

**WYROK**  
**z dnia 5 marca 2025 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolantka: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lutego 2025 roku** przez wykonawcę **ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**: wykonawcy **ANMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części na podstawie art. 520 ustawy Pzp

z powodu częściowego cofnięcia zarzutów odwołania w zakresie naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp co do pakietów nr 1, 5, 8, 14, 22, 24;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w części na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp z powodu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp co do pakietu nr 24 i brak sprzeciwu wykonawcy, którzy przystąpił po stronie Zamawiającego;

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze**

w następujący sposób:

4.1. 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;

4.2. zasądza od **Odwołującego - ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze** na rzecz Zamawiającego – **Górnośląskiego Centrum Medycznego im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **3 600,00 zł 00gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodnicząca:**

.....

**KIO 536/25**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, 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 jednorazowego sprzętu medycznego i kardiochirurgicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 13.11.2024 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE: 693556-2024 w dniu 14.11.2024r.

Dnia 13 lutego 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący uzyskał zawiadomienie o wynikach postępowania w dniu 3 lutego 2025 r. Termin na złożenie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy

Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności: -zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie pakietów nr 1, 5, 8, 14, 22, 24, na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, pomimo że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego,

-odrzucenie oferty Odwołującego, w zakresie pakietu nr 14 i 24, mimo że spełniała ona wymogi wynikające z SWZ,

-zaniechanie czynności wyboru firmy Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

w zakresie pakietu nr 14 i 24 spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

co stanowi naruszenie:

1.art. 107 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz obowiązek równego traktowania wykonawców,

2.art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. zamawiający w sposób nieuprawniony wprowadził do SWZ regulację dotyczącą chwili składania przedmiotowych środków dowodowych, co w rezultacie spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

i uniemożliwiło konkurowanie w ramach prowadzonego postępowania,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów:

1.naruszenie art. 16 ustawy Pzp – poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz działanie nieproporcjonalne,

2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego, w zakresie pakietów nr 14 i 24, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1)uwzględnienie odwołania w zakresie podstaw unieważnienia postępowania,

2)unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w zakresie pakietów nr 1, 5, 8,14, 22, 24,

względnie wnoszono o:

1)uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym pakietów 14 i 24,

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie pakietu nr 14 i 24,

3)unieważnienie czynności wyboru oferty Anmar Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 14 i 24

4)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

w zakresie pakietu nr 14 i 24, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ

w przypadku uwzględnienia odwołania i uznania, że postępowanie winno zostać unieważnione, Odwołujący będzie miał możliwość wzięcia udziału w dalszym postępowaniu

o udzieleniu zamówienia publicznego.

W przypadku unieważnienia postępowania i w konsekwencji zmiany SWZ w zakresie pkt 3.6, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia w dalszym postępowaniu.

Jednocześnie, Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania w zakresie pakietów nr 14 i 24, ponieważ w przypadku uznania za niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 14 i 24 zgodnie z przepisami prawa, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutów podano, że dniu 3 lutego 2025 r., Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego m.in. w zakresie pakietów nr 14 i 24, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ramach czynności oceny i badania ofert Zamawiający wezwał firmę Zarys, zgodnie z pkt 3.6. SWZ do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji ich zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na brak spełnienia wymagań Zamawiającego, ustalonego na podstawie dostarczonych próbek.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na zaistnienie podstaw do unieważnienia postępowania, w zakresie wskazanych wyżej pakietów.

W ocenie Odwołującego, brak było podstaw do żądania przez Zamawiającego przedłożenia próbek dopiero na etapie badania i oceny ofert oraz wyłącznie od jednego wykonawcy, tj. Odwołującego. Zgodnie bowiem z treścią art. 107 ust. 1 PZP

„Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą”. Regulacja wynikająca z tego przepisu jest jednoznaczna i nie ma dla niej jakiegokolwiek odstępstwa, co oznacza, że Zamawiający

nie jest uprawniony do zdefiniowania innego momentu złożenia tych dokumentów w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego (tak wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2021 r., KIO 1936/21). *Zupełnie czymś innym jest możliwość dokonania uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone wraz z ofertą, bądź nie zostały złożone w całości, a czymś zupełnie innym jest wskazanie na złożenie przedmiotowych środków dowodowych dopiero na wezwanie Zamawiającego. W bardzo istotny sposób uległa zmianie regulacja prawna z ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych w stosunku do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, która w art. 26 regulowała składanie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego dopiero na wezwanie Zamawiającego. Obecnie obowiązująca regulacja jednoznacznie przesądza, że takie dokumenty muszą zostać złożone wraz z ofertą, a jedynie istnieje możliwość ich uzupełnienia również w ściśle określonych przypadkach i tylko wtedy, gdy Zamawiający taką okoliczność przewidzi w dokumentach postępowania w odniesieniu do wskazanych przedmiotowych środków dowodowych.*

*Innymi słowy: zapis SWZ nie mógł znajdować zastosowania w sprawie, bowiem niedopuszczalna jest sytuacja, gdy zamawiający po upływie terminu składania ofert chce uzyskać informacje lub dokumenty, których obowiązku złożenia nie zabezpieczył sobie wcześniej w dokumentach zamówienia. Takie zastosowanie tego zapisu stanowiłoby, nie tylko naruszenie art. 107 ust. 1 PZP, ale także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przewidującego podstawowe zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz art. 106 ust. 3 PZP”*

Żądanie przez Zamawiającego przedstawienia próbek w celu weryfikacji ich zgodności z opisami zawartymi w SWZ tylko od jednego wykonawcy narusza uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców (z dokumentacji oraz informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że żaden z wykonawców nie został wezwany do złożenia próbek).

Zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy Pzp, wymóg przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1928/21) czytamy: „(...) Art. 106 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze.

*Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich »ważności«. Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych.*

*Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego.*

*W przypadku żądania przedmiotowych środków dowodowych ich celem jest zweryfikowanie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych, jak wskazuje art. 106 ust. 3 ustawy Pzp, nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

*Równe traktowanie wykonawców ma szczególne znaczenie w kontekście składania przedmiotowych środków dowodowych z uwagi na występującą praktycznie nieograniczoną liczbę takich środków. Dotyczy bowiem nie tylko samej okoliczności ustalania środków dowodowych, ale także dokonywania oceny przedłożonych środków.*

*Żądanie przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, w tym samym zakresie. Nie jest dopuszczalne różnicowanie wykonawców pod kątem samego obowiązku składania przez nich przedmiotowych środków dowodowych ani pod kątem »siły dowodowej« danego środka (...).”*

Zatem postawienie wymogu przedstawienia próbek przez jednego wykonawcę stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców oraz konieczności zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie, wymagany przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy, tj. oświadczenie o oferowanych wyrobach medycznych (Załącznik nr 3) złożony został przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca – Anmar przygotował notatki datowane na dzień 17 grudnia 2024 r. oraz 23 grudnia 2024 r., których konsekwencją było wezwanie Odwołującego do przedłożenia próbek. Odwołujący wskazał w złożonej ofercie numery katalogowe swoich produktów (choć nie było to wymagane przez zamawiającego) i dzięki temu Anmar miał możliwość zweryfikowania produktów oferowanych przez Odwołującego i podania ich pod wątpliwość w zakresie

zgodności z wymaganiami Zamawiającego. To skłoniło Zamawiającego do wezwania Odwołującego o przedłożenie próbek. Co istotne, Odwołujący nie miał takiej analogicznej możliwości, bowiem Anmar takich numerów katalogowych nie podał. Mimo to, Zamawiający tego wykonawcy nie wezwał do przedłożenia próbek, a zatem nie było jakiegokolwiek możliwości weryfikacji zgodności oferowanych przez niego produktów z wymogami SWZ (przez Odwołującego lub nawet samego Zamawiającego) – zarówno na podstawie numerów katalogowych, jak i próbek, czy dokumentów stanowiących przedmiotowe środki dowodowe. Tym samym, pojawia się dodatkowa okoliczności wykazująca nierówne traktowanie wykonawców. Zamawiający tylko ofertę Odwołującego mógł zweryfikować pod względem zgodności zaoferowanych produktów, bo tylko Odwołujący został wezwany do złożenia próbek zaoferowanego asortymentu. Zamawiający nie zweryfikował próbek firmy Anmar więc nie wie czy ta oferta jest zgodna z wymaganiami SWZ i czy dostarczane na etapie umowy produkty będą zgodne z wymaganiami.

Tym samym, zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem, w sposób nieuprawniony, nie wynikający z żadnych regulacji prawnych wprowadził do SWZ nieznaną ustawie regulację dotyczącą chwili składania przedmiotowych środków dowodowych, która to regulacja jest niezgodna z prawem. Nawet brak zaskarżenia SWZ w tej części, nie może sanować błędnego postępowania Zamawiającego. W obliczu tych okoliczności, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było możliwe złożenie oferty zgodne z SWZ oraz postanowieniami obowiązującej ustawy. To prowadzi do wniosku, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu składania ofert, nie ma już możliwości „naprawy” postanowień SWZ i ich konwalidowania w sposób zgodny z ustawą. Wada w postępowaniu ma nieusuwalny charakter – nie jest możliwe jej skorygowanie przez Zamawiającego w toku postępowania przez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności, a co za tym idzie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 ustawy).

Brak podstaw do odrzucenia oferty Zarys na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP

Z ostrożności Odwołujący wskazuje na brak podstaw odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietów nr 14 i 24, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem oferta Zarys jest zgodna z warunkami zamówienia.

1)Zad. 14:

*Zamawiający wymagał w poz. 2 „worek na mocz o poj. 2000ml; sterylny, zamknięty system do 7 dni; zastawka antyzwrotna, z przezroczystym portem”. Wykonawca dostarczając próbkę udowodnił, że produkt nie spełnia wymagań tej pozycji – port do pobierania próbek*

*o kodzie produktu WMT2000-90 jest biały, a powinien być przezroczysty, w związku z powyższym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zatem wymagał, aby oferowany worek na mocz posiadał przezroczysty port. Zaoferowane przez Odwołującego worki posiadają przezroczysty port, co Zamawiający bez problemu mógł zweryfikować na podstawie dostarczonej próbki.

Port to przezroczysta membrana służąca do pobierania próbek. Port w zaoferowanym przez Odwołującego worku posiada białą obudowę, natomiast sam jest przezroczysty, a zatem spełnia wymagania Zamawiającego.

2)Zad. 24 poz. 1:

*Zamawiający wskazał, że w dniu 16 stycznia 2025 roku, zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w odniesieniu do zadania 24 w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ w terminie do 22/01/2025 do godz. 15.00.*

*Wykonawca dostarczył próbkę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zamawiający wymagał w poz. 1 „dren do podawania tlenu, dren o przekroju gwiazdkowym, o długości minimum 300 cm i 400 cm”. Wykonawca dostarczył próbkę drenu o kodzie DT4260 posiada: niezgodną długość 4.26 (niedopuszczoną na etapie pytań, odpowiedzi udzielone w dniu 28/11/24 – pytanie nr 253. W związku z powyższym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.*

W ocenie Odwołującego brak było podstaw do uznania, iż oferowany przez Odwołującego produkt jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Prawdą jest, że na zadanie przez Odwołującego pytanie, Zamawiający nie dopuścił drenu o długości 210 cm i 426 cm.

Niemniej jednak, wobec braku dopuszczenia, Odwołujący zaoferował dren firmy Galmed o długości 300 cm oraz dren firmy Zarys o długości 426 cm, a zatem o długościach spełniających wymagania zamawiającego tj. minimum 300

cm i 400 cm. Na dowód tego, Zamawiającemu przedłożono ulotkę. Tym samym, produkt Odwołującego spełniał wszystkie wymagania Zamawiającego.

Zatem produkty Odwołującego oferowane, zarówno w pakiecie nr 14, jak i w pakiecie nr 24 spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, a co za tym idzie, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Przedstawione okoliczności zdaniem Odwołującego wskazują, że Zamawiający uchybił przepisom ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, a także poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, co może wpłynąć na wypaczenie wyniku postępowania i naruszając wskazane w petitum przepisy ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnoszą jak na wstępie.

**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. Odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca ANMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

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

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w punkcie 3.6. SWZ Zamawiający zastrzegł prawo do wezwania Wykonawców w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Zamawiający zaznaczył, że nie złożenie wymaganych próbek lub złożenie próbek niespełniających wymagań określonych w SWZ spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W zakresie Wykazu Oświadczeń, Dokumentów i Podmiotowych Środków Dowodowych Zamawiający wskazał w punkcie 6.1. SWZ, że najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W punkcie 7 SWZ wskazano, że próbki muszą być złożone w zamkniętym, nieprzejrystym opakowaniu, na którym należy napisać: nazwę i adres Zamawiającego, nazwę zamówienia i numer postępowania, nazwę i dokładny adres Wykonawcy / wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W punkcie 10.10. SWZ Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty w postaci katalogów elektronicznych lub dołączenia katalogów elektronicznych do oferty.

16 stycznia 2025 roku Zamawiający, zgodnie z pkt 3.6 SWZ, wezwał Odwołującego do złożenia próbek w ilości po 1 szt. oferowanego asortymentu dla zadania 14 (pozycja 2) i 24 (pozycja 3) w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ.

22 stycznia 2025 roku Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, przysyłając materiały informacyjne w postaci kart katalogowych oraz ulotek informacyjnych.

Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że zaofertowane produkty spełniają wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia oraz wynikające z treści wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w toku postępowania, nawet jeśli nie znajdują one bezpośredniego potwierdzenia w dołączonych do oferty materiałach informacyjnych Producenta.

Z karty technicznej TD-27 Odwołującego dla worka do zbiórki moczu z portem do pobierania moczu, sterylnego w rubryce „kolor” podano dla zastawki antyzwrotnej – „mleczny biały”, natomiast w przypadku „port do pobierania próbek moczu” wpisano kolor „przezroczysty”

Z karty technicznej TD-24 dla drenu tlenowego sterylnego podano, że dla numeru katalogowego DT4260 długość wynosi 426 cm.

W dniu 3 lutego 2025 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze ofert najkorzystniejszych i odrzuceniu ofert Odwołującego w następujących zadaniach:

- zadanie nr 1: wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie

niezgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający w dniu 16.01.2025 r. zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Wykonawca dostarczył próbki, które nie spełniają wymagań Zamawiającego:

- Poz.10 Zamawiający wymagał „Strzykawka trzyczęściowa 10/12ml...”, Wykonawca dostarczając próbki udowodnił, że nie spełnia wymagań tej pozycji, ponieważ - strzykawka BD Plastik o kodzie produktu BD REF 300912 nie ma rozszerzenia do 12 ml.

- Poz.15 Igła j.uż. nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ posiada nieszczelne nasadki przepuszczające płyn.

□ - igła ZARYS

0,45 x 22 mm

0,5 x 25 mm

0,6 x 25 mm

0,8 x 40 mm

- Poz.21 strzykawka BD z NaCl kod produktu 306585, Zamawiający wymagał "Strzykawka 3 częściowa 10 ml...", Wykonawca dostarczając próbki udowodnił, że nie spełnia wymagań tej pozycji, ponieważ - strzykawka BD z NaCl o kodzie produktu 306585 nie posiada kodu kolorystycznego niebieskiego.

- zadanie nr 5 wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W dniu 22.01.2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w odniesieniu do zadania nr 5. Wyjaśnienia, w tym dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, Wykonawca był zobowiązany złożyć do dnia 28.01.2025 r. do godz. 15:00. Wykonawca nie złożył wyjaśnień do upływu wyznaczonego terminu. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp. W związku z powyższym złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.

- zadanie nr 8 wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający w dniu 16.01.2025 r. zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Wykonawca nie dostarczył Zamawiającemu próbek. W związku z powyższym Wykonawca podlega odrzuceniu, gdyż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Równocześnie Zamawiający w dniu 19.12.2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w odniesieniu do zadania nr 8. Wyjaśnienia, w tym dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, Wykonawca był zobowiązany złożyć do dnia 27.12.2024 r. do godz. 15:00. Wykonawca nie złożył wyjaśnień do upływu wyznaczonego terminu. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp.

- zadanie nr 14 wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w odniesieniu do zad. 14 w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Wykonawca dostarczył próbkę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego:

- Poz.2 Zamawiający wymagał „Worek na mocz o poj. 2000ml; sterylny, zamknięty system do 7 dni; zastawka antyzwrotna, z przezroczystym portem...”, Wykonawca dostarczając próbkę udowodnił, że nie spełnia wymagań tej pozycji, ponieważ - port do pobierania próbek o kodzie produktu WMT2000-90 - jest biały a powinien być przezroczysty. W związku z powyższym złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.

- zadanie nr 22: wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Wykonawca dostarczył próbkę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego:

- Poz.1 Zamawiający wymagał „Końcówka do odsysania pola operacyjnego, Yankauer ...”, Wykonawca dostarczając próbkę udowodnił, że nie spełnia wymagań tej pozycji, ponieważ - końcówka do odsysania pola operacyjnego o kodzie produktu KO – 00204 posiada:

- opakowanie wewnętrzne folia – brak perforacji;

- zakończenie miało być stożkowe i schodkowe, jest proste z dwoma schodkami;

- końcówka do odsysania miała być zagięta a jest załamana w dwóch miejscach.

W związku z powyższym złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.

- zadanie nr 24: wybrano ofertę Anmar Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z pkt 3.6 SWZ wezwał Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SWZ. Wykonawca dostarczył

próbkę, która nie spełnia wymagań Zamawiającego:

- Poz.1 Zamawiający wymagał „Dren do podawania tlenu, dren o przekroju gwiazdkowym, o długości minimum 300 cm i 400 cm ...”. Wykonawca dostarczając próbkę udowodnił, że nie spełnia wymagań tej pozycji, ponieważ - dren o kodzie produktu DT4260 posiada:

- niezgodną długość 4.26 (niedopuszczoną na etapie pytań, odpowiedzi udzielone w dniu 28.11.2024 r- pytanie nr 253).

W związku z powyższym złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.

Na czynności Zamawiającego Odwołujący złożył odwołanie.

18 lutego 2025 roku Zamawiający zawiadomił, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego w odniesieniu do zadania nr 1, 5, 8, 22 i dokona ponownej oceny pozostałych złożonych w postępowaniu ofert.

Zamawiający, w dniu 18 lutego 2025 roku zawiadomił także, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego w odniesieniu do zadania nr 14, 24 i dokona ponownej oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

W dniu 21 stycznia 2025 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i podtrzymał odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w pakiecie nr 14 z tych samych powodów jak dotychczas.

W pakiecie nr 24 Zamawiający dokonał wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszej, tym samym uwzględnił zarzuty odwołania. Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą złożył oświadczenie, że nie będzie korzystał z prawa do złożenia sprzeciwu w tym zakresie. Postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 4 marca 2025 roku, złożył oświadczenie o cofnięciu części zarzutów w zakresie naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w przypadku pakietów nr 1, 5, 8, 14, 22, 24. Odwołanie w tej części podlegało więc umorzeniu na podstawie art. 520 ustawy Pzp.

W pakiecie nr 14 Zamawiający w dniu 28 lutego 2025 roku dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej uznając za taką ofertę Przystępującego i jednocześnie podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż podtrzymuje zarzuty dotyczące pakietu nr 14.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że zarzuty odwołania w podtrzymywanym i nieuwzględnionym zakresie podlegały oddaleniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp możliwość odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia istnieje tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ustaloną treścią oferty niezbitnie 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.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał w opisie przedmiotu zamówienia dostawy przedmiotu opisanego jako „Worek na mocz o poj. 2000ml; sterylny, zamknięty system do 7 dni; zastawka antyzwrotna, z przezroczystym portem...”.

Odwołujący wezwany do złożenia próbek oferowanego towaru złożył odpowiednio zabezpieczoną próbkę i kartę techniczną. Na karcie technicznej TD-27 w rubryce „Opis Części Składowych Wyrobu i ich Funkcji”, w punkcie 8 podano „port do pobierania próbek moczu (bezigłowy) – umożliwiał pobranie próbki moczu za pomocą strzykawki (bez konieczności przekłuwania igłą membrany silikonowej portu)”, natomiast w rubryce „kolor” wskazano „port do pobierania próbek moczu – przezroczysty”.

Odwołujący pojęcie portu utożsamia z membraną, która jest wykonana z silikonu i rzeczywiście jest przezroczysta. Jednakże Izba, za Zamawiającym i Przystępującym, uważa, że membrana jest tylko jednym z elementów portu, a sam port tworzy także jego obudowa. Odwołujący nie przeczył natomiast, że sama obudowa wokół membrany jest koloru białego. Dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zawierały definicji pojęcia „port”, nie istnieje także definicja legalna tego wyrażenia. Bazując jednak na doświadczeniu życiowym i biorąc pod uwagę zapisy złożonej przez Odwołującego karty technicznej, Izba doszła do przekonania, że

przez port należy rozumieć nie tylko membranę ale również jej obudowę, co potwierdza także rysunek zamieszczony w karcie technicznej. W punkcie 8 na rysunku zaznaczono jako port nie tyle samą membranę ale właśnie cały większy element, tworzący port, w tym także obudowę.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający zamieścił w SWZ funkcjonalny opis wymaganego rozwiązania wiążąc go z możliwością bezigłowego pobrania próbki moczu

z możliwością obserwacji próbki. Biała obudowa portu, który oferuje Odwołujący takiej obserwacji nie umożliwia.

Odnosząc się do zapisów rubryki zawierającej oznaczenie koloru i rubryki z opisem funkcjonalnym składowych wyrobów, Izba doszła do przekonania, że treść karty technicznej w poszczególnych elementach jest co najmniej niespójna. Wychodząc z założenia, że sama membrana bez elementu mocującego ją do umieszczenia w drenie jest nieprzydatna do pobrania próbki moczu, nie może funkcjonować samodzielnie, prymat dać należało oznaczeniu znajdującym się na rysunku technicznym, gdzie jako port oznaczono tę właśnie membranę i jej obudowę.

Reasumując, Izba uznała, że z uwagi na funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia próbka przedstawiona przez Odwołującego nie wypełniała wymogów SWZ, co skutkowało musiło oddaleniem zarzutu jako niezasadnego.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił oferty w pakiecie 14 zamówienia i odrzucił ofertę Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołujących.

**Przewodnicząca:**

.....