

WYROK
z dnia 24 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę NEOMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Instytut Medyczny – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie,

przy udziale wykonawcy POV-GOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głuskowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3315/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) w całości oraz w zakresie zarzutu nr 4 odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – NEOMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – NEOMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od odwołującego – NEOMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie na rzecz zamawiającego Wojskowego Instytutu Medycznego – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3315/23

Uzasadnienie

Wojskowy Instytut Medyczny – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatorów, odczynników chemicznych, akcesoriów laboratoryjnych, wyrobów medycznych oraz produktów leczniczych*”.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2023 r., pod numerem 2023/S 070-211945.

W dniu 6 listopada 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca NEOMED Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, zwany dalej „wykonawcą NEOMED” lub „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy PZP, tj. od:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę POV-GOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głuskowie (zwanego dalej jako „wykonawca POV-GOL”) w części 41 zamówienia,
- 2) czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 41 zamówienia,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy POV-GOL złożonej w części 41 zamówienia,
- 4) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego w części 41 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której jest ona zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 1),
- 2) art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy POV-GOL w sytuacji, w której nie jest ona zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do naruszenia

zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 2),

c) art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę POV-GOL pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 3),

d) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy POV-GOL oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego (zarzut nr 4).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 41 zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy POV-GOL jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy POV-GOL,
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 2 i nr 3 odwołania w całości oraz zarzutu nr 4 odwołania w części dotyczącej wykonawcy POV-GOL, przy braku sprzeciwu ze strony tego wykonawcy, Izba ogranicza streszczenie stanowiska Odwołującego zawartego w uzasadnieniu odwołania do zarzutów, które zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania wykonawca NEOMED wskazał, że przedmiotem zamówienia w części nr 41 zamówienia jest dostawa wyrobów włókienniczych obejmująca 21 pozycji. W pozycji nr 20 Arkusza asortymentowo-cenowego (Załącznik Nr 3 do SWZ) Zamawiający podał wymagania, jakie powinien spełniać pokrowiec foliowy. Wykonawca NEOMED wskazał, że zaoferował pokrowiec foliowy firmy BISMED o oznaczeniu XL2200909230 / 90 cm : 220 cm, jednakże nie załączył do złożonej oferty próbki oferowanego przedmiotu zamówienia. Próbką oferowanego pokrowca foliowego została złożona Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia próbki. Następnie Zamawiający pismem z dnia 27 października 2023 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, z czym – po dokonaniu analizy uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty – Odwołujący się nie zgodził uznając decyzję Zamawiającego za błędną. Powołując się na poglądy prawne wyrażone

w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1604/19 i z dnia 25 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 992/21 Odwołujący przypomniał, że niezgodność oferty z SWZ musi być jednoznacznie i precyzyjnie wykazana przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji

o odrzuceniu oferty wytyka mu, iż ten nie odniósł się do wykazanej przez Zamawiającego różnicy w wymiarach zaoferowanego towaru, oględzin próbki, a także nie przedstawił wyników swoich pomiarów, natomiast to Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty, nie wykazał niezgodności próbki Odwołującego z wymaganiami SWZ, a w szczególności, Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego nie udokumentował w jakikolwiek sposób wyników dokonanych przez siebie pomiarów – w aktach sprawy nie ma bowiem żadnej dokumentacji zdjęciowej z dokonanych oględzin próbki. Zatem twierdzenia Zamawiającego o brakujących 14 centymetrach Odwołujący traktuje jako gołosłowne. Wobec innego twierdzenia Zamawiającego, że „zaoferowana próbka nie pozwala na wykorzystanie jej zgodnie z przeznaczeniem określonym w SWZ jako „Pokrowiec na materac” Odwołujący stwierdził, że dokonana przez niego weryfikacja zaoferowanego pokrowca foliowego prowadzi do zupełnie przeciwnego wniosku, albowiem jak wynika z załączonej do odwołania dokumentacji zdjęciowej zaoferowany przez Odwołującego pokrowiec BISMED został założony na materac o wymiarach 90 cm x 220 cm (grubość materaca 5 cm), a zatem przeprowadzona weryfikacja potwierdziła, że przedmiotowy pokrowiec spełnia swoje przeznaczenie i jest możliwy do zastosowania oraz do użytkowania. Odwołujący zwrócił też uwagę na różnice w konstrukcji wymagań OPZ przez Zamawiającego, albowiem o ile w odniesieniu do pozycji nr 3 i nr 4 części nr 41 zamówienia Zamawiający wskazał wprost na minimalne wymiary materaca, na który nałożony ma być pokrowiec, określając je poprzez wskazanie konkretnej szerokości, długości i grubości, o tyle w odniesieniu do pozycji nr 20 Zamawiający nie podał żadnych wymiarów materaca. W takiej sytuacji twierdzenie o rzekomym zaoferowaniu przez Odwołującego próbki „nie pozwalającej na wykorzystanie jej zgodnie z przeznaczeniem” Odwołujący uznaje za chybione. Odwołujący podniósł również, że do chwili obecnej nie posiada wiedzy co do tego, w jaki sposób faktycznie Zamawiający dokonał badania próbki. Powołując się na swoje wyjaśnienia z dnia 15 września 2023 r. wskazał, że rozbieżność może wynikać z niewłaściwego badania i pomiaru pokrowca. Do swoich wyjaśnień Odwołujący załączył oświadczenie producenta zaoferowanego pokrowca foliowego – firmy BISMED, które potwierdza przekazanie wykonawcy NEOMED próbek oferowanego asortymentu w wymaganym przez Zamawiającego rozmiarze. Dlatego też Odwołujący uważa, że niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia nie została przez Zamawiającego wykazana.

Niezależnie od powyższej argumentacji Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia w części nr 41 jest aż 21 pozycji asortymentowych, natomiast podstawą odrzucenia oferty jest jedna pozycja, której wartość opiewa na kwotę 145 800 zł 00 gr względem kwoty 3 747 492 zł 00 gr stanowiącej cenę brutto oferty Odwołującego w części nr 41 zamówienia. W tej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego przeczy wskazanemu w art. 16 pkt 3 ustawy PZP obowiązkowi przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób proporcjonalny. Dodatkowo w poprzednim (unieważnionym) postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, znak sprawy: 20/Apteka/2022-138/ZP/22, Odwołujący złożył ofertę w odpowiedzi na tożsame wymagania OPZ, oferując ten sam produkt (tj. pokrowiec BISMED XL2200909230 / 90 cm x 220 cm), który wówczas nie spotkał się z zastrzeżeniami czy wątpliwościami ze strony Zamawiającego – oferta w tym zakresie została uznana za zgodną z SWZ. Ponadto w okresie od dnia 24 marca 2020 r. do dnia 24 czerwca 2023 r. Zamawiający w ramach umowy numer 76/Apteka/2020 zakupił 5580 sztuk pokrowców producenta BISMED o numerze katalogowym XL2200909230, a dostawa tego produktu została wykonana bez uwag co do jego właściwości i cech użytkowych.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołania w części dotyczącej Odwołującego wskazał on, że w okolicznościach niniejszej sprawy zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert, a tym samym uchybienia przedstawione w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz po przeprowadzeniu ponownego badania,

uwzględniającego te czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę POV-GOL, albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 listopada 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentacji fotograficznej pokrowca załączonej do odwołania i do odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej, z wyjątkiem zdjęć przedmiotowego pokrowca wykonanych przez Odwołującego i załączonych do jego odwołania, albowiem w tej mierze za wiarygodne – w kontekście wyniku całej sprawy – Izba uznała zdjęcia pokrowca wykonane przez Zamawiającego. Należy wskazać iż zdjęcia załączone do odpowiedzi na odwołanie były zdjęciami pokrowca złożonego przez Odwołującego jako próbka, natomiast Izba nie może bez wątpliwości stwierdzić, czy uwieczniony na zdjęciach wykonanych przez Odwołującego pokrowiec jest tożsamy z próbką złożoną Zamawiającemu w postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym jest Wojskowy Instytut Medyczny – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*dostawę odczynników wraz z dzierzawą analizatorów, odczynników chemicznych, akcesoriów laboratoryjnych, wyrobów medycznych oraz produktów leczniczych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2023 r., pod numerem 2023/S 070-211945.

Zgodnie z rozdziałem 3 ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników wraz z dzierzawą analizatorów, odczynników chemicznych, akcesoriów laboratoryjnych, wyrobów medycznych oraz produktów leczniczych. Według rozdziału 3 ust. 3 SWZ zamówienia zostało podzielone na 53 części, gdzie część nr 41 dotyczy wyrobów włókienniczych, które obejmują 21 pozycji. W myśl rozdziału 3 ust. 4 SWZ szczegółowy opis części zamówienia zawiera załącznik nr 3 do SWZ. Natomiast według rozdziału 3 ust. 5 SWZ oferowany towar musi posiadać cechy określone w szczegółowym opisie części zamówienia i spełniać wymagania określone w załączniku nr 4 do SWZ.

W poz. 20 Arkusza Asortymentowo-Cenowego stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ zostało przewidziane, że wykonawca ma dostarczyć pokrowiec nieprzemakalny na materac wykonany z antypoślizgowej nieprześwitującej folii polietylenowej, kalandrowanej (uplastyczniona we wcześniejszym procesie przetwórczym), grubość min. 30 um, rozmiar 90 cm x 220 cm, +1,5 / - 1,0 cm, obszyty dookoła gumą, podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonych po zewnętrznej ścianie, pokrowiec nieulegający rozdarciu, pęknięciu, dziurawieniu się na skutek nacisku stóp, pięt, kolan, łokci pacjenta przy wykonywaniu codziennych czynności (na materacu łóżka) w tym zmianach pozycji chorego np. podparcia nóg, rąk przy podnoszeniu się i przesuwaniu całego ciała poprzez jego przesuwanie do góry (po zsunięciu się chorego w dół np. z poduszki), oraz przy podparciu się pacjenta i zmianie pozycji przez niego lub przy pomocy personelu medycznego.

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ w zakresie części nr 41 zamówienia Zamawiający wymagał terminu ważności minimum 12 miesięcy w dniu dostawy. Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem 15 ust. 3 pkt 2 SWZ, w celu potwierdzenia zgodności z przedmiotem zamówienia i spełniania wymagań Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą próbek towaru oferowanego przez wykonawcę, w tym m. in. w ilości 5 sztuk w odniesieniu do pozycji nr 20 (czyli pokrowca nieprzemakalnego na materac) w ramach części nr 41 zamówienia. W myśl rozdziału 15 ust. 4 SWZ podane przez wykonawcę w Arkuszu Asortymentowo-Cenowym dane identyfikacyjne oferowanego towaru muszą znaleźć odzwierciedlenie we wszystkich dokumentach i oświadczeniach oraz próbkach ich dotyczących, co umożliwi:

1) w trakcie oceny ofert – ich jednoznaczną identyfikację i potwierdzenie spełniania wymagań, cech lub kryteriów

określonych przez zamawiającego,

2) w trakcie realizacji umowy – kontrolę zgodności dostarczanego towaru z umową.

Wykonawca NEOMED zaoferował Zamawiającemu w złożonej ofercie pokrowiec foliowy firmy BISMED o oznaczeniu XL2200909230 / 90 cm x 220 cm. Odwołujący nie załączył do złożonej oferty 5 sztuk próbek oferowanego pokrowca na materac – próbka zaoferowanego pokrowca na materac została złożona Zamawiającemu dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia próbek z dnia 12 czerwca 2023 r.

W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę NEOMED do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj.

w zakresie złożonych próbek pokrowca nieprzemakalnego na materac. Zamawiający wskazał

w wezwaniu, że zaoferowany pokrowiec nieprzemakalny na materac zgodnie z opisem zawartym w karcie katalogowej wykonawcy posiada rozmiar 90 cm x 220 cm (+1,5 cm / -1,0 cm), natomiast rozmiar zaoferowanego pokrowca po dokonaniu pomiarów wynosi 90 cm x 206 cm. Zamawiający podał, że badania próbki dokonano zgodnie ze sposobem określonym

w opisie przedmiotu zamówienia – „Podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonego po zewnętrznej ścianie”, natomiast zaoferowana próbka (zgodnie z definicją pokrowca) nie pozwala na wykorzystanie jej zgodnie z przeznaczeniem określonym przez Zamawiającego ze względu na brakujące 14 cm +1,5 / -1,0cm z jego długości. W związku z tym Zamawiający zażądał wyjaśnienia różnicy pomiędzy rozmiarem 90 cm x 220 cm (+1,5 cm / -1,0 cm) podanym w ulotce, a rzeczywistym rozmiarem dołączonej próbki wynoszącym 90 cm x 206 cm (brak 14 cm w długości pokrowca na materac).

Jednocześnie w dniu 12 września 2023 r. wykonawca NEOMED zwrócił się z pismem do Zamawiającego o niezwłoczne udostępnienie badanej próbki pokrowca foliowego oraz udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu dokonanego pomiaru. Wykonawca ten wniósł o udostępnienie badanej próbki w dniu 13 lub 14 września 2023 r. Jednocześnie zaznaczył, że produkt, który posiada w stanie magazynowym ma rozmiar zgodny z rozmiarem wskazanym w ulotce dołączonej do oferty przetargowej, dlatego weryfikacja próbki i sposobu jej badania jest niezbędna w celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji.

Pismem z dnia 13 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę NEOMED, że w dniu 14 września 2023 r. w Sekcji Zamówień Publicznych Apteki Zakładowej (bud. 32, poziom 4, pok. 417) zostanie udostępniona wykonawcy do wglądu próbka towaru zaoferowanego przez niego

w części nr 41 zamówienia, pozycja nr 20 Arkusza Asortymentowo-Cenowego. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że sposób badania próbek w zakresie ich rozmiarów został określony

w opisie przedmiotu zamówienia – „*podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonego po zewnętrznej ścianie*” oraz został przywołany w „Wezwaniu do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych”.

Następnie w dniu 15 września 2023 r. wykonawca NEOMED w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, w których wyraził swoje zaskoczenie rzekomą rozbieżnością w wymiarach pokrowca stwierdzoną przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał, że nie posiada wiedzy co do tego, w jaki sposób faktycznie Zamawiający dokonał badania próbki, stąd trudno mu się odnieść do rezultatu tego badania. Jego zdaniem rozbieżność, na którą wskazuje Zamawiający w wezwaniu, może wynikać choćby z niewłaściwego badania i pomiaru pokrowca. Wykonawca wyjaśnił i podkreślił, że przed złożeniem oferty przetargowej dokonał szczegółowej weryfikacji próbek dostarczonych mu przez producenta – firmę BISMED. Przeprowadzona przez niego weryfikacja potwierdziła pełną zgodność próbek z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w tym w szczególności co do rozmiarów oferowanego pokrowca na materac.

w związku z czym próbki te zostały złożone Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Na zakończenie wykonawca NEOMED potwierdził pełną zgodność zaoferowanego produktu z wymaganiami określonymi w SWZ. W przypadku zaś istnienia dalszych wątpliwości wykonawca zadeklarował stawienie się do dyspozycji Zamawiającego celem udzielenia mu dodatkowych wyjaśnień w zakresie złożonej próbki. Jednocześnie wykonawca NEOMED załączył do swoich wyjaśnień oświadczenie firmy BISMED – producenta pokrowca foliowego nieprzemakalnego na materac (pokrowiec o numerze katalogowym XL 2200909230/90x220), że pokrowiec ten spełnia wszystkie wymagania określone w SWZ dla przedmiotowego przetargu. Firma BISMED potwierdziła również, że przekazane wykonawcy NEOMED, następnie złożone Zamawiającemu w ramach przedmiotowego postępowania próbki pokrowca foliowego posiadały rozmiar 90 cm x 220 cm, z zachowaniem dopuszczalnej tolerancji +1,5cm / -1 cm.

W dniu 5 października 2023 r. Komisja przetargowa skierowała do Zastępcy Dyrektora Zamawiającego wniosek o wyrażenie zgody na odrzucenie oferty wykonawcy NEOMED, która została złożona w ramach części nr 41 zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, szeroko przy tym uzasadniając swoje stanowisko.

W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu w ramach części nr 41 zamówienia, za którą uznał ofertę wykonawcy POV-GOL. Oferty wykonawcy NEOMED – w odniesieniu do pozycji nr 20 z Arkusza Asortymentowo-Cenowego w części nr 41 zamówienia – została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z następujących powodów:

1) wykonawca NEOMED na podstawie „Arkusza Asortymentowo-Cenowego” złożył ofertę na towar o nazwie: „Pokrowiec foliowy”, o numerze katalogowym „XL2200909230/90x220”. Zaoferowany pokrowiec nieprzemakalny na materac zgodnie z opisem zawartym w karcie katalogowej złożonej wraz z ofertą wykonawcy posiada rozmiar 90 cm x 220 cm (+1,5 cm / -1,0 cm),

2) Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ „Wymagania i kryteria oceny” Zamawiający w części nr 41 zamówienia w części „Próbki” wymagał po 5 sztuk każdej pozycji (poz. 2-21). Wykonawca w terminie składania ofert (tj. do dnia 16 maja 2023 r., godz. 10.00) nie złożył wymaganych próbek oferowanego towaru. Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia wszystkich próbek dla części nr 41 zamówienia. Wykonawca w wyznaczonym terminie (tj. do dnia 15 czerwca 2023 r.) uzupełnił brakujące próbki,

3) Zamawiający dokonał badania uzupełnionych na wezwanie próbek towaru stwierdzając, dla pozycji 20 z części nr 41 zamówienia „Pokrowiec foliowy” o nr katalogowym „XL2200909230 / 90 cm x 220 cm”, że rozmiar według określonych w SWZ wymagań – „Podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonego po zewnętrznej ścianie” – wynosi 90 cm x 206 cm. Zaoferowana próbka zgodnie z definicją pokrowca (nakrycie ochronne na jakiś przedmiot przystosowane do niego kształtem) nie pozwala na wykorzystanie jej zgodnie z przeznaczeniem określonym w SWZ jako „Pokrowiec na

materac" ze względu na brakujące 14 cm (+ 1,5 cm / -1,0 cm w jego długości),

4) Zamawiający w celu wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy rozmiarem 90 cm x 220 cm (+1,5 cm / -1,0 cm) podanym w karcie katalogowej towaru, a rzeczywistym zmierzonym rozmiarem dostarczonej na wezwanie próbki wynoszącym 90 cm x 206 cm (brak 14 cm w długości pokrowca na materac), pismem z dnia 12 września 2023 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Wykonawca NEOMED w dniu 12 września 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie badanej próbki z pozycji nr 20

z części nr 41 zamówienia oraz złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu dokonanego pomiaru. Zamawiający pismem z dnia 13 września 2023 r. wyznaczył termin i miejsce udostępnienia próbek z pozycji nr 20 z części nr 41 zamówienia uzupełnionej przez wykonawcę NEOMED. Tym samym pismem Zamawiający udzielił odpowiedzi w zakresie sposobu dokonania pomiarów tzn. zgodnie zapisem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia („Podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonego po zewnętrznej ścianie”). Wykonawca NEOMED stawiał się w wyznaczonym miejscu i czasie, tj. w dniu 14 września 2023 r., gdzie dokonał oględzin i pomiarów próbek z pozycji nr 20 dla części nr 41 zamówienia w zakresie towaru zaoferowanego przez siebie. Wykonawca w dniu 15 września 2023 r. złożył wyjaśnienia, w których nie odniósł się do wykazanej przez Zamawiającego różnicy w wymiarach zaoferowanego towaru, nie odniósł się również do swoich oględzin próbki, a także nie przedstawił wyników swoich pomiarów dokonanych dzień wcześniej, a tym samym nie wykazał, że zaoferowany w pozycji nr 20 z części nr 41 zamówienia towar jest zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że nie posiada wiedzy w jaki sposób Zamawiający dokonuje pomiaru próbki, choć wynika to wprost z samego opisu przedmiotu zamówienia – „Podane wymiary są rozmiarem gotowego produktu mierzonego po zewnętrznej ścianie”. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach stwierdził, iż złożył próbki oferowanego towaru przed upływem terminu składania ofert i przed tym etapem postępowania zweryfikował swoje próbki. Zgodnie z dowodem w postaci wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 12 czerwca 2023 r. o uzupełnienie próbek, wykonawca ten nie złożył próbek towaru oferowanego w części nr 41 zamówienia przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca NEOMED nie zakwestionował zasadności wezwania do uzupełnienia próbek, a uzupełnił próbki dopiero po otrzymaniu wezwania do ich uzupełnienia,

5) Zamawiający dokonując badania próbek towaru zgodnie z warunkami określonymi w SWZ stwierdził w sposób nie budzący wątpliwości niezgodność zaoferowanego towaru w części nr 41 zamówienia pozycji nr 20 o nazwie „Pokrowiec foliowy” i numerze katalogowym „XL2200909230 / 90 cm x 220 cm” z wymaganiami Zamawiającego.

W związku z tym Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę NEOMED jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów nr 2 i nr 3 odwołania w całości oraz zarzutu nr 4 odwołania w części dotyczącej wykonawcy POV-GOL, przy jednoczesnym braku sprzeciwu ze strony tego wykonawcy co do uwzględnienia przez Zamawiającego w/w zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu zgodnie z art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy PZP. Do rozpoznania na rozprawie został więc skierowany zarzut nr 1 odwołania i zarzut nr 4 odwołania w części dotyczącej Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 listopada 2023 r. oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę NEOMED i stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Wykonawca NEOMED zarzucił Zamawiającemu w złożonym środku ochrony prawnej naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny,

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

- art. 239 ust. 2 ustawy PZP, według którego najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

O niezgodności oferty z warunkami zamówienia mówimy wtedy, gdy – idąc za definicją legalną „warunków zamówienia” określoną w art. 7 pkt 29 ustawy PZP – nie jest ona zgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W literaturze prawa zamówień publicznych do najbardziej typowych przykładów odrzucenia oferty na podstawie przesłanki sformułowanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zalicza się wystąpienie takich okoliczności jak zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia, np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, str. 716, teza 6].

W przedmiotowym przetargu Zamawiający wyraźnie przewidział w rozdziale 15 ust. 3 pkt 2 SWZ oraz w Załączniku nr 4 do SWZ, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanego pokrowca nieprzemakalnego na materac z przedmiotem zamówienia wykonawcy mieli złożyć po 5 sztuk próbek pokrowca. Próbkę, którą wykonawcy mają złożyć razem z ofertą, należy traktować zatem jako przykładowy egzemplarz oferowanego produktu. Próbka składanego przedmiotu powinna potwierdzać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, w tym te wyszczególnione w pozycji nr 20

Arkusza Asortymentowo-Cenowego dla części nr 41 zamówienia, albowiem – jak przewidział w rozdziale 15 ust. 4 SWZ Zamawiający – podane przez wykonawcę w Arkuszu Asortymentowo-Cenowym dane identyfikacyjne oferowanego towaru muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie we wszystkich próbkach ich dotyczących, co ma umożliwić w trakcie oceny ofert ich jednoznaczną identyfikację oraz potwierdzenie spełniania określonych w dokumentacji postępowania wymagań, cech lub kryteriów.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zaistniał przypadek niezgodności złożonej jako załącznik do oferty próbki pokrowca nieprzemakalnego na materac, który miał mieć rozmiar 90 cm x 220 cm, +1,5 / - 1,0 cm, z warunkami zamówienia. Po zmierzeniu przez Zamawiającego długości pokrowca po krawędzi zewnętrznej okazało się, że do wymaganych 220 cm długości brakuje jeszcze 14 cm. Choć Zamawiający nie utrwalił w żaden sposób samej czynności mierzenia pokrowca w trakcie jego badania, to nie budzi żadnych wątpliwości Izby, iż zarzucana niezgodność pokrowca z dokumentacją postępowania w rzeczywistości wystąpiła. Zdaniem wykonawcy NEOMED, to Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie udokumentował w jakikolwiek sposób wyników dokonanych przez siebie pomiarów, w tym nie dołączył do akt postępowania żadnej dokumentacji zdjęciowej z dokonanych oględzin próbki. Izba stwierdza, podziеляjąc jednocześnie pogląd Izby wyrażony w wyroku z dnia 22 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 728/20, iż żaden z przepisów ustawy PZP nie nakazuje Zamawiającemu dokumentowania przebiegu oceny próbki ani przez sporządzenie dokumentacji fotograficznej, ani przez nagranie wideo. Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie zdjęcia z pomiarów pokrowca, które Izba uznała za wiarygodne. Jednocześnie Izba odmówiła mocy dowodowej zdjęciom z mierzenia pokrowca złożonym do akt sprawy odwoławczej przez Odwołującego, albowiem nie można było stwierdzić, czy na tych zdjęciach zostało uwiecznione mierzenie pokrowca identycznego z próbką przekazaną Zamawiającemu na wezwanie. Izba wskazuje, że wykonawca NEOMED w dniu 14 września 2023 r. chociaż zapoznał się z próbką pokrowca złożoną w postępowaniu, dokonał jej oględzin i pomiaru, jednakże pomimo wyraźnego wezwania ze strony Zamawiającego do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych nie odniósł się do wykrytych przez Zamawiającego rozbieżności. W ocenie Izby nie było przeszkód, aby wówczas Odwołujący udzielając Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień załączył do nich protokół z własnych badań próbki, materiały fotograficzne lub wideo ukazujące sposób pomiaru pokrowca zgodnie z wytycznymi zawartymi w SWZ. Wykonawca NEOMED poprzestał jedynie na ogólnikowym podważaniu sposobu pomiaru pokrowca dokonanego przez Zamawiającego – bez wytknięcia konkretnych uchybień przy pomiarze i bez zaprezentowania rezultatów własnych pomiarów, które mogłyby wykazać przeciwieństwo ustaleń Zamawiającego – co w chwili obecnej należy uznać za nieprzekonujące i niewystarczające. Okoliczność, że Zamawiający nie podał w dokumentacji postępowania dokładnych wymiarów materaca, na który miała zostać założona próbka pokrowca, pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego i dla oceny miarodajności dokonanych przez niego pomiarów próbki zaferowanego pokrowca.

Odnoszenie przez Odwołującego zasady prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny do okoliczności dotyczących odrzucenia jego oferty nie może wywierać żadnego wpływu na decyzje Zamawiającego, który jest zobligowany do zweryfikowania zgodności przedłożonych mu przedmiotowych środków dowodowych z warunkami zamówienia. Skoro złożona próbka była jednoznacznie niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, to nie ma podstaw do podważania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast wskazywanie przez tego wykonawcę, że w przeszłości, w poprzednio prowadzonych przez tego samego Zamawiającego postępowaniach zaferował on ten sam rodzaj pokrowca lub nawet go dostarczył, nie oznacza automatycznie, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca ten złożył prawidłowe próbki pokrowca na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP okazał się być niezasadny. Podobnie za bezzasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, jako zarzut wynikowy względem zarzutu nr 1 odwołania. Niezależnie od powyższego należy też stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający miałby naruszyć kryteria oceny ofert w postępowaniu, natomiast samo odnoszenie naruszenia kryteriów oceny ofert do niewłaściwej, zdaniem Odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), który obejmował wynagrodzenie pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....