziła badania na zgodność z w/w normą. W związku z czym produkt spełnia wymagania Zamawiającego.

W dniu 12 grudnia 2024 roku Odwołujący ponownie złożył pismo do Zamawiającego wskazując, że po pierwsze, firma Zarys poinformowała jedynie, że przeprowadziła badania, natomiast nie określiła wprost, że z badań wynika, iż zaoferowany przez nią produkt jest zgodny z normą.

Po drugie, w złożonej przez firmę Zarys wraz z ofertą karcie technicznej wyrobu medycznego, w polu *„mające zastosowanie aktualne normy*" wskazano „***brak norm technicznych***", wobec czego przedmiotowy środek dowodowy jasno wskazuje, że wyrób nie jest zgodny z normą, a co za tym idzie, nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego. Dodatkowo, wynika z tego również, że firma Zarys świadomie próbuje wprowadzić w błąd Zamawiającego, gdyż przedstawione przez nią wyjaśnienia stoją
w sprzeczności z kartą techniczną wyrobu.

Po trzecie, Zamawiający wymagał zaoferowania koca ogrzewającego o wymiarach 210-220 x 110-120 cm. Tymczasem z karty technicznej wyrobu medycznego złożonej przez firmę Zarys wynika, że zaoferowany przez nią produkt posiada tolerancję +/- 2 cm, co jest niezgodne z wymogami Zamawiającego, gdyż w istocie może on posiadać wymiary 208-212 cm x 108-112 cm, a zatem również wymiary krótsze od wymaganych przez Zamawiającego, czyli 208 cm x 108 cm. W świetle powyższego firma Zarys zaoferowała produkt o innych wymiarach niż określone przez Zamawiającego.

19 grudnia 2024 roku Zamawiający anulował dokonanie wyboru w pakiecie 44, jednocześnie Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do potwierdzenia, iż przedmiot oferowany w pakiecie 44 jest wyrobem medycznym, zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że w trakcie realizacji umowy firmą zobowiązana będzie dostarczać produktu o wymaganych przez Zamawiającego wymiarach, tj. 210-220x110-120 bez względu na zapisy o tolerancji +/- 2 cm w karcie katalogowej produktu.

Składając wyjaśnienie Przystępujący potwierdził, że*„oferowany asortyment jest wyrobem medycznym zgodnym z normą 13795+A1:2013 lub równoważną (aktualna norma 13795+A1:2019). Ponadto potwierdzamy, iż w trakcie realizacji umowy będziemy dostarczać produkty o wymaganych przez Zamawiającego w SWZ wymiarach tj. 210x110 cm."*

Ostatecznie Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a czynność ta została zaskarżona odwołaniem.

Biorąc ustalone okoliczności pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie, a w pozostałej części podlegało oddaleniu.

Na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
w związku z niepotwierdzeniem wymogu SWZ zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną przez oferowany produkt.

Zamawiający wymagał w ramach przedmiotowych środków dowodowych potwierdzenia przez ulotki lub fragmenty katalogów proponowanego asortymentu, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Dokumenty te nie mogły zawierać informacji sprzecznych niż cechy wymienione w tych Załącznikach 1.1 – 1. 49 opisu przedmiotu zamówienia.

Z karty technicznej dla oferowanego przez Przystępującego koca wynika z rubryki*„mające zastosowanie aktualne normy"*, że brak jest norm technicznych, zaś w rubryce *„jednostka notyfikująca"* wpisano *„nie dotyczy".* Jednocześnie

Wykonawca złożył ogólne oświadczenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału, a oferowany przedmiot spełnia wymogi SWZ.

Wykonawca wezwany do wyjaśnień przez Zamawiającego oświadczył, że w związku z wymaganiami niektórych zamawiających przeprowadził badania przedmiotu oferowanego na zgodność z wymaganą normą.

Jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, czemu nie przeczyli Odwołujący i Przystępujący, przyczyną wprowadzenia określonego dla koca termicznego wymogu był fakt używania materiałów na salach operacyjnych i Zamawiający chciał, by koc spełniał wymogi normy dotyczące niepylenia. Nie było także sporne, że co do zasady koc jako nie będący wyrobem medycznym nie musi przechodzić badań na zgodność z wymogami normy 13795+A1:2013.

Biorąc pod uwagę, że oświadczenie Przystępującego o spełnianiu wymogów z SWZ nie było zbieżne z treścią złożonego przedmiotowego środka dowodowego, Izba uznała, że Wykonawca złożył ofertę w treści nie odpowiadającej wymogom opisu przedmiotu zamówienia i SWZ. Jeśli Wykonawca znał postawione przez Zamawiającego wymogi i nie polemizował z nimi na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jego obowiązkiem było przedstawić taki dokument przedmiotowy, który dowodził będzie spełnianie wymogów SWZ. To Przystępujący jest producentem oferowanego towaru więc istniała po jego stronie możliwość dostosowania treści karty technicznej do wymogów przedmiotowego postępowania. W zaistniałej w postępowaniu sytuacji mamy do czynienia z informacjami sprzecznymi z wymogami OPZ i pozostałymi oświadczeniami złożonymi przez Przystępującego. Wykonawca nie przedstawił dowodów na okoliczność spełniania wymogów zgodności z określoną normą.

Nie zasługiwały na podzielenie twierdzenia z odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający bazował na oświadczeniach Wykonawców w zakresie zgodności z normą. Zamawiający zdaje się pomijać, że oprócz takich ogólnych oświadczeń wymagał przedmiotowych środków dowodowych, składanych w określonej formie, które miały potwierdzać złożone oświadczenia woli na formularzach stanowiących część SWZ. Dokumenty te powinny być ze sobą spójne, wewnętrznie niesprzeczne. Chociaż Zamawiający nie wskazał jakie informacje konkretnie mają wynikać wprost z ulotek czy kart technicznych, to jeśli jednak pewne informacje zawarto w przedmiotowym środku dowodowym, to obowiązkiem Zamawiającego było zestawienie ze sobą tych informacji z oświadczeniem woli złożonym w oświadczeniu. Zamawiający zapomina, że podkreślił w SWZ, że przedstawione przez dany podmiot dane nie mogą być ze sobą sprzeczne.

Możliwość odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia może nastąpić tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ustaloną treścią oferty niezbicie niezgodną z konkretnymi postanowieniami SWZ lub OPZ lub innymi warunkami wykonania przedmiotu zamówienia, które wynikają z dokumentacji postępowania. Podkreślenia wymaga także, iż zaistniałe niezgodności muszą mieć charakter merytoryczny, a nie czysto formalny.
Nie mogą odnosić się do elementów nieistotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność musi mieć związek z zakresem, ilością, jakością, warunkami realizacji i innymi elementami istotnymi dla wykonania zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi jej ostateczną eliminację z postępowania, stąd konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności między ofertą a warunkami zamówienia. Niezgodność ta nie może mieć charakteru dorozumianego, nie może odnosić się do elementów dokumentacji postępowania, które nie zawierają jednoznacznych wskazówek budowy treści oferty Wykonawcy. Postanowienia SWZ czy OPZ, niejasne, czy też warunkujące możliwość przyjęcia różnorodnej interpretacji odczytywać należy na korzyść Wykonawców.

Reasumując, Zamawiający wymagał niezbicie w przypadku oferowanego koca potwierdzenia zgodności wyrobu z określoną normą. Takiego potwierdzenia nie zawiera oferta Przystępującego, dlatego też Izba uznała, że zarzut w tej części potwierdził się, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w części i nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 44 zamówienia, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego w tym pakiecie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z niepotwierdzeniem wymogu SWZ zgodności z normą 13795+A1:2013 lub normą równoważną przez oferowany produkt.

Izba nie podzieliła tez odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w przypadku wymogu odnoszącego się do wymiarów produktu.

Z przedstawionej przez Przystępującego karty technicznej jednoznacznie wynika, że oferowany przedmiot występuje w wymiarach określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do podanej w karcie tolerancji -/+ 2 cm, to dostrzeżenia wymaga, iż element ten może odnosić się do różnych właściwości fizycznych koca, który podlega choćby podgrzaniu i nie musi ona wprost dotyczyć pierwotnej wielkości koca. Jak wynika z treści karty technicznej zapis o tolerancji znajduje się w rubryce *„opis kluczowych elementów funkcjonalnych”.*

Poza tym, Odwołujący pominął, że w SWZ Zamawiający żądał także złożenia 3 sztuk próbek. Izba nie znalazła podstaw, by zanegować ocenę wymiarów przeprowadzoną przez komisję przetargową. Badanie i ocena próbek

potwierdził, że oferowany koc posiada wymiary wymagane w SWZ. Jak już natomiast zauważono, ocena zgodności treści ofert z wymogami SWZ dokonywana powinna być na podstawie wszystkich elementów składających się na ofertę danego Wykonawcy, a więc należało wziąć pod uwagę oświadczenie Wykonawcy, przedmiotowe środki dowodowe oraz próbki. Łączna analiza tych elementów potwierdziła spełnienie wymogów opisu przedmiotu zamówienia dla wymiarów koca termicznego.

Z tych względów Izba nie uznała zasadności tej części zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego oraz Odwołującego w ½ części wszystkich kosztów (2 zarzuty rozpoznawane z odwołania, z czego jeden zarzut został uwzględniony, jeden zarzut oddalono).

W niniejszej sprawie Izba – jak wynika z sentencji orzeczenia – częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z dwóch podniesionych niezgodności w odwołaniu.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego
w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem (2 x 3.600 zł = 7.200 zł), a także koszty dojazdu Zamawiającego w wysokości 414 zł i koszty opłaty skarbowej w wysokości 34 zł, co daje łącznie kwotę 22.648,00 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości łącznie 4 048,00 zł (w tym 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także koszty dojazdu w wysokości 414 zł i koszty opłaty skarbowej w wysokości 34 zł), tymczasem odpowiadał za nie do ½ wysokości 11 324 zł (22 648,00 zł÷2 = 11 324,00 zł).

Odwołujący zaś poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu, 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do ½ wysokości 11.324,00 zł (22 648,00 zł ÷ 2 = 11 324,00). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7276,00 zł (18.600,00 zł – 11 324,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 7 276,00 zł wyrównuje także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (4048 zł + 7276,00 zł = 11 324,00 zł).

Przewodnicząca:

……