

Sygn. akt: KIO 2981/22

**WYROK**  
**z dnia 24 listopada 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2022 r. przez **wykonawcę Inov8 I. Ż. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża odwołującego Inov8 I. Ż. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Inov8 I. Ż. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Wyroby medyczne dla Oddziałów Okulistyki*”, nr postępowania: *DZP/151/2022*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2022 r., za numerem 2022/S 156-447071.

W dniu 10 listopada 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Inov8 I. Ż. spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 30 oferty wykonawcy OCUSTAR sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej OCUSTAR oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty OCUSTAR pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu i nie powinna być oceniana według kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OCUSTAR pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowane w pakiecie nr 30 gazy okulistyczne nie zawierają w zestawie strzykawki 75 ml, nie są gazami wielokrotnego użytku, oraz nie posiadają pojemnika 75 ml,
3. art. 223 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od OCUSTAR wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji kiedy Odwołujący w piśmie z dnia 25 października 2022 r. wskazał niezgodności zaoferowanych przez OCUSTAR gazów okulistycznych w pakiecie nr 30 z wymogami SWZ,
4. art. 16 pkt 1 ustawy pzp albowiem poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OCUSTAR w okolicznościach uzasadnionych wymogami SWZ oraz przepisami ustawy pzp Zamawiający traktuje w sposób dyskryminujący Odwołującego w postępowaniu naruszając tym samym zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie i uczciwą konkurencję wykonawców.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty OCUSTAR jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 30 postępowania,
- 2) odrzucenia w zakresie pakietu nr 30 oferty CUSTAR jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert w zakresie pakietu nr 30.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III SWZ przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie do Zamawiającego wyrobów medycznych dla Oddziałów Okulistyki w ilościach i w asortymencie wymienionych w Tomie nr III SWZ – szczegółowy przedmiot zamówienia. Zamówienie podzielone zostało na 40 pakietów. Odwołanie dotyczy pakietu nr 30 – gazy okulistyczne 2 pozycje asortymentowe, Pakiet nr 30 w pozycji nr 1 zakłada dostawę 45 sztuk gazów okulistycznych SF6 zawierający 4 zestawy do iniekcji: 75 ml strzykawka, igła 30G, filtr, łącznik, opaska na nadgarstek pacjenta. Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy. Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostawaniu się gazu z pojemnika. Pakiet nr 30 w pozycji nr 2 zakłada dostawę 140 sztuk gazów okulistycznych C3F8 zawierających 4 zestawy do iniekcji: 75 ml strzykawka, igła 30G, filtr, łącznik, opaska na nadgarstek pacjenta. Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy. Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostawaniu się gazu z pojemnika.

Na etapie przed ofertowym, w piśmie z dnia 15 września 2022 r., w odpowiedzi na pytanie nr 21 Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na gaz okulistyczny SF6 zawierający 30 ml sterylny pojemnik; filtr 0,22µm; strzykawka 60 ml; igła 30G, zestaw 5 etykiet, opaska dla pacjenta. Nadto, w tym samym piśmie w odpowiedzi na pytanie nr 22 Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na gaz okulistyczny C3F8 zawierający: 30 ml sterylny pojemnik; filtr 0,22µm; strzykawka 60 ml; igła 30G, zestaw 5 etykiet, opaska dla pacjenta (poniżej stosowne fragmenty pisma).

Wykonawca Ocustar w formularzu asortymentowo-cenowym w pakiecie nr 30 pozycja nr 1 zaoferował gaz okulistyczny Arceole SF6 o numerze katalogowym 311, producenta Arcad BVI (obecnie BVI Medical). Natomiast w pakiecie nr 30 pozycja nr 2 zaoferował gaz okulistyczny Arceole C3F8 o numerze katalogowym 313, producenta Arcad BVI (obecnie BVI Medical).

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2 SWZ Zamawiający wymagał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawca Ocustar nie dołączył do oferty oryginalnych kart katalogowych gazów okulistycznych Arceole wraz z stosownymi tłumaczeniami. Do oferty zostały dołączone katalogi stworzone przez Wykonawcę Ocustar na potrzeby niniejszego postępowania. Zaoferowane przez Ocustar w pakiecie nr 30 pozycja nr 1 oraz pozycja nr 2 gazy okulistyczne nie spełniają wskazanych w SWZ parametrów.

Odwołujący podniósł, że z zapisów zawartych w instrukcji użytku dołączanych do każdego opakowania gazów okulistycznych Arceole wynika wyraźnie, że gazy Arceole składają się z sterylne, jedno dawkowego pojemnika zawierającego 30 ml niesterylne gazu do chirurgii okulistycznej, sterylnej plastikowej strzykawki 50 ml z podziałką z możliwością montażu filtra 0,22 um, igły 30G, opaski na nadgarstek pacjenta umożliwiającej identyfikację użytkownika. Gaz dostarczany jest w zestawie z 5 etykietami dla pacjenta. Nie wskazane jest zastępowanie akcesoriów do podaży gazu Arceole innymi, niezatwierdzonymi produktami. Podobne zastrzeżenia zawiera broszura produktu dostępna na stronie internetowej producenta gazów okulistycznych Arcad BVI pod adresem <https://www.bvimedical.com/products/arceole/>. Broszura ta wprost wskazuje, że gazy okulistyczne Arceole składają się z 30 ml pojemnika jednorazowego użytku, filtra 0,22um; strzykawki 50 ml; igły 30G, zestawu 5 etykiet, opaski dla pacjenta. Zdjęcie dostępne na stronie internetowej producenta Arcad BVI przedstawia autentyczny pojemnik gazów okulistycznych na którym wyraźnie zaznaczona jest pojemność – 30 ml. To samo zdjęcie znajduje się na oficjalnej stronie Ocustar.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 21 oraz 22 jednoznacznie wyłączył możliwość zaoferowania gazów okulistycznych, które cechują wspomniane powyżej gazy Arceole. Analizując inne wyjaśnienia dostrzegł, że Zamawiający miał skonkretyzowane oczekiwania względem gazów okulistycznych. Wyjaśnienia do SWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto przekazując wyjaśnienia do SWZ, Zamawiający musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmian SWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofertę. Powyższe stanowisko jest jednomyślne w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 11.01.2019 roku sygn. akt 2642/18)

Wskazał dalej, że Odwołujący w dniu 10 października 2022 r. za pośrednictwem platformy przetargowej zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie oferty firmy Ocustar. Oferta została udostępniona przez Zamawiającego za pośrednictwem platformy przetargowej w dniu 25 października 2022 r. W wyniku analizy oferty złożonej przez Ocustar Odwołujący wprost stwierdził, że zaoferowane w pakiecie nr 30 gazy okulistyczne, w żaden sposób nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ. Nadto, przedłożone przez Ocustar katalogi produktów zostały wykonane na potrzeby niniejszego postępowania. Nie pokrywają się z rzeczywistością. Ocustar w katalogu produktów przedłożonych w niniejszym postępowaniu w pakiecie nr 30 użył zdjęcia opakowania gazów Arceole oraz skopiował opis gazów okulistycznych wymaganych przez Zamawiającego. W dniu 25 października 2022 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym opisał niezgodności zaoferowanych przez Ocustar gazów okulistycznych w pakiecie nr 30 z wymogami SWZ. Na pismo Odwołującego Zamawiający nie odpowiedział. Wskazał, że Zamawiający zaniechał odpowiedniej analizy treści pisma przesłanego przez Odwołującego. Zamawiający ma obowiązek każdorazowo badania czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia złożył informacje prawdziwe. Zamawiający dokonuje tego na podstawie dostępnych mu danych i nie ma obowiązku przeprowadzenia postępowania dochodzeniowego w celu sprawdzenia, czy wszystkie informacje są zgodne z rzeczywistością. Jednak, jeśli dysponuje informacjami znanymi mu np. z urzędu (z innych prowadzonych przez niego postępowań, czy z racji nałożonych ustawowo kompetencji), z informacji pozyskanych od innych zamawiających czy wykonawców, to ma obowiązek tę wiedzę zweryfikować i zbadać wpływ złożonej i niezgodnej z rzeczywistością informacji na wynik prowadzonego postępowania. (wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1262/12)

Mając na uwadze powyższe względy ofertę złożoną przez Ocustar należało w ocenie Odwołującego odrzucić na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy pzp, a zaniechanie tych czynności stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanego przepisu, a w konsekwencji art. 239 ust 1 ustawy pzp.

Odwołujący w sposób jednoznaczny wykazał na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz wskazał w ofercie Ocustar w jaki sposób ta niezgodność występuje w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Zamawiający musi mieć świadomość różnorodności kart katalogowych funkcjonujących w obiegu rynkowym oraz faktu iż Wykonawcy mogą składać karty katalogowe niezgodne z rzeczywistością jedynie w celu uzyskania zamówienia. Każdy z wykonawców składających

ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują (wyrok KIO z dnia 10 marca 2021 roku, sygn. akt KIO 509/21) Tym samym skoro wykonawca zaoferował produkty zawierające konkretne numery katalogowe, które nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie kształtu i wysokości oraz wymiarów jego oferta winna być odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ. (wyrok KIO z dnia 19 marca 2021, sygn. akt KIO 616/21)

W dniu 23 listopada 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: Załącznik nr 3 Wyciąg z instrukcji użytku gazów Arceole, Załącznik nr 4 Broszura gazów Arceole, Załącznik nr 5 Zdjęcie pojemnika gazów Arceole udostępnione na stronie Arcad BVI, Załącznik nr 6 Zdjęcie pojemnika gazów Arceole udostępnione na stronie Ocustar, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie: zrzut ze strony internetowej OCUSTAR 2 szt. (gaz Arceole Set Multidose Pure SF6) oraz dowód z okazania produktu gaz Arceole Set Multidose Pure SF6.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt III SWZ: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „1. Przedmiotem zamówienia są Wyroby medyczne dla Oddziałów Okulistyki. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Tomie III SWZ. 3. Przedmiot zamówienia został podzielony na pakiety (części).”

W myśl pkt VIII SWZ: INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH: „1. Zamawiający wymaga przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający przypomina, że Wykonawca ma obowiązek załączyć przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą i zwraca uwagę na treść art. 107 ust. 3 PZP. 2. Przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: a) Deklaracje zgodności CE dla zaoferowanych wyrobów medycznych. b) Opis zawierający szczegółowe dane/parametry przedmiotu zamówienia, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego oraz będą podstawą dokonania oceny jakościowej/technicznej (o ile dotyczy), w postaci ulotek informacyjnych, katalogów lub innych dokumentów dla wszystkich oferowanych dla dostawy pozycji stanowiących przedmiot zamówienia. Prosimy o wskazania strony oferty i zaznaczenie danych potwierdzających spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Szczegółowe wymagania zawiera w tom III SWZ. 3. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowo środki dowodowe, jeżeli potwierdzają, że zaoferowany przedmiot dostawy spełnia określone przez Zamawiającego wymagania określone w Tomie III SWZ. 4. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. 5. jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający informuje, że pomimo przewidzenia wezwania, nie wezwie do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub gdy mimo złożenia przedmiotowego

*środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”*

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia: Pakiet nr 30 w pozycji nr 1 zakładał dostawę 45 sztuk gazów okulistycznych SF6 zawierający 4 zestawy do iniekcji: 75 ml strzykawka, igła 30G, filtr, łącznik, opaska na nadgarstek pacjenta. Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy. Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostawaniu się gazu z pojemnika. Pakiet nr 30 w pozycji nr 2 zakładał dostawę 140 sztuk gazów okulistycznych C3F8 zawierających 4 zestawy do iniekcji: 75 ml strzykawka, igła 30G, filtr, łącznik, opaska na nadgarstek pacjenta. Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy. Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostawaniu się gazu z pojemnika.

W dniu 15 września 2022 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ m.in.:

*„Pytanie 3: Czy Zamawiający dopuści w pakiecie nr 30 gazy okulistyczne wraz z zestawami do iniekcji bez strzykawek? Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.*

*Pytanie 4: Czy Zamawiający dopuści w pakiecie nr 30 gazy okulistyczne wraz z zestawami do iniekcji z strzykawkami 60 ml? Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.*

*Pytanie 21: (pakiet nr 30, poz. 1) Czy Zamawiający dopuści SF6 zawierający: 30 ml sterylny pojemnik; filtr 0,22µm; strzykawka 60 ml; igła 30G, zestaw 5 etykiet, opaska dla pacjenta? Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.*

*Pytanie 22: (pakiet nr 30, poz. 2) Czy Zamawiający dopuści C3F8 zawierający: 30 ml sterylny pojemnik; filtr 0,22µm; strzykawka 60 ml; igła 30G, zestaw 5 etykiet, opaska dla pacjenta? Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.”*

Wykonawca OCUSTAR złożył wraz z ofertą Katalog przetargowy OCUSTAR 2022, w którym dla poz. 1 wskazał: „GAZ OKULISTYCZNY ARCEOLE SF6 Producent: ARCAD NR KATALOGOWY: 311, Zawiera 4 zestawy do iniekcji: Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostaniu się gazu z pojemnika - 75 ml strzykawka - igła 30G – filtr – łącznik - opaska na nadgarstek pacjenta, a dla poz. 1 wskazał: GAZ OKULISTYCZNY ARCEOLE C3F8 Producent: ARCAD NR KATALOGOWY: 313 Zawiera 4 zestawy do iniekcji 75 ml strzykawka Igła 30G Filtr Łącznik Opaska na nadgarstek pacjenta Objętość: 75 ml, wielowarstwowy sterylny pojemnik aluminiowy Do użytku wielorazowego z zamknięciem zapobiegającym wydostaniu się gazu z pojemnika.” Obok zdjęcie produktu ARCEOLE SF6. Do oferty załączył Deklarację zgodności EC dla zaoferowanego gazu oraz Certyfikat CE dla „Gaz do użycia



okulistycznego”, w tym „ARCEOLE Set Multidose C2F6, ARCEOLE Set Multidose C3F8, ARCEOLE Set Multidose SF6.”

Ponadto, w formularzu rzeczowo – cenowym Wykonawca dla pakietu 30 zaoferował: w poz. 1: Arcole SF6 Set Multidose, w poz. 2: Arcole C3F8 Set Multidose.

Pismem z dnia 26 października 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę OCUSTAR do złożenia wyjaśnień wskazując: *„Do Zamawiającego wpłynęło pismo o następującej treści: „Szanowni Państwo, Po analizie oferty umieszczonej w załączniku nr 1 do ww. postępowania, złożonej przez firmę Ocustar sp. z o.o. ul. Młyńska 5/9, 61-729 Poznań do pakietu nr 30 stwierdziliśmy liczne niezgodności oferowanego towaru z Państwa wymogami określonymi w SWZ z dnia 16.08.2022 roku I tak prosimy o uwzględnienie iż: - zaoferowane przez firmę Ocustar sp. z o.o. gazy okulistyczne w pakiecie nr 30 nie spełniają wymagań Zamawiającego gdyż nie zawierają w zestawie strzykawki 75 ml – zgodnie z specyfikacją techniczną udostępnioną na stronie internetowej producent oferuje strzykawkę 50 ml, - zaoferowane przez firmę Ocustar sp. z o.o. gazy okulistyczne w pakiecie nr 30 nie spełniają wymagań Zamawiającego gdyż nie są gazami wielokrotnego użytku – zgodnie z specyfikacją techniczną udostępnioną na stronie internetowej producent oferuje gazy jednorazowego użytku - zaoferowane przez firmę Ocustar sp z o.o. gazy okulistyczne w pakiecie nr 30 nie spełniają wymagań Zamawiającego gdyż, nie są gazami w pojemniku wielowarstwowym o pojemności 75 ml – zgodnie z specyfikacją techniczną udostępnioną na stronie internetowej producent oferuje gazy w pojemnikach 30 ml -na pytania dotyczące dopuszczenia gazów w pojemnikach 30 ml Zamawiający odpowiedziami z dnia 15.09.2022 roku (pytanie nr 21, pytanie nr 22) nie wyraził zgody. Do analizy użyto oficjalnej broszury gazu Arceole oraz informacji dostępnych na oficjalnej stronie producenta, zaoferowanych gazów - <https://www.bvimedical.com/products/arceole/>”. Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie złożonych, niezgodnych ze stanem faktycznym przedmiotowych środków dowodowych oraz wzywa do ustosunkowania się do zarzutów o niezgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SWZ.”*

Pismem z dnia 31 października 2022 r. Wykonawca OCUSTAR wyjaśnił: *„Dostarczamy najnowszą ulotkę gazów Arceole Multi oraz zdjęcie etykiety z oryginalnego opakowania dowodzącą o spełnieniu parametrów wymaganych przez zamawiającego. W Państwa piśmie porównywalicie i wymieniliście Państwo parametry gazu jednorazowego, który nie został przez nas zaoferowany. Zaoferowaliśmy gaz Arceole Multi czyli gaz wielokrotnego zastosowania posiadający: - strzykawkę o pojemności 75 ml -pojemnik metalowy wielowarstwowy o całkowitej pojemności 75 ml Dostępność produktu potwierdziliśmy również*

*dostarczając wraz z ofertą dokumenty rejestrowe produktu. Ze względu na przejęcie firmy Arcad przez koncert BVI strona internetowa producenta nie posiada jeszcze wszystkich aktualizacji, dlatego wraz z tym wyjaśnieniem załączamy oryginalną broszurę oraz etykietę.”*

Do wyjaśnień Wykonawca załączył:

- ulotkę gazów Arceole Multi: „*Gazy okulistyczne do endotamponady siatkówki ARCEOLE SF6 ARCEOLE C2F6 ARCEOLE C3F8 EN - Zestaw gazu wielorazowy Czysty gaz ARCEOLE jest obecny w sterylnym zestawie wielokrotnego użycia gotowym do użycia w celu endotamponaty siatkówki. Zapewnia bezpieczne użycie w kilku-dawkowej formie na sali operacyjnej. (...) Kompletny zestaw akcesoriów do gazu wielokrotnego użycia. Sterylny kit zawierający wszystkie potrzebne akcesoria • 3 filtry o średnicy 0.22 µm ilter • 75 mL strzykawka • 30G igła • 3 bransoletki dla pacjentów • Metalowy wielowarstwowy pojemnik o pojemności całkowitej 75 ml”*

- zdjęcie etykiety z oryginalnego opakowania Arceole Set Multidose C3F8: PL - Multidawkowy zestaw gazu okulistycznego, 3 x strzykawka 75 ml, 1 x gaz (brak informacji o pojemności).

Dowody Odwołujący:

- wyciąg z instrukcji użytku gazów Arceole,

- Broszura gazów Arceole – nie wynika z niej, że dotyczy produktu Multidose, część broszury przetłumaczona przez Odwołującego, pozostała treść Broszury nie została przedstawiona w języku polskim,

- zdjęcie pojemnika gazów Arceole udostępnione na stronie Arcad BVI – zdjęcie nie dotyczy produktu Multidose,

- zdjęcie pojemnika gazów Arceole udostępnione na stronie Ocustar – zdjęcie dotyczy gazu Arceole SF6 pojedynczej dawki, kod produktu 301,

- zrzut ze strony internetowej OCUSTAR 2 szt. (gaz Arceole Set Multidose Pure SF6): gaz jednorazowy o pojemności 30 ml, 3 strzykawki 50 ml i 3 filtry.

- dowód z okazania produktu gaz Arceole Set Multidose Pure SF6: gaz o pojemności 30 ml, 3 strzykawki 50 ml i 3 filtry.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć: „*środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych*

*z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.”*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*

Przedmiot sporu w zakresie postawionych zarzutów sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferta Wykonawcy OCUSTAR powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z uwagi na zaoferowanie w pakiecie 30 produktów niezgodnych z warunkami zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na niewykazanie podnoszonych w odwołaniu niezgodności.

Na wstępie podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”* Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: *„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada

warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że w odwołaniu Odwołujący podnosił niezgodność produktów zaoferowanych w pakiecie nr 30 przez Wykonawcę OCUSTAR z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, aby zestawy gazów okulistycznych zawierały strzykawki 75 ml, były gazami wielokrotnego użytku oraz posiadały pojemnik 75 ml.

Dokonując zatem na wstępie porównania treści oferty Wykonawcy OCUSTAR wraz ze złożonymi wyjaśnieniami z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia wskazać należy, że nie wykazuje ona niezgodności podnoszonych przez Odwołującego. Wykonawca OCUSTAR zaoferował w formularzu rzeczowo – cenowym dla pakietu 30 w poz. 1: Arcole SF6 Set Multidose, a w poz. 2: Arcole C3F8 Set Multidose. Do oferty dołączono również przedmiotowy środek dowodowy w postaci Katalogu Wykonawcy OCUSTAR, który potwierdza zaoferowanie zestawów zawierających strzykawki 75 ml, gaz wielokrotnego użytku oraz pojemnik 75 ml. W odniesieniu do powyższego Odwołujący poddawał w wątpliwość możliwość złożenia przedmiotowych środków dowodowych pochodzących od Wykonawcy oraz prawdziwość informacji zawartych w Katalogu. Zauważyć jednak trzeba, że Zamawiający precyzując jakich przedmiotowych środków dowodowych oczekuje nie wskazał, że powinny one pochodzić od producenta, nie określił także konkretnej postaci tych środków. Tym samym, należało uznać, że Katalog przetargowy złożony wraz z ofertą przez Wykonawcę OCUSTAR spełniał wymagania przedmiotowego środka dowodowego w tym postępowaniu, a więc opisu zawierającego szczegółowe dane/parametry przedmiotu zamówienia, które umożliwią potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych przez Zamawiającego w postaci ulotek informacyjnych, katalogów lub innych dokumentów dla wszystkich oferowanych dla dostawy pozycji stanowiących przedmiot zamówienia. Nawet jeśliby twierdzić inaczej, z czym Izba się nie zgadza, to Zamawiający dopuścił w niniejszym

postępowaniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W wyniku wyjaśnień treści oferty takie dodatkowe przedmiotowe środki dowodowe zostały złożone przez Wykonawcę OCUSTAR. Z tych dokumentów (ulotki gazów Arceole Multi oraz zdjęcia etykiety z oryginalnego opakowania) wynika potwierdzenie parametrów oferowanych produktów zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia.

Mając zatem na względzie, że oferta Wykonawcy OCUSTAR była spójna co do oferowanych produktów oraz ich zgodności z warunkami zamówienia to po stronie Odwołującego leżało wykazanie, że w rzeczywistości produkty te nie spełniają opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący temu obowiązkowi dowodowemu nie podolał.

Zauważenia wymaga, że w odwołaniu Odwołujący wszelkie twierdzenia oraz dowody odnosił do produktu Arceole a nie Arceole Multidose, a więc produktu, który nie został przez Wykonawcę OCUSTAR zaoferowany. W tym zakresie złożone do odwołania dowody Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, jako dotyczące innego produktu niż zaoferowany przez OCUSTAR. Dopiero na rozprawie Odwołujący złożył dowody i podniósł argumentację dotyczącą produktu Arceole Multidose wskazując, że dokumenty przedstawione przez Wykonawcę OCUSTAR są niezgodne z rzeczywistością.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie wskazania wymaga, że w świetle złożonego dowodu z okazania produktu Arceole SF6 Set Multidose Odwołujący wycofał się z twierdzenia podnoszonego w odwołaniu, że produkt zaoferowany przez Wykonawcę OCUSTAR jest produktem jednorazowym. W ocenie Izby, zaoferowanie produktu wielodawkowego wynika również już z samej nazwy produktu „Multidose” co w tłumaczeniu na język polski oznacza „wielodawkowy”. Ponadto Odwołujący przyznał, że istnieje możliwość zamiany produktów zawartych w zestawie ale wyłącznie w zakresie pojemności strzykawki, co jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca OCUSTAR mógł produkt o deklarowanych parametrach zaoferować. Odwołujący podtrzymał jedynie twierdzenia o niezgodności pojemnika gazu z wymaganiem dotyczącym pojemności. Odwołujący podnosił, że Wykonawca OCUSTAR nie mógł zaoferować pojemnika o pojemności 75 ml, ponieważ producent nie produkuje pojemników o takiej pojemności. Okoliczność ta nie została jednak przez Odwołującego wykazana i pozostaje gołosłownym twierdzeniem. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnego dowodu chociażby w postaci oświadczenia producenta na potwierdzenie stawianych tez. W świetle powyższego Izba uznała dowody przedłożone przez Odwołującego za niewystarczające dla stwierdzenia, że Wykonawca OCUSTAR nie mógł zaoferować produktów w pakiecie nr 30 o deklarowanych przez Wykonawcę parametrach. Irrelevantne dla przesądzenia o takiej niezgodności są także

twierdzenia podnoszone w odniesieniu do złożonych przez Wykonawcę OCUSTAR wyjaśnień. Odwołujący nie kwestionował przy tym aby nie doszło do przejęcia firmy Arcad przez koncert BVI, a jedynie że nieprawdziwe są informacje dotyczące aktualizacji stron internetowych oraz przedstawione w złożonych przez Wykonawcę OCUSTAR dokumentach: ulotka i broszura. Okoliczności te nie zostały wykazane, a Odwołujący opierał się w tym zakresie na własnych domysłach i podejrzeniach. Odwołujący podnosił także, że Deklaracja zgodności EC dla zaoferowanego gazu oraz Certyfikat CE dla „Gaz do użycia okulistycznego” są datowane na 2019 r., co w ocenie Odwołującego potwierdzało niemożliwość zaoferowania innych produktów niż okazane przez Odwołującego na rozprawie. Jak słusznie wskazał Zamawiający, dokumenty te dotyczą gazu okulistycznego a nie jego pojemności, a więc argumentacja Odwołującego również w tym zakresie była niezasadna.

W konsekwencji uznać należało, że oferta Wykonawcy OCUSTAR spełnia wymagania Zamawiającego, a zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od OCUSTAR wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji kiedy Odwołujący w piśmie z dnia 25 października 2022 r. wskazał niezgodności zaoferowanych przez OCUSTAR gazów okulistycznych w pakiecie nr 30 z wymogami SWZ. Powyższy zarzut nie został wycofany, pomimo że Odwołujący na rozprawie odnosił się do treści złożonych w postępowaniu przez Wykonawcę OCUSTAR wyjaśnień. Okolicznością bezsporną było zatem, że Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy OCUSTAR z wezwaniem do wyjaśnień cytując zarzuty Odwołującego stawiane wobec oferty OCUSTAR w piśmie z dnia 25 października 2022 r. Niewątpliwie w postępowaniu nie doszło więc do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu wyjaśnień treści oferty Wykonawcy OCUSTAR, a zatem zarzut nie potwierdził się.

Mając na względzie, że pozostałe zarzuty odwołania miały charakter wynikowy w odniesieniu do zarzutów głównych odwołania, które nie zasługiwały na uwzględnienie Izba uznała, że nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty naruszenia art. 16 ust. 1 oraz art. 239 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....