

WYROK
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego – **B. S.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B. S. Neomed, ul. Michała Kajki 18, 05-501 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne**, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Citonet – Pomorski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Zabagno 18c, 83-115 Swaróżyn, **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna**, ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z 24.03.2021 r. polegającą na wyborze w części 9 zamówienia oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu w części 9 oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp i nakazuje ponowną ocenę ofert złożonych na część 9 zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 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 oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Odwołującego;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku na *dostawę jednorazowych wyrobów medycznych dla UCK* (nr ref.: 244/PN/2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.12.2020 r., 2020/S 240-592926 wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty własnej na część 9 zamówienia, wniesione zostało 06.04.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy B. S. Neomed (sygn. akt KIO 1041/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści siwz;
- 2) z ostrożności art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. próbki oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 9 zamówienia unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (tj. próbki) potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 24.03.2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części (pakiecie) 9 zamówienia i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał, iż zaoferowane zostało jednorazowe prześcieradło o gramaturze niższej niż min.25g/m², co czynić ma ofertę niezgodną z siwz.

W kolejnym piśmie z 30.03.2021 r. zatytułowanym „Sprostowanie odrzucenia dot. cz. 9”, Zamawiający zmienił uzasadnienie wskazując dodatkowo na dokonane sprawdzenie dostarczonej próbki prześcieradła i wynikach pomiaru wyciętych z prześcieradła dwóch

próbek, uzyskanych na wadze aptekarskiej *Mettler Toledo* (znajdującej się na wyposażeniu apteki szpitalnej UCK), które wskazały wartość: próbka nr 1 – 23,3 g; próbka nr 2 – 23,9 g.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją i jej uzasadnieniem odniósł się do zapisów siwz, w których bardzo lakonicznie Zamawiający opisał próbkę oraz sposób jej oceny – rozdział XIII.

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 – formularz asortymentowo-cenowy) Zamawiający w pakiecie 9 (prześcieradło jednorazowe, niesterylne rozm. 160cmx210cm flizelinowane) wskazał wyłącznie na wymóg dotyczący gramatury min. 25g/m² oraz konieczności złożenia przez wykonawcę, którego oferta oceniona zostanie jako najkorzystniejsza, próbek zaoferowanego asortymentu w ilości 2 szt. każdej pozycji.

Zamawiający nie opisał procesu badania próbki, w szczególności nie wskazał jaką wagą i jaką metodą (np. czy będzie wycinał fragment prześcieradła, a jeśli tak – w jaki sposób i w jakich wymiarach) będzie dokonywał sprawdzenia gramatury prześcieradła. Brak precyzji w opisie procedury sprawdzenia próbki nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy.

Odwołujący zaoferował prześcieradło o numerze katalogowym: X210160112511 produkcji BISMED M. S., dla którego w formularzu asortymentowo-cenowym wskazano gramaturę 25g/m², co zostało również potwierdzone w załączonej karcie katalogowej produktu. Również dostarczona próbka spełniała wymóg dotyczący gramatury.

Z uzasadnienia decyzji nie wynika, aby Zamawiający udowodnił słuszność swojej oceny. W przekazanych przez Zamawiającego dokumentach nie ma śladu dokonania pomiarów, brak jest dokumentów dotyczących użytej do pomiaru wagi aptekarskiej (certyfikaty, atesty, legalizacje, instrukcje użycia), czy wreszcie dokumentów pokazujących gramaturę zważonych próbek.

Odwołujący wskazał na różnice w procesie produkcji włókniny oraz tkaniny. W przypadku włókniny, z której wykonywane jest prześcieradło medyczne, włókna w procesie wytwarzania nie są równomiernie rozkładane na całej powierzchni. Włókna na powierzchni 1m² gotowego produktu składają się na ostateczną gramaturę włókniny. Z wiedzy uzyskanej od producentów włóknin, do badania gramatury służy specjalistyczny zestaw: waga do pomiaru gramatury włóknin oraz nóż do okrągłych wykrojników służący do pobierania próbki z różnych fragmentów włókniny. Po wycięciu 5 próbek (kompatybilnych wielkością z danym modelem wagi) kładzie się je na specjalistycznej wadze, a otrzymany wynik dzieli się przez 5, co daje masę gramatury włókniny.

Innym sposobem pomiaru stosowanym przez osoby spoza branży jest wycięcie 1m² włókniny i położenie go na wadze, np. kuchennej lub aptecznej. Ten pomiar jest co do zasady nieprecyzyjny i niewłaściwy, ponieważ nawet minimalne odchylenie od linii prostych

lub krzywe cięcie powoduje drastyczny spadek lub wzrost gramatury ważonej próbki. Większym błędem jest wycięcie fragmentu i mnożenie lub dzielenie wyniku w celu ustalenia gramatury 1m².

Ponadto, z wiedzy Odwołującego wynika, iż specjalistyczne laboratoria używają do tego celu kilku metrów kwadratowych włókniny, dokonują kilku pomiarów, opisują je i wyciągają średnią składającą się na wynik badania.

Uzyskany przez Zamawiającego wynik nie może być zatem miarodajny i nie udowadnia niezgodności oferty z siwz.

Odwołujący wskazał dodatkowo na brak w przekazanej mu dokumentacji wyniku badania próbki oferty wybranej.

Nawet gdyby hipotetycznie uznać, iż załączona próbka nie potwierdza spełnienia warunku, to próbka, jako dokument żądany do złożenia w celu potwierdzenia spełniania przez dostawę określonych wymagań, Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponieważ Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta tego Wykonawcy powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w piśmie z 21 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał na dokonaną ocenę próbki wymaganej postanowieniami siwz w celu wykazania, że dostawy spełniają wymagania określone w siwz. Zamawiający przewidział w siwz, iż próbki składane wraz z ofertą w celu zbadania kryterium „jakość” będą dopuszczone do zbadania, czy oferowane dostawy spełniają wymagania określone w załączniku nr 3 do siwz. Zamawiający określił wymagania dla prześcieradła flizelinowego, jednorazowego, niesterylnego, do użytku medycznego, każde prześcieradło składane pojedynczo, pakowane w paczkach po max. 10 szt., w rozmiarze 160 cm x 210 cm, o gramaturze nie mniejszej niż 25 g/m².

Po dwukrotnym sprawdzeniu próbki złożonej przez Odwołującego stwierdzono, iż gramatura zaoferowanego prześcieradła jest niższa od wymaganej w siwz min. 25g/m². Zamawiający załączył dowody potwierdzające przeprowadzenie badań na precyzyjnej wadze aptekarskiej Mettler Toledo, która posiada wszystkie niezbędne certyfikaty, legalizacje oraz aktualne przeglądy, tj. zdjęcia oraz dokumenty potwierdzające legalizację wagi.

Uzyskane w trakcie badania wagi zostały przez Zamawiającego wskazane w sprostowaniu odrzucenia oferty Odwołującego z 30.03.2021 r. i wyniosły: próbka nr 1 – 23,3 g, próbka nr 2

– 23,9 g, co zostało udokumentowane w formie zdjęcia (załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający wskazał, iż dokonał sprawdzenia wszystkich próbek w sposób profesjonalny. Wszystkie próbki podlegają testowaniu przez pracowników i personel medyczny, będących specjalistami w swoim zawodzie.

Zamawiający poinformował, iż na rozprawie nie będzie jego przedstawicieli wnosząc o uznanie złożonej odpowiedzi jako stanowiska w sprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum: Citonet – Pomorski Sp. z o.o. oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i informacji przekazanych Odwołującemu w związku z badaniem i oceną jego oferty Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający opisał wymagania wobec przedmiotu zamówienia w załączniku nr 3 do siwz – formularzu asortymentowo-cenowym. W pakiecie nr 9 dla prześcieradła jednorazowego, niesterylne wskazany został: rozmiar 160 cmx210cm flizelinowe, wielkość opakowania, gramatura min. 25g/m². W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania, wykonawca, którego ofertę Zamawiający oceni jako najkorzystniejszą, wezwany zostanie do złożenia: karty katalogowej i/lub prospektu z opisem produktu oraz wyszczególnieniem numerów katalogowych oraz danych technicznych, deklaracji zgodności, certyfikatu zgodności (jeżeli dotyczy), zgłoszenia/powiadomienia do URPLW MiPB (jeżeli dotyczy), oświadczenia, że oferowany asortyment posiada dokumenty wymagane przez polskie prawo,

na podstawie których może być wprowadzony do obrotu i stosowania w placówkach ochrony zdrowia RP (wg wzoru z załącznika nr 6 do siwz) i próbki zaoferowanego asortymentu w ilości 2 szt. Każdej pozycji.

Zamawiający przewidział kryterium „jakości”, w którym oceniana i punktowana miała być gramatura powyżej 25g/m². W pkt XIII siwz – opis kryteriów, Zamawiający w odniesieniu do próbek złożonych w celu oceny jakości dopuścił możliwość zbadania, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w siwz na podstawie załączonych do oferty próbek w celu oceny jakości.

Na pakiet nr 9 złożone zostały cztery oferty. Oferta Odwołującego nie została poddana ocenie w kryteriach oceny ofert.

Odwołujący został wezwany pismem z 11.02.2021 r. do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w siwz, wymienionych w załączniku nr 3 do siwz. *Jeżeli dokumenty, o których mowa powyżej zostały załączone do oferty, znajdują się w posiadaniu Zamawiającego lub są dostępne w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnymi baz danych, Zamawiający prosi o przesłanie oświadczenia, iż dokumenty, o których mowa powyżej są ważne i aktualne i Zamawiający może skorzystać z nich w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub wskazać adres strony internetowej, z której Zamawiający może pobrać dokument, o którym mowa powyżej.*

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przekazał kartę techniczną zaoferowanego produktu, w której potwierdzona została gramatura: 25g/m², deklarację zgodności WE nr 04/05/2018 oraz przekazał dwie próbki prześcieradła o wymiarach 160x210.

Zamawiający pismem z 24.03.2021 r. odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy wskazując w uzasadnieniu na niższą gramaturę prześcieradła od wymaganej min. 25g/m². Następnie pismem z 30.03.2021 r. Zamawiający sprostował odrzucenie w części 9 rozbudowując uzasadnienie o dodatkową informację dotyczącą zbadanych próbek. Zamawiający wskazał, iż *zbaadał próbki dostarczone przez Wykonawcę, poprzez wycięcie z dostarczonej próbki prześcieradła dwóch próbek i dokonania pomiarów na precyzyjnej wadze aptekarskiej Mettler Toledo (waga znajduje się w Aptece Szpitalnej UCK). Wyniki pomiaru są następujące: Próbka nr 1: 23,3 g; Próbka nr 2: 23,9 g.*

W dniu 24.03.2021 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z załącznikami (w postaci wezwań oraz uzupełnień i wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania). Do dnia rozprawy Odwołujący nie otrzymał dokumentów związanych z oceną złożonej próbki. Dopiero w odpowiedzi na

odwołanie Zamawiający załączył dokumentację fotograficzną prezentującą pomiary dokonane z użyciem wagi Mettler Toledo w dniach 30.03.2021 r. oraz 08.04.2021 r.

Z załączonych do odpowiedzi na odwołanie zdjęć wynika, iż 30.03.2021 r. wynik badania próbki nr 1 (rozmiar 10cmx10cm) wyświetlany przez wagę to 0,234 g, a w odręcznej notatce wskazano na wynik 0,233 g: wynik badania próbki nr 2 (rozmiar 10 cmx10 cm) wyświetlany na wadze to 0,240g, a w notatce odręcznej 0,239g. 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający ponownie dokonał badania próbki nr 1 (rozmiar 10cmx10cm) i uzyskał wynik 0,242g (na wadze i w notatce) oraz próbki nr 2 (rozmiar 50cmx50cm) i uzyskał wynik 23,71 g/m², co wynika z przeliczenia wskazania wagi 5,927g : 4.

Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości.

Izba uwzględniając odwołanie miała na uwadze konieczność zapewnienia przestrzegania w postępowaniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy). Oceniając próbki prześcieradła dostarczone przez Odwołującego w celu wykazania, iż dostawy spełniają będą wymagania opisane w siwz, Zamawiający dopuścił się naruszenia tych zasad, na co wpływ miał zarówno brak wskazania w siwz sposobu badania próbki, jak również brak dokonania oceny w sposób pozwalający na weryfikację wyniku, który zdecydował o uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz.

Z przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie zdjęć wynika, iż Zamawiający dopiero po tym jak odrzucił ofertę Odwołującego dokonał sprawdzenia gramatury włókniny, co prowadzi do wniosku, iż przedstawione w sprostowaniu odrzucenia oferty z 30.03.2021 r. wyniki zostały podane w celu uwierzytelnienia decyzji o odrzuceniu oferty. Zamawiający nie odniósł się do tej okoliczności w odpowiedzi na odwołanie, jak również nie stawił się na posiedzeniu, co uniemożliwiło Izbie ustalenie przyczyn rozbieżności pomiędzy datą odrzucenia oferty Odwołującego (24.03.2021 r.), a datą badania próbki (30.03.2021 r.). Okoliczność ta w całości obciążała Zamawiającego i czyniła bezpodstawnym uzasadnienie odrzucenia oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się również do kwestii technicznej związanej ze sposobem badania gramatury włókniny opisanej w odwołaniu, wskazując w odpowiedzi wyłącznie na kompetencje osób, które miały badanie wykonać. Jednocześnie z przekazanych dowodów, w tym zdjęć nie wynika z udziałem, jakich osób badanie zostało przeprowadzone, w szczególności czy udział brali członkowie komisji przetargowej. Naniesione odręcznie notatki przy każdym z pomiarów wagi nie były precyzyjne tak co do wskazań gramatury (różniły się w stosunku do wyniku przedstawionego na urządzeniu), jak i nie zawierały żadnego podpisu, czy też innej identyfikacji osoby.

Ustalony w ten sposób wynik badania próbki nie mógł być oceniony jako wiarygodny już z przyczyn formalnych. Wskazać należy, iż nie jest wiadomym w jaki sposób ustalono wynik badania próbki nr 2 o wymiarze 50cmx50cm, dzieląc wskazanie wagi przez 4. Nie można również ustalić, iż wyniki mogą być odniesione do próbek złożonych przez Odwołującego. Zamawiający nie opisał w sposób dostateczny całej procedury badania próbki, co nie pozwalało na jej weryfikację.

Ponieważ Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i nie brał jej pod uwagę przy ocenie ofert, ustalony w tych okolicznościach wynik postępowania nie mógł się ostać i Izba nakazała unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzyć czynność oceny ofert.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości wskazanej w rachunku przedłożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: