

Sygn. akt: KIO 1036/14

WYROK
z dnia 4 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez wykonawcę **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze w zakresie części 30 zamówienia i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert w tej części zamówienia;**
2. **kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków** na rzecz wykonawcy **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** kwotę **4 041 zł 88 gr** (słownie: cztery tysiące czterdzieści jeden złotych osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę materiałów medycznych jednorazowego użytku (DZP-LS-271-20/2014)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 4 lutego 2014 r. pod nr 2014/S 024-037578.

W postępowaniu tym wykonawca Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 maja 2014 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 16 maja 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 23 maja 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 26 maja 2014 r. do Prezesa KIO złożył swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca SKAMEX Sp. z o.o. Sp. komandytowo akcyjna z siedzibą Łodzi.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 3 maja 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł zarzut wobec czynności Zamawiającego dotyczącej odrzucenia jego oferty w zakresie pakietu numer 30. Nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, który uznał ofertę Odwołującego złożoną w pozycji 4 pakietu 30 za niespełniającą wymagań zawartych w SIWZ i wskazując, że zaoferowany przez

Odwołującego produkt służy do toalety całego ciała, a tym samym nie może być stosowany podczas opieki nad pacjentem z nietrzymaniem moczu oraz stolca.

W związku z powyższym wniósł o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i podkreślił, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający w pozycji 4 zawarł wymagania: *„Nawilżone ściereczki ochronne umożliwiające łatwą i kompleksową opiekę w nietrzymaniu moczu / stolca pakowane po 3 szt., nasączone środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu / stolca.”*. Podkreślił też, że w odpowiedzi na pytanie do SIWZ złożone w postępowaniu zostały przez Zamawiającego dopuszczone produkty równoważne, w tym m.in. *„Dopuszcza się ściereczki do toalety pacjenta w rozmiarze 22 x 22 cm, o właściwościach czyszczących, nawilżających, usuwających przykry zapach oraz ochronnych poprzez pozostawienie bariery dimetikonowej chroniącej przed zapaleniem skóry i odleżynami związanymi z nietrzymaniem stolca i moczu, w składzie: 3% dimetikon, nie splukiwany preparat oczyszczający o zrównoważonym pH, aloes, witamina E, dezodorant”*.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez niego w pozycji 4 pakietu 30 myjki Oasis Bed Bath firmy Synergy Health o numerze katalogowym RSC910N, zawierają w swoim składzie m.in. dimetikon, który umożliwia stworzenie na skórze bariery hydrofobowej, by jednocześnie zapewnić jej nawilżenie (lub spowolnić dehydrację) dzięki czemu myjki mogą być stosowane zarówno do standardowej toalety pacjenta, jak i do opieki nad pacjentem mającym problemy z nietrzymaniem moczu i stolca. W związku z wątpliwościami Zamawiającego co do zaoferowanego produktu w dniu 24 kwietnia 2014 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień i potwierdzenia, iż oferowane produkty umożliwiają opiekę nad pacjentem z problemem nietrzymania moczu oraz stolca. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia oraz ulotkę informacyjną, które – według niego - w wyczerpujący sposób potwierdziły, iż zaoferowane produkty mogą być stosowane podczas kompleksowej toalety pacjenta, również podczas szczególnego przypadku jakim jest opieka nad pacjentem z problemem nietrzymania moczu oraz stolca. Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedziach na zapytania Zamawiający dopuścił myjki, które działają na tej samej zasadzie, czyli dzięki zawartemu w składzie dimetikonowi tworzona jest warstwa ochronna na skórze, która tym samym ją zabezpiecza przed szkodliwym działaniem moczu oraz kału. Podkreślił też, że wybrana w postępowaniu oferta Przystępującego, który zaoferował produkty firmy Sage również oparte są na dimetikonie jako składniku chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu oraz stolca. W tym wypadku jednak podkreślił, że Zamawiający nie miał najmniejszych wątpliwości wybierając tą ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał też, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający uznał również, iż na opakowaniu myjek nie ma informacji o zastosowaniu tego produktu u pacjenta z nietrzymaniem moczu oraz stolca, a jedynie informacja o możliwości kompleksowej toalety całego ciała. Odwołujący podkreślił jednak, że w SIWZ Zamawiający nie stawiał takiego wymogu, aby na opakowaniu było szczegółowo opisane zastosowanie w każdym możliwym przypadku. Według niego fakt ten został potwierdzony przez niego w postaci dołączonych ulotek oraz wyjaśnień, natomiast okoliczność, iż firma Synergy Health posiada w swojej ofercie inne linie produktów nie ma w tej sprawie większego znaczenia. Podkreślił, że Firma Synergy Health jest firmą międzynarodową i posiada różne linie produktów przeznaczone na różne rynki oraz dla różnych grup odbiorców.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko dodatkowo złożył jako dowód w sprawie oświadczenie producenta oferowanego produktu firmy Synergy z maja 2014 r., wystawione przez producenta na potrzeby niniejszego postępowania na okoliczność wykazania, że oferowany Zamawiającemu produkt – ściereczki Oasis Bed Bath - mają służyć także ochronie skóry pacjentów, w tym problemami niedotrzymania moczu i stolca.

Odwołujący w efekcie wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 3 czerwca 2014 r.), w której wniósł o jego oddalenie. W odpowiedzi tej zakwestionował stanowisko Odwołującego, jakoby faktyczną podstawą odrzucenia jego oferty było uznanie przez Zamawiającego, że oferowany przez niego produkt „nie może być stosowany podczas opieki nad pacjentem z nietrzymaniem moczu oraz stolca”. Przywołał w tym względzie swoje pełne uzasadnienie podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Dodatkowo podniósł, że opisując wymogi w zakresie pakietu nr 30 w SIWZ celowo i świadomie zawarł w niej dwie odrębne pozycje (3 i 4), opisując w nich zamawiane wyroby. Podkreślił, że takie wyodrębnienie pozycji nie było przypadkowe, bowiem wymagał zaoferowania produktów różniących się przeznaczeniem, a przez to i właściwościami. Wskazał, że produkt opisany przez niego w poz. 3 ma służyć do toalety pacjenta w standardowych przypadkach (brak dodatkowych wskazań), natomiast produkt z poz. 4 ma służyć do toalety pacjenta w szczególnym przypadku, jakim jest nietrzymanie moczu i stolca, stąd w opisie produktu wymóg, aby oferowany produkt był nasączony środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu i stolca. Podkreślił, że Odwołujący w poz. 4 zaoferował ten sam produkt co w poz. 3, a ponieważ produkt ten nie posiada cech, które wskazywałyby na możliwość jego zastosowania w toalecie pacjentów z przypadkami nietrzymania moczu i stolca oferta

Odwołującego została odrzucona. Zamawiający zgodził się także ze stanowiskiem Przystępującego wyrażonym w tym względzie w zgłoszeniu przystąpienia. Zamawiający podkreślił jeszcze, że gdyby w poz. 4 wymagał zaoferowania produktów posiadających takie właściwości jak produkty w poz. 3 to nie tworzyłby dwóch odrębnych pozycji tylko zwiększyłby zamawianą ilość w poz. 3.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na rozprawę.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Podkreślał, że Zamawiający w wymogach SIWZ co do pakietu nr 30 wyraźnie zróznicował produkty i poz. 3 wymagał produktu do toalety pacjenta, zaś w poz. 4 produktu o właściwościach ochronnych przy nietrzymaniu moczu i stolca i nasączonego środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu / stolca. Jego zdaniem Zamawiający wyraźnie sprecyzował szczegółowe wymogi odnośnie cech produktu: „nawilżone ściereczki ochronne” oraz „nasączone środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu / stolca”. Przystępujący wskazał na rozumienie słowa; „ochronne” jako stanowiące osłonę przed czymś niebezpiecznym lub szkodliwym. Wskazał też, że istotą produktów ochronnych umożliwiających kompleksową opiekę w nietrzymaniu moczu / stolca jest działanie ochronne skóry pacjenta poprzez stworzenie osłony dla niekorzystnego odczynu pH stolca i moczu zawartych w niej składników oraz wody powodującej nadmierną wilgotność przed tzw. zapaleniem skóry związanym z nietrzymaniem moczu / stolca będącego bardzo istotnym czynnikiem ryzyka w powstawaniu odleżyn. Wskazał też na produkt oferowany w tej pozycji w jego ofercie, który swoje cechy produktu zawdzięcza zawartości dimetikonu w stężeniu 3% co potwierdzone jest na każdym opakowaniu produktu. Przystępujący podkreślił, że kierując się powyższymi właściwościami produktów ochronnych Zamawiający w modyfikacji SIWZ dopuścił dimeticon w stężeniu 3% jako środek chroniący skórę pacjenta przy nietrzymaniu moczu / stolca w nawilżonych ściereczkach ochronnych. Przystępujący podniósł, że zaoferowany przez Odwołującego produkt nie zawiera w swoim składzie dimetikonu, jak wskazywał Odwołujący, lecz zawiera substancję PEG-12 dimetihcone wymienioną w składzie składników aktywnych na każdym opakowaniu, tymczasem Zamawiający nie dopuszczał takiej substancji, jedynie wielkość opakowań 5 szt. Podkreślił, że substancja PEG-12 dimetihcon nie jest środkiem chroniącym skórę jak tego wymagał Zamawiający w SIWZ. Wskazał na dane pochodzące z bazy danych substancji i składników kosmetycznych Komisji Europejskiej (CosIng), gdzie wskazana substancja jest wymieniona tylko jako substancja odżywiająca skórę, odżywka dla skóry, zaś nie występuje ona tam jako środek chroniący skórę. Przystępujący wskazał też, że do swojej

oferty Odwołujący dołączył ulotkę informacyjną dotyczącą oferowanego produktu, w której nie ma żadnego potwierdzenia odnośnie ochronnego charakteru ściereczki umożliwiających łatwą i kompleksową opiekę w nietrzymaniu moczu / stolca oraz informacji o nasączeniu środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu / stolca. Na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący dostarczył ulotkę, z której opisu wynika, że jednym ze składników oferowanego produktu jest dimeticon, co – zdaniem Przystępującego - nie jest zgodne z prawdą ponieważ na opakowaniach produktu wymieniona jest substancja PEG-12 dimethicone, która to substancja nie jest tożsama z dimeticonem. Powoływał się także na informacje zamieszczone na stronie internetowej producenta oferowanych przez Odwołującego chusteczek (Synergy Health), z których nie wynika, aby oferowany przez Odwołującego produkt posiadał cechy wymagane w SIWZ. Wskazał też, że producent tych produkt posiada swojej ofercie produkt specjalnie dedykowany do ochrony skóry u pacjentów z nietrzymaniem moczu i stolca (nr kat. RSC 555), co potwierdza jego zdaniem stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podkreślił, że dysponowania przez wskazanego producenta produktów dwóch odrębnych produktów, nie można tłumaczyć posiadaniem różnych linii produktów z przeznaczeniem na różne rynki oraz dla różnych grup odbiorców, ponieważ powyższe mogłoby nasuwać skojarzenia z nierównym traktowaniem odbiorców i wprowadzaniem w błąd klientów.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo przedłożył jako dowód w sprawie dwa materiały opracowane przez siebie w oparciu o informacje zamieszczone na stronach internetowych przywołane w tych materiałach, dotyczące oferowanego przez siebie produktu, jak i produktu oferowanego przez Odwołującego dla wykazania, iż produkt Przystępującego posiada w swoim składzie dimeticon w stężeniu 3% wg wymagań Zamawiającego, zaś produkt Odwołującego nie spełnia tego wymogu, a posiada w swoim składzie substancję PEG-12 dimethicon, która nie spełnia wymogów SIWZ. Dodatkowo złożył również wniosek o przeprowadzenie dowodu z oględzin produktu oferowanego przez Odwołującego i Przystępującego dla celów wykazania, że oferowany przez Odwołującego produkt, po jego zastosowaniu, nie pozostawia warstwy ochronnej na skórze zgodnie z wymogami SIWZ. Wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu

posiedzenia i rozprawy, dokumenty złożone tak przez Przystępującego, jak i Odwołującego, oraz dowód z oględzin próbki oferowanego przez Odwołującego produktu, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżona przez niego czynność dotyczy odrzucenia jego oferty w postępowaniu, co w konsekwencji w sposób bezpośredni pozbawiało możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 4 lutego 2014 r. Zamawiający przeprowadził postępowanie na 40 części zamówienia, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Zamawiający w SIWZ w zakresie części nr 30 zamówienia w załączniku nr 1a do SIWZ wskazał m.in. na następujące wymogi:

- w poz. nr 3: *„Myjki do toalety pacjenta, bezzapachowe, o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone, nie wymagający splukiwania roztwór oczyszczający i nawilżający z zawartością aloesu lub alantoiny, pakowane po 5 szt.”*
- w poz. nr 4: *„Nawilżone ściereczki ochronne umożliwiające łatwą i kompleksową opiekę w nietrzymaniu moczu / stolca pakowane po 3 szt., nasączone środkiem chroniącym skórę przy nietrzymaniu moczu – stolca.”*

Jednocześnie też, Zamawiający na skutek zapytań do SIWZ składanych przez wykonawców wprowadził dopuszczenia określonych produktów jako równoważne w ramach poz. 4:

- *„Dopuszczenie ściereczek pakowanych po 5 sztuk bez przeliczania zamawianych ilości, spełniające pozostałe wymagania SIWZ”*
- *„Dopuszcza się ściereczki do toalety pacjenta w rozmiarze 22 x 22 cm, o właściwościach czyszczących, nawilżających, usuwających przykry zapach oraz ochronnych poprzez pozostawienie bariery dimetikonowej chroniącej przed zapaleniem skóry i odleżynami związanymi z nietrzymaniem stolca i moczu, składzie 3% dimeticon, niespłukiwany preparat oczyszczający o zrównoważonym pH, aloes, witamina E, dezodorant.”*
- *„Dopuszcza się możliwość podgrzewania”.*

Zamawiający w pkt 6.3.1 SIWZ oczekiwał od wykonawców przedłożenia dokumentów, które potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj. zażądał: materiałów firmowych np. folderów, katalogów materiałów informacyjnych, kart charakterystyki, ulotek, oświadczeń producenta – potwierdzających, że oferowany asortyment jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i potwierdza wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry. Jednocześnie też wskazał na wymóg dołączenia do oferty próbek oferowanych produktów, w tym w części 30 zamówienia co do poz. 3 i 4 po jednym opakowaniu z każdej pozycji, zaznaczając, że próbki wykorzystane zostaną do sprawdzenia zgodności oferowanych produktów z opisem przedmiotu zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 3 kwietnia 2014 r., do Zamawiającego w zakresie części 30 zamówienia wpłynęły 4 oferty, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.

W ofercie Odwołującego w zakresie przywołanych wymogów SIWZ co do części 30 zamówienia dot. poz. 3 i 4 załącznika nr 1a do SIWZ wskazano na zaoferowanie tego samego produktu ściereczek OASIS BED BATH, bezzapachowa / Synergy Health nr katalogowy: RSC910N. Do oferty dołączono materiał informacyjny (ulotka) i próbkę dotyczącą oferowanego produktu.

Zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania próbek wyrobów oferowanych w części nr 30 zamówienia w poz. 4 oraz dokumentów (materiałów firmowych) potwierdzających, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że dokumenty i próbki złożone w ofercie nie potwierdzają, że oferowane myjki są przeznaczone

do stosowania w przypadku nietrzymania moczu i stolca, a wyroby zaoferowane w poz. 4 są takimi samymi wyrobami jak produkty zaoferowane w poz. 3.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, wskazując, że myki zaoferowane w poz. 3 i 4 pakietu 30 posiadają w składzie m.in. dimetikon, który umożliwia stworzenie na skórze bariery hydrobowej, by jednocześnie zapewnić jej nawilżenie lub spowolnić dehydrację, dzięki czemu myjki mogą być stosowane zarówno do standardowej toalety pacjenta, jak i do opieki na pacjentem mającym problemy z nietrzymaniem moczu i stolca. W załączeniu przekazał także materiał informacyjny i próbkę dotyczące oferowanego produktu. W załączonym materiale informacyjnym stwierdza się m.in., że: *„Zastosowany w składzie dimetikon umożliwia stworzenie na skórze bariery hydrobowej, by jednocześnie zapewnić jej nawilżenie (lub spowolnić dehydrację) dzięki czemu myjki mogą być stosowane zarówno do standardowej toalety pacjenta, jak i do opieki nad pacjentem mającym problemy z nietrzymaniem moczu i stolca.”*

Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 30 zamówienia, tj. oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z SIWZ. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że Odwołujący w poz. 4 części nr 30 zamówienia zaoferował produkt w postaci myjek do całego ciała, a powyższe potwierdzały materiały informacyjne i próbki złożone do oferty. Podkreślił też, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego próbki i materiały informacyjne nie potwierdzają stawianych wymagań wobec produktu z tej pozycji. Podkreślił, że z opisu na opakowaniu myjek jednoznacznie wynika, że służą one do wykonywania toalety całego ciała nie ma natomiast informacji o zastosowaniu owych myjek do wykonywania toalety, w tym w szczególnym przypadku jakim jest nietrzymanie moczu i stolca. Zamawiający podkreślił również, że producent zaoferowanych myjek posiada inne specjalne myjki do toalety w przedmiotowym przypadku, co wskazuje na różnicowanie i odmiennosc stosowania myjek do toalety całego ciała od myjek do toalety w przypadku nietrzymania moczu i stolca.

Wskazana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że zasługuje on na uwzględnienie.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i uznania przez Zamawiającego, że jest ona sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie części nr 30 zamówienia było stwierdzenie, że Odwołujący w poz. 4 tej części zamówienia zaoferował produkt identyczny z produktem zaoferowanym w poz. 3, zaś Zamawiający w poz. 4 zamówienia wprowadził szczególne wymagania, aby wymagane myjki do ciała były dedykowane w szczególności do opieki pacjentów w nietrzymaniu moczu i stolca. Zamawiający argumentował powyższe również tym, że producent oferowanych przez Odwołującego ściereczek posiada w swojej ofercie taki szczególny produkt, który dedykowany byłby do higieny miejsc intymnych i miałby walory ochronne dla skóry pacjenta. Tymczasem Odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów przedłożył Zamawiającemu materiał informacyjny od producenta tego produktu, który wprost potwierdza możliwość zastosowania tego produktu do opieki nad pacjentem mającym problemy z nietrzymaniem moczu i stolca. Powyższe zostało także potwierdzone dodatkowo podczas rozprawy podobnym oświadczeniem producenta tych produktów. Zdaniem Izby dokument przedmiotowy oczekiwany przez Zamawiającego zgodnie z wymogami SIWZ dla potwierdzenia spełniania wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, potwierdza spełnianie tych wymogów. Wskazuje on na możliwość zastosowania oferowanego produktu do opieki nad pacjentami z problemami nietrzymania moczu i stolca, zatem spełnia wymagania SIWZ w tym zakresie. Okoliczność, iż producent oferowanych produktów posiada w swojej ofercie inny, szczególny produkt, który być może w lepszy sposób spełniałby oczekiwania Zamawiającego (byłby dla niego i dla pacjentów korzystniejszy) nie może stanowić podstawy do uznania, że Odwołujący zaoferował produkt niezgodny z wymogami SIWZ, skoro te zostały potwierdzone w odniesieniu do oferowanego produktu. Jeśli Zamawiający miał w tym zakresie jakieś szczególne wymagania powinien je w sposób wyraźny określić w SIWZ, czy też np. wprowadzić ocenę oferowanych produktów pod kątem lepszego spełniania wymogów jakościowych co do oczekiwanych produktów w ramach kryteriów oceny ofert. Takiej oceny Zamawiający nie wprowadził w SIWZ. Do SIWZ Zamawiający nie wprowadził również jasnego i czytelnego opisu swoich wymagań w zakresie zaoferowania mu produktu, który miałby być stosowany wyłącznie, czy też specjalnie do toalety miejsc intymnych, a w szczególności wobec pacjentów z problemem nietrzymania moczu i stolca. Powyższego nie można – zdaniem Izby – wywodzić jedynie z rozdzielenia wymagań co do oferowania myjek do toalety pacjenta pakowanych po 5 szt. (poz. 3) od wymagań co do oferowania nawilżonych ściereczek ochronnych umożliwiających kompleksową opiekę nad pacjentem z nietrzymaniem moczu i stolca pakowanych po 3 szt. (poz. 4). Jeśli zatem produkt oferowany przez Odwołującego w poz. 3 jako produkt do toalety pacjenta odpowiada również zastosowaniu produktu opisanego z poz. 4 formularza i może służyć do opieki nad pacjentami z nietrzymaniem moczu i stolca, to również spełnia w tym

zakresie wymogi SIWZ. Okoliczność zastosowania zaoferowanych ściereczek do opieki nad pacjentami ze wskazanymi problemami została potwierdzona przez Odwołującego poprzez przywołany dokument przedmiotowy, uzupełniony przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający z opisu w tym materiale, iż może on być zastosowany do opieki nad tymi szczególnymi pacjentami, nie może wywodzić niezgodności oferty z treścią SIWZ, dlatego, że materiał nie wskazuje na szczególną dedykację tego produktu do stosowania właśnie wobec wskazanych pacjentów. Jest to zbyt daleko idąca interpretacja oczekiwań Zamawiającego, którym nie dał wyrazu opisie przedmiotu zamówienia.

Co do kwestii związanej ze składem oferowanego produktu, to Izba nie stwierdziła w tym zakresie również precyzyjnych wymagań SIWZ. Dopuszczenie, które znalazło się w opisie poz. nr 4 części 30 zamówienia, iż Zamawiający dopuszcza określone produkty, które będą miały w swoim składzie m. in. 3% składnik dimeticonu, nie można traktować – zresztą za zgodnym oświadczeniem Odwołującego i Zamawiającego złożonym w toku rozprawy w tym zakresie – że jest to podstawowy wymóg SIWZ odnoszący się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odpowiadając na zapytania do SIWZ określonych podmiotów co do konkretnych, będących na rynku produktów, dopuszczał możliwość złożenia oferty w postępowaniu z takim to produktem o określonych parametrach w tym co do 3% dimeticonu, czy też np. ilości pakowanych chusteczek (po 5 sztuk a nie po 3 sztuki wedle podstawowych wymagań SIWZ). Zamawiający zatem odpowiadając na zapytania do SIWZ nie weryfikował w tym zakresie podstawowych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Przyjmując, że taki wymóg co do 3% dimeticonu Zamawiający postawił konsekwentnie należałoby przyjąć, że wymaga on również np. ilości pakowanych sztuk chusteczek (5 sztuk), czy też tego, że produkt będzie posiadał w swoim składzie aloes, czy też będzie w formie dezodorantu. Nie mają zatem w tym kontekście znaczenia wywody Przystępującego, co do kwestii określonego składu chemicznego w oferowanym produkcie, to czy w skład tego produktu wchodzi dimeticon czy substancja PEG-12 dimethicone. Istotą spełniania podstawowych wymogów Zamawiającego co do oferowanego produktu jest to, iż ma on właściwości ochronne i służy pacjentom z problemem nietrzymania moczu i stolca, co zostało potwierdzone w materiale informacyjnym producenta oferowanego przez Odwołującego produktu. Również z tego powodu Izba oddaliła wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin próbki oferowanego przez Odwołującego produktu, przeprowadzając jednocześnie dowód z oględzin próbki produktu oferowanego przez Odwołującego, która była w dyspozycji Zamawiającego w trakcie czynności badania i oceny ofert. Wniosek ten został oddalony także z tego powodu, że, że zgromadzony materiał dowodowy w sprawie okazał się wystarczający dla wydania rozstrzygnięcia w sprawie, zaś przeprowadzenie wskazanego dowodu (próbki produktu Odwołującego będącej w dyspozycji

Przystępującego) dawałoby nieporównywalne i niewymierne efekty, biorąc pod uwagę wymogi SIWZ w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł, koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 407,88 zł, koszty opłaty skarbowej w kwocie 34 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: