

WYROK
z dnia 19 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2020 r. przez wykonawcę Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w części dotyczącej zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Mercant Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim zarzut ten odnosił się do braku wskazania pojemności opakowania oferowanego produktu w zadaniu nr 82;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich na rzecz zamawiającego Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych przeznaczonych do odświeżania zestawów medycznych poziomu 1 z przeznaczeniem dla RBZMED (nr ref. WOFiTM/40/2020/PN, zadania nr 70 i 82) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2020 r. pod numerem 139-341418. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 października 2020 r. wykonawca Tramco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wolskich (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 70 i 82 oferty wykonawcy Mercant Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Mercant”) oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, pomimo że nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mercant, pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu w postępowaniu i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, podlegającej odrzuceniu, oferty Mercant;
3. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez uznanie, że oferta wykonawcy Mercant, która powinna podlegać odrzuceniu, jest ofertą najkorzystniejszą zamiast oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Mercant jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mercant jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Mercant, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty w zakresie zdania 70 Odwołujący przedstawił wymagania SIWZ w oparciu o załącznik nr 5 oraz odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 53, wskazując, iż zgodnie z udzieloną odpowiedzią zaoferował produkt leczniczy Tetraspan 60mg/ml hes rozt. do infuzji 0,06g/ml 10 poj. A 500 ml (ecoflack) w ilości 201 opakowań gwarantowanych i 201 opakowań opcjonalnych. Odwołujący zauważył, iż skład produktów leczniczych jest określony w dokumencie zwanym „Charakterystyka Produktu Leczniczego”, który jest dokumentem udostępnianym publicznie przez podmiot odpowiedzialny za dany produkt leczniczy i jest dokumentem powszechnie dostępnym dla pacjentów, lekarzy, podmiotów leczniczych oraz hurtowni farmaceutycznych, w tym w oficjalnym rejestrze produktów leczniczych na stronie internetowej <https://pub.rejestrymedyczne.csioz.gov.pl/>. Charakterystyka produktu leczniczego Tetraspan potwierdza, iż produkt ten spełnia wymogi określone w Załączniku nr 5 do SIWZ, a następnie doprecyzowane w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 53 do SIWZ zadane przez Odwołującego, w tym wymóg w zakresie wymaganej ilości CH₃COO (octany) - 24 mmol/l. Odwołujący przedstawił wyciąg z charakterystyki produktu leczniczego Tetraspan 60mg/ml roztwór do infuzji, w którym wskazano m.in. zawartość hydroksyetylosrobii 60,0g, chlorku sodu 6,25g i stężenie elektrolitów: sód 140.0 mmol/l, potas 4.0 mmol/l, wapń 2,5 mmol/l, magnez 1.0 mmol/l, chlorki 118.0 mmol/l, octany 24.0 mmol/l, l-jabłczany 5.0 mmol/l. Oferta Odwołującego złożona w zakresie zadania 70 nie została odrzucona przez Zamawiającego i jest drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy Mercant nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zadania 70 w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca w tym zakresie zaoferował produkt leczniczy Voluven (60mg + 9 mg)/ml, roztwór do infuzji, który nie odpowiada ani pierwotnej treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) tj. Hydroxyethylamylum, roztwór do infuzji, 60 mg/ml, 500 ml lub Dextranum roztwór do infuzji 60 mg/ml 1 poj. 500 ml, ani opisowi produktu określonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego (pytanie nr 53). Analiza treści zatwierdzonej charakterystyki produktu leczniczego Voluven (60mg + 9 mg)/ml, roztwór do infuzji wskazuje, bowiem jednoznacznie, iż jest to inny produkt leczniczy niż określony w SIWZ, gdyż zawiera dodatkowo obok 60 g hydroxyethylamylum (hydroksyetyloskrobi HES) również substancję czynną chlorek sodu, o czym świadczy już sama pełna nazwa produktu leczniczego Voluven (60mg + 9 mg)/ml, roztwór do infuzji. Produkt ten też nie zawiera substancji czynnej dextranum, ani jego skład nie jest tożsamy z produktem leczniczym

Dextranum, którego dopuszczenie do obrotu na terenie Polski wygasło w dniu 17 kwietnia 2018 roku. Analiza treści zatwierdzonej charakterystyki produktu leczniczego Voluven (60mg + 9 mg)/ml wskazuje również, że jest to produkt o innym składzie (parametrach) niż dopuszczony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 53 do SIWZ produkt leczniczy (większa ilość chlorku sodu oraz inny skład i ilość elektrolitów). Odwołujący przedstawił wyciąg z charakterystyki produktu leczniczego Voluven (60mg+9mg)/ml, roztwór do infuzji, wskazujący na skład produktu, w tym poli(O-2-hydroksyetylo)skrobia 60g, chlorek sodu 9g, elektrolity: Na 154 mmol/l, Cl 154 mmol/l.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w toku postępowania nie wprowadził żadnej innej niż odpowiedź na pytanie 53 do SIWZ zmiany do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania 70, a w szczególności nie zmienił przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby przedmiotem zamówienia w zakresie tego zadania mógłby być produkt o składzie takim jak produkt leczniczy Voluven (60mg + 9 mg)/ml, roztwór do infuzji. Wykonawca Mercant nie składał również zapytań o wyjaśnienia SIWZ w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego zapisy SIWZ obowiązujące w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający wymagał zaoferowania w formularzu ofertowym produktów leczniczych o składzie zawierającym wyłącznie substancję czynną hydroxyethylamylum, roztwór do infuzji, 60 mg/ml, 500 ml lub dextranum, roztwór do infuzji 60 mg/ml 1 poj. 500 ml, albo produktu leczniczego o składzie określonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 53 zadane przez Odwołującego. Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla Wykonawców, jak i Zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert, w związku z czym, w ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy w zakresie zadania 70.

W odniesieniu do zadania 82, Odwołujący powołał się na treść załącznika nr 5 oraz odpowiedź na pytanie nr 66, podnosząc, iż zaoferował produkt leczniczy Roztwór Ringera roztwór do wlewów dożylnych (0,33mg+0,3mg+8,6mg) 10 poj. a 500ml, zgodny z wymaganiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na pytanie nr 66 do SIWZ, tymczasem wykonawca Mercant złożył ofertę dotyczącą produktu leczniczego Płyn Ringera Fresenius Natrii chloridum + Kalii chloridum + Calcii chloridum hexahydricum, roztwór do infuzji (8,6 mg + 0,3mg + 0,48) bez wskazania pojemności opakowania produktu. Zdaniem Odwołującego brak wskazania pojemności opakowania produktu uniemożliwia przeprowadzenie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż nie jest możliwe porównanie oferty Odwołującego oferującego produkt w opakowaniach o pojemności 500 ml z ofertą Wykonawcy oferującego produkt w opakowaniach o nieznannej pojemności, a ponadto Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ, iż wymaga dostarczenia produktu w opakowaniach o pojemności 500 ml, a wykonawca Mercant nie wskazał w ofercie

pojemności opakowania, wobec czego również w przypadku zadania 82, zawartość merytoryczna oferty ww. wykonawcy nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia wymaganiom zawartym w SIWZ, wobec czego powinna zostać w tym zakresie odrzucona.

Odwołujący powołał się także na poglądy doktryny i orzecznictwa odnoszące się do kwestii zgodności oferty z treścią SIWZ, w tym wyrok KIO z dnia 11 września 2017 r., sygn. akt KIO 1815/17. Dodał, że w przypadku oferty wykonawcy Mercant zaistniała niezgodność z treścią SIWZ w zadaniu 70, gdyż w tym zakresie Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie 53, określił konkretne parametry składu produktu leczniczego (chlorek sodu i elektrolity), przy czym nie oznaczył przedziałów tych parametrów jako minimalne i maksymalne, tylko wskazał dokładne, wymagany ich rodzaj i wartości, których produkt leczniczy zaoferowany przez Mercant w składzie swoim nie posiada lub posiada, ale o innej wartości. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający był bardzo precyzyjny wskazując parametry produktu leczniczego, który miał być zaoferowany w zakresie tego zadania, wskazując w odpowiedzi na pytanie, iż parametr w zakresie wymaganej ilości CH₃COO ma wynosić 24 mmol/l, a nie jak błędnie wskazał w swoim zapytaniu Odwołujący 4 mmol/l - Zamawiający wymagał produktu o ściśle określonych parametrach i wartościach parametru i nie dopuszczał składania ofert produktów o innych parametrach, a takim produktem nie jest produkt zaoferowany przez wykonawcę Mercant, co wynika bezpośrednio z zatwierdzonej charakterystyki zaoferowanego produktu leczniczego, a w szczególności produkt ten ma w swoim składzie inną wartość składnika chlorek sodu (9g, a nie 6,25g), nie zawiera składnika CH₃COO, jak również nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elektrolitów. Zdaniem Odwołującego niezgodność z treścią SIWZ dotyczyła oferty wykonawcy Mercant także w zakresie zadania 82, gdyż wykonawca ten nie skonkretyzował pojemności opakowania oferowanego produktu, co uniemożliwiało przeprowadzenie przez Zamawiającego oceny oferty Mercant z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący w odniesieniu do obu zadań podniósł, iż oferta wykonawcy Mercant jest wadliwa również w zakresie zadeklarowanego okresu ważności produktów (36 miesięcy na dzień składania ofert tj. na dzień 31 sierpnia 2020 r.), gdyż oba oferowane przez ww. wykonawcę produkty lecznicze, zgodnie z zatwierdzoną charakterystyką tych produktów leczniczych, mają okres ważności określony na dokładnie 36 miesięcy, a zatem zważywszy, iż każda seria produktu leczniczego po zakończeniu fazy produkcji musi zostać przebadana przed dopuszczeniem jej do obrotu, a następnie dostarczona przez wytwórcę do hurtowni, a następnie z hurtowni do zamawiającego, w praktyce nie jest możliwe dostarczenie produktu o maksymalnym okresie ważności (w tym wypadku 36 miesięcy), stąd też zamawiający nie wymagają 100% okresu ważności w chwili dostarczenia produktu, tylko

okresu odpowiednio krótszego (w tym wypadku 80% okresu ważności określonego dla produktu). Zamawiający, w trakcie oceny oferty, powinien wziąć pod uwagę również tę kwestię, gdyż istnieją uzasadnione przesłanki do stwierdzenia, że wykonawca Mercant nie będzie w stanie dostarczyć produktów zgodnie ze złożoną ofertą, co Zamawiający może łatwo zweryfikować u wytwórcy/dostawcy produktu na rynek polski składając zapytanie o terminy ważności dostępnych serii produktu leczniczego.

Odwołujący wyjaśnił także, iż pismem z dnia 21 września 2019 roku poinformował Zamawiającego o niezgodności oferty Wykonawcy z SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu - Zamawiający nie odpowiedział na powyższe pismo i nie podjął w związku z pismem Odwołującego żadnych czynności. Odwołujący dodał, iż w bardzo podobnym stanie faktycznym, w zakresie produktu leczniczego objętego zadaniem 70 przedmiotowego postępowania, Zamawiający odrzucił w dniu 20 marca 2018 roku ofertę Odwołującego jako ofertę niezgodną z treścią SIWZ (postępowanie nr WOFiTM/5/2018/PN). W opinii Odwołującego Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, wobec czego w przedmiocie niniejszego odwołania powinien podjąć taką samą decyzję, jaką podjął wobec Odwołującego w postępowaniu przeprowadzonym w roku 2018.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w dniu 2 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęło pismo wykonawcy Mercant Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W dniu 18 listopada 2020 r. ww. wykonawca złożył pismo, w którym oświadczył, iż wycofuje zgłoszone w dniu 2 listopada 2020 r. przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego. Mając na uwadze złożenie oświadczenia o cofnięciu zgłoszonego przystąpienia Izba uznała, że zgłoszenie dokonane pismem z dnia 2 listopada 2020 r. nie wywołuje skutków prawnych.

Izba uznała, iż Odwołujący, skarżąc wybór oferty, która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i mając realną szansę uzyskania zamówienia w przypadku wyeliminowania z postępowania oferty wybranej, do czego zmierzały zarzuty odwołania, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku

z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty Odwołującego i wykonawcy Mercant, pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 21 września 2020 r. oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 listopada 2020 roku. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, tj. kart charakterystyk produktów leczniczych oraz dokumentów dotyczących postępowania WOFiTM/5/2018/PN - wyjaśnień treści SIWZ i zawiadomienia z dnia 20 marca 2018 r. o częściowym wyborze oferty.

Ponadto, w świetle okoliczności, iż zgodnie z oświadczeniem złożonym w trakcie posiedzenia do protokołu, Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zadania nr 82, tj. pojemności opakowania produktu, zaś po stronie Zamawiającego nie przystąpił do postępowania żaden wykonawca (zgłoszenie przystąpienia zostało wycofane), Izba umorzyła postępowanie w części dotyczącej zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Mercant Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim zarzut ten odnosił się do braku wskazania pojemności opakowania oferowanego produktu w zadaniu nr 82. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji wyroku. Częściowe uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego powoduje, iż uwzględniony zarzut nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Poza aktualną oceną Izby pozostają także dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania w zakresie uwzględnionego zarzutu. Natomiast w takiej sytuacji ustawodawca co do zasady nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych przeznaczonych do odświeżenia Zestawów Medycznych Poziomu 1 z przeznaczeniem dla RBZMed. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznik ten

stanowił jednocześnie Formularz cenowy. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w podziale na: 90 zadań (części).

Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 70 Zamawiający wymagał zaoferowania produktu leczniczego Hydroxyethylamylum, roztwór do infuzji, 60 mg/ml, 500 ml lub Dextranum roztwór do infuzji 60 mg/ml 1 poj. 500 ml. W zakresie zadania nr 82 Zamawiający wymagał zaoferowania produktu leczniczego Natrii chloridum + Kalii chloridum + Calcii chloridum hexahydricum, roztwór do infuzji (8,6 mg + 0,3mg + 0,48 mg)/ml, 500 ml. Przy obu ww. produktach w rubryce „Termin ważności oferowany przez producenta” wskazano „min. 3 lata”. Wraz z ofertą należało złożyć m.in. wypełniony formularz cenowy (załącznik nr 5), w którym należało określić nazwę produktu, nazwę producenta, cenę oraz oferowany przez wykonawcę termin ważności.

Zamawiający w toku postępowania udzielił wyjaśnień treści SIWZ, w ramach których w odpowiedzi na pytanie nr 53 o treści: „Czy Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie w zad. 70 produktu o składzie: 1000 ml roztworu zawiera 60 g hydroksyetyloskrobi (HES) oraz 6,25 g chlorku sodu, 0,3 g chlorku potasu, 0,37 g dwuwodnego chlorku wapnia, 0,2 g sześciowodnego chlorku magnezu, 3,27 g trójwodnego octanu sodu, 0,67 g kwasu L-jabłkowego. Elektrolity: Na⁺ - 140 mmol/l, K⁺ - 4 mmol/l, Ca²⁺ - 2,5 mmol/l, Mg²⁺ - 1 mmol/l, Cl⁻ - 118 mmol/l, CH₃COO⁻ - 4 mmol/l, L-jabłczany - 5 mmol/l.? Produkt pakowany po 10 szt. w 1 op. Produkt z opisu przedmiotu zamówienia nie występuje, a produkt o ww. składzie był już dopuszczony i dostarczany do Zamawiającego.” Zamawiający wskazał, iż „Zamawiający dopuści produkt o powyższym składzie, z zastrzeżeniem ilości CH₃COO – 24 mmol/l. Zamawiający dopuszcza ilość op. z odpowiednim przeliczeniem: 201 op. gwarantowanych i 201 op. opcjonalnych.”

W postępowaniu, w zakresie zadania nr 70 i 82 oferty złożyli Odwołujący i wykonawca Mercant. Odwołujący w zakresie zadania nr 70 zaoferował produkt Tetraspan 60mg/ml HES rozt. do infuzji 0,06 g/ml 10 poj. A. 500ml (ECOFLACK) producenta B. Braun Melsungen AG z ceną brutto dla ilości gwarantowanej i opcji odpowiednio po 96 600,00 zł oraz terminem ważności dla ilości gwarantowanej 28 miesięcy w dniu składania ofert, a dla opcji 29 miesięcy w dniu złożenia zamówienia opcjonalnego. W zakresie zadania nr 82 Odwołujący zaoferował produkt Roztwór Ringera Rozt. do wl. doż (0,33mg+0,3mg+8,6mg) 10 poj. A 500ml producenta B. Braun Melsungen AG z ceną brutto dla ilości gwarantowanej i opcji odpowiednio po 17 544,60 zł oraz terminem ważności dla ilości gwarantowanej 29 miesięcy w dniu składania ofert, a dla opcji 29 miesięcy w dniu złożenia zamówienia opcjonalnego. Wykonawca Mercant w zakresie zadania nr 70 zaoferował produkt Voluven producenta Fresenius z ceną brutto dla ilości gwarantowanej i opcji odpowiednio po 95 087,52 zł oraz terminem ważności dla ilości gwarantowanej i opcji 36 miesięcy. W zakresie zadania nr 82

Odwołujący zaoferował produkt Płyn Ringera producenta Fresenius z ceną brutto dla ilości gwarantowanej i opcji odpowiednio po 16 321,24 zł oraz terminem ważności dla ilości gwarantowanej i opcji 36 miesięcy.

Zamawiający w dniu 23 października 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 70 i 82, za którą uznał ofertę wykonawcy Mercant Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wskazuje się konsekwentnie w orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18).

Odwołujący wskazywał na niezgodność oferty wykonawcy Mercant z treścią SIWZ w zakresie zadania nr 70, podnosząc, iż zaoferowany przez ww. wykonawcę produkt leczniczy Voluven nie odpowiada ani pierwotnej treści OPZ (załącznik nr 5 do SIWZ), ani

opisowi produktu określonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 53. W ocenie Izby w świetle dokumentacji postępowania nie sposób stwierdzić, aby produkt zaofertowany przez wykonawcę Mercant miał być niezgodny z postawionym przez Zamawiającego wymogiem.

Zauważyć należy, że zgodnie z treścią OPZ (załącznik nr 5 do SIWZ) Zamawiający wymagał zaofertowania produktu leczniczego „Hydroxyethylamylum, roztwór do infuzji, 60 mg/ml, 500 ml lub Dextranum roztwór do infuzji 60 mg/ml 1 poj. 500 ml.” Z powyższego wynika, że produktem, jaki miał zostać zaofertowany był roztwór do infuzji (1 poj. 500ml), zawierający substancję czynną hydroxyethylamylum lub dextranum w stężeniu 60mg/ml. Nie było zaś sporne pomiędzy Stronami, że produkt Voluven zaofertowany przez firmę Mercant stanowił roztwór do infuzji, posiadający w składzie poli(o-2-hydroksyetylo)skrobię 60mg/ml (hydroxyethylamylum). Znajduje to potwierdzenie w złożonej przez Odwołującego jako dowód karcie charakterystyki produktu leczniczego Voluven. Już w oparciu o powyższe, można więc stwierdzić, że produkt Voluven odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia – stanowi roztwór do infuzji i zawiera wymaganą przez Zamawiającego substancję w odpowiednim stężeniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił zarzucanej niezgodności produktu zaofertowanego przez wykonawcę Mercant z treścią SIWZ. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, aby fakt posiadania przez produkt Voluven w składzie chlorku sodu w ilości 9mg/ml czy elektrolitów o innym składzie niż produkt Tetraspan opisany w pytaniu nr 53, miał stanowić o tym, że produkt ten nie odpowiada treści SIWZ. Zauważyć trzeba, że Zamawiający nie dookreślił - poza wskazaniem na substancję hydroxyethylamylum 60 mg/ml (lub dextranum) - żadnych innych szczegółowych wymagań co do składu jakościowego i ilościowego roztworu do infuzji, w szczególności nie zawarł informacji co do wymaganej ilości chlorku sodu w roztworze, wymaganego składu elektrolitów czy innych substancji pomocniczych. Zamawiający nie doprecyzował zatem szczegółowego składu roztworu do infuzji. Przy czym Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, że tak określony opis przedmiotu zamówienia został wskazany w sposób świadomy, ponieważ doprecyzowanie składu roztworu prowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, definiując konkretny produkt. W ocenie Izby okoliczność, że poza wskazaną w OPZ substancją czynną produkt zawiera również inne składniki, nie powoduje *per se*, że jest on niezgodny z wymaganiami SIWZ i nie spełnia wymaganej przez Zamawiającego funkcji w leczeniu hipowolemii. Jeśli miałyby tak być, to zadaniem Odwołującego – jako wykonawcy kwestionującego zgodność oferty konkurenta z treścią SIWZ – było wykazanie tego faktu za pomocą stosownych twierdzeń i dowodów.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie podjął się próby wyjaśnienia, jakie znaczenie z medycznego punktu widzenia ma okoliczność, że produkt Voluven posiada w składzie obecny chlorek sodu w określonej ilości ani jaka jest ewentualna różnica w zakresie zastosowania takiego produktu w porównaniu do roztworów nie posiadających w składzie chlorku sodu, tudzież posiadających go w mniejszej ilości, jak Tetraspan zaoferowany przez Odwołującego. Z karty charakterystyki produktu Voluven złożonej przez Odwołującego jednoznacznie wynika, iż jest to produkt wskazany do stosowania w leczeniu hipowolemii spowodowanej nagłą utratą krwi, gdy leczenie krystaloidami nie jest wystarczające, a analogiczne wskazania do stosowania ma produkt Tetraspan, który zaoferował Odwołujący. Odwołujący nie zakwestionował także stanowiska Zamawiającego, że obecność chlorku sodu w ilości 9mg/ml w roztworze do infuzji stanowi ilość, która tworzy roztwór fizjologiczny identyczny ze składem osocza, neutralny dla organizmu. Przy czym uzupełniająco można tu wskazać, że zgodnie z kartą charakterystyki produktu Dekstran załączoną do odwołania również ten produkt posiadał w składzie chlorek sodu w ilości 9mg/ml. W tym stanie rzeczy, mając na względzie, że produkt Voluven stanowi roztwór do infuzji, posiada wymaganą przez Zamawiającego substancję hydroxyethylamylum 60 mg/ml, wymaganą pojemność oraz znajduje zastosowanie w leczeniu hipowolemii, zaś obecność w roztworze do infuzji substancji takich jak chlorek sodu czy elektrolity - wnioskując na podstawie przedstawionych przez Odwołującego kart charakterystyk produktów - jest praktyką, to powstaje pytanie w czym przejawiać się miałyby niezgodności produktu Voluven z treścią SIWZ. W ocenie Izby Odwołujący rzeczony niezgodności nie wykazał.

Ponadto za nieadekwatne w przedmiotowym przypadku Izba uznała powoływanie się przez Odwołującego na treść pytania nr 53 i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego. Ww. pytanie dotyczyło *stricte* produktu oferowanego przez Odwołującego, tj. Tetraspan, a z udzielonej odpowiedzi wynika wyłącznie okoliczność, że Zamawiający potwierdził możliwość zaoferowania tego produktu. Odpowiedź ta nie stanowi doprecyzowania treści SIWZ, czy jego modyfikacji, a jedynie potwierdzenie, że produkt Tetraspan mieści się w zakresie wymagań opisanych dla zadania nr 70 w OPZ. Sama zaś okoliczność, że wykonawca Mercant nie zadał Zamawiającemu pytania, czy produkt Voluven spełnia wymagania OPZ, nie powoduje automatycznie, że produkt ten należy uznać za niezgodny z tymi wymaganiami. Jeżeli zdaniem Odwołującego wykonawca Mercant powinien powziąć wątpliwości co do zgodności oferowanego produktu z wymaganiami SIWZ i zadać stosowne pytanie Zamawiającemu, to tę okoliczność powinien w postępowaniu odwoławczym rzeczowo uzasadnić, czemu w ocenie Izby Odwołujący nie sprostał.

Izba zważyła, że Odwołujący swoje stanowisko co do niezgodności oferty wykonawcy Mercant z treścią SIWZ oparł wyłącznie na okoliczności, że skład produktu Voluven nie jest

identyczny jak w opisie zadania nr 70 i odpowiedzi na pytanie 53, co – jak już wskazano powyżej - było założeniem błędnym, bowiem jak wynika ze złożonych przez Odwołującego kart charakterystyk produktów leczniczych każdy tego rodzaju roztwór do infuzji poza substancją wskazaną przez Zamawiającego (hydroxyethylamylum lub dextranum) co do zasady posiada także w składzie inne substancje. Zamawiający nie podał szczegółowych wytycznych co do jakościowego i ilościowego składu roztworu, Odwołujący zaś logicznie nie wyjaśnił dlaczego pod opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym w załączniku nr 5 do SIWZ miałyby się kryć zaoferowanie roztworu do infuzji, który zawiera w składzie wyłącznie substancję czynną hydroxyethylamylum lub dextranum, bez innych substancji pomocniczych. Jeżeli Odwołujący twierdził, że produkt Voluven zaoferowany przez wykonawcę Mercant nie odpowiada treści SIWZ, to na nim spoczywał ciężar udowodnienia tej okoliczności. Odwołujący nie wykazał, aby produkt, który oprócz substancji czynnej hydroxyethylamylum zawierał m.in. 9mg/ml chlorku sodu i elektrolity, nie odpowiadał produktowi wymaganemu przez Zamawiającego w zadaniu 70 czy to pod kątem składu, ilości czy zastosowania, a na takie stwierdzenie w ocenie Izby nie pozwala sama treść opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 70 przedstawiona w załączniku nr 5 do SIWZ.

Odnosząc się zaś do argumentacji Odwołującego dotyczącej odrzucenia jego oferty w postępowaniu o znaku WOFiTM/5/2018/PN z 2018 r., Izba wskazuje, że czynności wówczas podjęte pod Zamawiającego i ich zgodność z przepisami ustawy Pzp pozostają poza oceną Izby dokonywaną w obecnym postępowaniu odwoławczym. Izba ocenia kwestię zgodności oferty wykonawcy Mercant z wymaganiami SIWZ wyłącznie w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę produktów leczniczych przeznaczonych do odświeżania zestawów medycznych poziomu 1 z przeznaczeniem dla RBZMED o nr ref. WOFiTM/40/2020/PN oraz wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia ukształtowane w tym konkretnym postępowaniu. Dlatego też sygnalizowany przez Odwołującego ewentualny brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego na przestrzeni lat nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Izba za niewykazane uznała także twierdzenia Odwołującego odnoszące się do zaoferowanego przez wykonawcę Mercant terminu ważności produktów leczniczych w zadaniu nr 70 i 82, określonego na 36 miesięcy. Po pierwsze Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którym taka deklaracja wykonawcy Mercant miałyby być niezgodna. Jedynym wymogiem wynikającym z OPZ w tym zakresie był wymóg, aby produkty lecznicze będące przedmiotem zadania nr 70 i 82 posiadały termin ważności oferowany przez producenta minimum 3 lata, jednak okoliczność, że produkty wskazane w ofercie przez wykonawcę Mercant taki termin ważności posiadają nie była kwestionowana w odwołaniu. Odwołujący nie wskazywał na jakiegokolwiek postanowienia SIWZ, które

odnosiłyby się do terminów ważności produktów, jakie oferuje wykonawca. Argumentacja Odwołującego w ocenie Izby stanowiła raczej próbę wykazania, że podanie oferowanych przez wykonawcę Mercant terminów ważności zbieżnych z terminami oferowanymi przez producenta, czyni takie świadczenie niemożliwym do spełnienia, w związku z czym rozpatrywać ją należałoby przede wszystkim w kontekście art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a nie w kontekście niezgodności oferty z treścią SIWZ. SIWZ nie zawiera bowiem postanowień, które regulowałyby wymagany przez Zamawiającego do zaoferowania przez wykonawców okres ważności produktów liczony od momentu ich dostarczenia Zamawiającemu (czy też jakiegoś innego zdarzenia).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący podniesionych w odwołaniu twierdzeń nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił. Poza gołosłownym wnioskiem, że w związku z koniecznością przebadania każdej serii produktu leczniczego przed dopuszczeniem do obrotu, dostarczenia jej do hurtowni, a potem z hurtowni do Zamawiającego, nie jest możliwe zachowanie zaoferowanego przez wykonawcę Mercant terminu, w materiale dowodowym sprawy brak jest jakichkolwiek szczegółowych twierdzeń i dowodów, które potwierdzałyby powyższą okoliczność. Mając na względzie obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadę kontradyktoryjności wynikającą wprost z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wnosząc odwołanie był zobowiązany do przedstawienia i wykazania okoliczności sprawy w sposób, który przekona Krajową Izbę Odwoławczą o słuszności jego twierdzeń, w tym do złożenia stosownych dowodów do zamknięcia rozprawy. Zaniechanie podjęcia przez Odwołującego inicjatywy dowodowej skutkuje dla niego negatywnymi konsekwencjami procesowymi. Zdaniem składu orzekającego stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu stanowi jedynie niczym nie poparte przypuszczenia. Skoro sam Odwołujący zauważył, że weryfikacja możliwości zachowania zadeklarowanych terminów ważności produktów jest stosunkowo łatwa (poprzez zadanie pytania do wytwórcy/dostawcy produktu), to wydaje się, że przedstawienie w tym zakresie przez Odwołującego dowodów nie było obiektywnie utrudnione. Podobnie w ocenie Izby nie było utrudnione przedstawienie dowodów na funkcjonującą w tym zakresie praktykę rynkową, na którą Odwołujący powoływał się na rozprawie. Odwołujący poprzestał jednak na zaakcentowaniu ryzyka niedostarczenia produktów z zaoferowanym terminem ważności, w żaden sposób ryzyka tego nie uprawdopodobniając.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z a § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: