

Sygn. akt: KIO 1165/18

**WYROK**  
**z dnia 29 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2018 r. przez odwołującego - **Linde Gaz Polska Sp. z o.o., ul. Prof. Michała Życzkowskiego 17, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Zespolony, ul. Kiepury 45, 64-100 Leszno**

przy udziale wykonawcy **Air Liquide Polska Sp. z o.o., ul. Jasnogórska 9, 31-358 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddała odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **Linde Gaz Polska Sp. z o.o., ul. Prof. Michała Życzkowskiego 17, 31-864 Kraków** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4.235 zł 21 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści pięć złotych dwadzieścia jeden groszy), która to kwota obejmuje: wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 635 zł 21 gr (słownie: sześćset trzydzieści pięć złotych dwadzieścia jeden groszy).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Poznaniu.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Sukcesywna dostawy gazów medycznych dla Wojewódzkiego Szpital Zespolonego w Lesznie” (dalej Zamawiający). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w w Biuletynie Zamówień Publicznych po numerem 548693-N-2018 z dnia 2018-04-20 zwanym dalej „Postępowaniem”.

Wykonawca Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [Odwołujący] stwierdził, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowi naruszenie jej art. 7 ust. 1 i 3.

Wskazał na czynności podjęte z naruszenie ustawy Pzp, a mianowicie:

- 1) art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz jej art. 82 ust.3, z uwagi na badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - AIR LIQUIDE Polska Sp. z o.o., z Krakowa, (dalej Air Liquide), która powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotny warunków zamówienia;
- 2) art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w nawiązaniu do jej art. 82, ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 z uwagi na badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, która powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, albowiem jest ona niezgodna z ustawą;
- 3) art. 24 ust. 1, pkt. 17 ustawy Pzp oraz jej art. 89 ust.1 pkt 5 z uwagi na badanie, ocenę i uznanie za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy - Air Liquide, który to wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, albowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego oferta podlega odrzuceniu;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w nawiązaniu do art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1, pkt. 8 ustawy Pzp, z uwagi na wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy - Air Liquide albowiem uznana za najkorzystniejszą oferta, powinna zostać odrzucona, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o:

- (1)powtórzenie czynności związanych z badaniem i oceną ofert w niniejszym postępowaniu;

(2) powtórzenie czynności związanych z badaniem i oceną ofert w pakiecie nr 3 iw zakresie tego pakietu;

(1) odrzucenie w pakiecie nr 3 oferty wykonawcy: Air Liquide - ponieważ treść tej oferty:

(a) jest niezgodna z ustawą, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP;

(b) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP;

(2) wykluczenie z postępowania firmy Air Liquide - ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiła ona informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do wykluczenia wykonawcy w myśl art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy PZP;

(3) odrzucenie oferty wykonawcy Air Liquide - ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP;

(4) odrzucenie oferty wykonawcy: Air Liquide - ponieważ treść tej oferty jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 u.z.n.k.) w związku z czym powoduje wyczerpanie przesłanki do odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP;

(3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 3 bez uwzględniania oferty firmy: Air Liquide, której treść jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP), jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP), została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP), jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP);

i w konsekwencji - uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a także o zwrot na jego rzecz kosztów postępowania w sprawie niniejszej.

Odwołujący podał, że:

1. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dokonał tej czynności w sposób nieprawidłowy, co naruszyło nasz interes ekonomiczny i prawny, narażając Linde Gaz Polska Sp. z o.o. na: poniesienie kosztów związanych z postępowaniem, oraz niemożność uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu na Sukcesywne dostawy gazów medycznych dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie w zakresie pakietu nr 3.

2. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł i może ponieść dalszą szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy. Działania Zamawiającego polegające na wyborze oferty Air Liquide w zakresie pakietu nr3 zostały dokonane z naruszeniem powołanych powyżej przepisów ustawy PZP.
3. Uwzględniając treść oferty Odwołującego oraz fakt, iż z uwzględnieniem zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny ofert byłaby ofertą najkorzystniejszą, czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem ustawy PZP, pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co ma bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania w zakresie pakietu nr 3.
4. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

W nawiązaniu do toczącego się postępowania w trybie przetargu nieograniczonego do Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego, w Lesznie na podstawie dokonanego wglądu do ofert oraz protokołu postępowania stwierdził, że oferta firmy Air Liquide Polska Sp. z o.o. z Krakowa, w zakresie pakietu nr 3, powinna zostać odrzucona, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż oferta firmy Air Liquide jest niezgodna z ustawą, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi z kolei naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 z zw. z art. 82 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie firma Air Liquide podlega wykluczeniu w przedmiotowym postępowaniu firmy Air Liquide (art. 24 ust. pkt. 17 ustawy PZP) - ponieważ, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła ona informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co z kolei stanowi podstawę odrzucenia w ramach dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP. W związku faktem, iż działania firmy Air Liquide w toku przedmiotowego postępowania stanowią naruszenie zapisów u.z.n.k., przez co jej oferta podlega odrzuceniu, ze względu na fakt, iż jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP).

Zamawiający przygotowując oraz realizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego oraz dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązany jest do stosowania podczas oceny ofert w zakresie warunków podmiotowych i przedmiotowych tylko i wyłącznie warunków jak i kryteriów, które zawarte zostały odpowiednio w ogłoszeniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej: SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu Odwołująca stwierdza, że Zamawiający dokonując oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonał tej czynności

w sposób naruszający podstawowe, fundamentalne zapisy PzP zawarte, w art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1 a także art, 89 ust. pkt 1, 2, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego między innymi do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jak i również tych, którzy złożyli ważne i zgodne z ustawą oferty oraz do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad i kryteriów określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu podczas badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu 3, a także zaniechał czynności odrzucenia oferty Air Liquide dla pakietu 3 poz. 1.2 na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych, pomimo tego, że treść tejże oferty jest niezgodna z ustawą oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zgodnie z odpowiedziami z dnia 26.04.2018 (Odpowiedź nr 16), stanowiących integralną część SIWZ wymagał zaoferowania zaworu dozującego, który zgodnie z instrukcją obsługi producenta nie wymaga rutynowych konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów. Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi nr 11 z tego samego dnia, ustanowił wymóg aby istniała możliwość podawani leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi.

Celem Zamawiającego w trakcie tworzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia było uzyskanie przedmiotu zamówienia zgodnego z jego potrzebami. Przy jego określaniu z pewnością kierował się swoją wiedzą i doświadczeniem w trosce o dobro pacjenta, aby móc zagwarantować mu najlepszą obsługę i wysoki poziom leczenia. Wymagania określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odzwierciedlają rzeczywiste potrzeby Zamawiającego i są takie same dla każdego z Wykonawców. Z przepisu art. 29 ust. 1 pzp wynika, że „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Z przepisu tego należy wyprowadzić wniosek, że dla wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały i powinni go rozumieć w taki sam sposób (tak też KIO w wyroku z dnia 20 sierpnia 2009 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 1033/09).

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ Zamawiającego jest na tyle jasny, że pozwala on jednoznacznie na identyfikację zamówienia - przedmiotem oferty miało być urządzenie do podawania mieszaniny gazów (zawór dozujący), który zgodnie z instrukcją obsługi producenta nie wymaga rutynowych konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów. Zgodnie z artykułem art. 30 ust. 1-6 ustawy PZP., Zamawiający muszą opisywać przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących

normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 3.3.2 wskazał aby oferowany wyrób medyczny (czyli w tym przypadku urządzenia redukcyjno-dozujące do mieszaniny 50% v/v podtlenku azotu i 50% v/v tlenu ) musi być dopuszczony do obrotu i używania w Polsce zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z 20 maja 2010 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.) (dalej Ustawa o wyrobach medycznych). Ustawa ta w zakresie swojej regulacji wdraża postanowienia: dyrektywy Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych.

Zdaniem Odwołującego, firma Air Liquide zaoferowała zawór dozujący Ease II produkcji firmy GCE, który nie odpowiada wymogom Zamawiającego, przez co oferta staje się niezgodny z SIWZ oraz oczekiwaniami Zamawiającego i podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89, ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp. Dalej podał, że Zamawiający w dniu 11.05.2018 słusznie i celowo skorzystał z art. 87 ust. 1 ustawy PZP i wezwał wykonawcę, firmę Air Liquide do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowej oferty. Treść wezwania: „Czy zaoferowany zawór dozujący - zgodnie z instrukcją obsługi producenta, wymaga rutynowych konserwacji i regularnych kontroli, polegających m.in. na rozkręcaniu na części, czyszczeniu osuszaniu, wymiany zużytych elementów? jednocześnie Zamawiający poprosił również o wskazanie, ewentualnych czynności wskazanych w instrukcji obsługi (a wymaganych przez producenta), które należą do użytkownika”. Firma AirLiquide w piśmie z dnia 14.05.2018 złożyła wyjaśnienia, w których poza kilkoma argumentami zupełnie nie związanymi z treścią wezwania Zamawiającego nie odniosła się w żaden sposób do wyjaśnienia Zamawiającemu, czy zaoferowany zawór dozujący, zgodnie z instrukcją obsługi producenta, wymaga rutynowych konserwacji i regularnych kontroli, polegających m.in. na rozkręcaniu na części, czyszczeniu osuszaniu, wymiany zużytych elementów? W wyjaśnieniach tych firma Air Liquide sama przyznaje, że istnieje ryzyko kontaminacji zaworu podczas użytkowania w warunkach szpitalnych. Z drugiej strony pada w wyjaśnieniach m.in. stwierdzenie, że zawór Ease II składa się z zaworu na żądanie oraz zespołu pacjenta z zespołem zaworu wydechowego i rzekomo wszystkie części te części składowe w codziennym bieżącym nie wymagają demontażu (...). Oczywiście takie stwierdzenie może i by mogło wypełnić delegację art, 87 ust. 1 ustawy PZP i rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, pod warunkiem gdyby miało jakiegokolwiek odzwierciedlenie w instrukcji obsługi urządzenia Ease II i było zgodne z rzeczywistością. Instrukcja ta w trakcie oceny oferty firmy Air Liquide była już w posiadaniu Zamawiającego, ponieważ stanowiła ona załącznik do wyjaśnień z dnia 14.05.2018 r.

Z Instrukcji obsługi oferowanego urządzenia redukcyjno - dozującego firmy GCE (załącznik nr 1 do Odwołania) o nazwie własnej Ease II, w części 6 oraz rys. 3 (Części zaworu na

żądanie) oraz rys. 4 (Demontaż zaworu Ease II przed czyszczeniem) wynika jednoznacznie, że konstrukcja z oferowanego urządzenia vel zaworu składa się dwóch głównych części - Port pacjenta - rys. A, oraz Zespół dysku wdechowego - rys. B. Obie części podlegają demontażowi, a następnie montażowi w przypadku konieczności czyszczenia całego urządzenia redukcyjnego - dozującego - rys. C,D,E. Potwierdza to fakt konieczności prowadzenia w przypadku użytkowania zaworu Ease II, zgodnie z zaleceniami producenta procesu czyszczenia urządzenia, który należy uznać za rutynową konserwację, która z kolei wymaga rozkręcenia go na części, a następnie wymaga czyszczenia, osuszania i sterylizacji. W dalszej części Odwołania, zostanie udowodnione, że czynność czyszczenia urządzenia redukcyjnego - dozującego firmy GCE o nazwie własnej Ease II, wedle zaleceń producenta nie jest czynnością sporadyczną i incydentalną, lecz wręcz notoryczną.

W części 6 instrukcji producenta - Czyszczenie, może odnaleźć następujący zapis w Pkt. 6.1 - Jeżeli zawór na żądanie został skażony przez krew lub wymiociny czyszczenie jest konieczne. Są to sytuacje wyjątkowe ale zdarzają się w trakcie codziennego, użytkowania urządzenia redukcyjnego - dozującego. Z drugiej strony w oparciu zapisy charakterystyki produktu leczniczego oferowanej przez firmę Air Liquide mieszaniny tlenu i podtlenku azotu o nazwie własnej Kalinox (załącznik nr 2 do Odwołania) - pkt. 4.8 Działania niepożądane, dokument wskazuje na możliwość wystąpienia zaburzeń żołądka i jelit: nudności, wymioty; nawet 1 raz na 10 przypadków zastosowania.

Oznacza to, że zgodnie z zaleceniami producenta personel Zamawiającego może być zmuszony dokonywać uciążliwych i pracochłonnych czynności czyszczenia dysku wdechowego i portu pacjenta nawet do jednego razu na dziesięć zastosowań mieszaniny gazów. Zgodnie z instrukcją producenta zaworu Ease II, musi zostać przeprowadzona procedura polegająca na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, a następnie dezynfekcji - zgodnie z pkt. 6 Instrukcji obsługi. Według oceny Odwołującej jest to dowód potwierdzający, iż bieżące użytkowanie przedmiotu oferty Air Liquide, zgodnie z zasadami zawartymi w szczegółowej instrukcji obsługi producenta zaworu Ease II, wymaga rutynowej konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, sterylizacji. Kolejnym jeszcze bardziej przekonującym dowodem potwierdzającym, że oferta firmy Air Liquide nie odpowiada treści SIWZ oraz jest niezgodna z ustawą, są zapisy w tym samym punkcie 6.1 instrukcji zaworu Ease II, dotyczącym czyszczenia dysku wdechowego i portu pacjenta. Producent w zapisie: Jeśli jest stosowanych jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu. Jednak jest ono zalecane w odpowiedziach na pytania z dn. 26.04.2018, ani w żadnym innym miejscu SIWZ, Zamawiający na dzień składania ofert nie określił jednoznacznie, że



zamierza używać do podawania mieszaniny gazów z zakresu pakietu nr 3 urządzenia redukcyjno - dozującego wyposażonego w filtr antybakteryjny. W odpowiedzi na pytanie nr 7 Zamawiający potwierdził wymóg zaoferowania sprzętu zapewniającego bezpieczeństwo pacjentów, w tym przeciwważne, co potwierdza, że pierwotnie nie przewidział konieczności stosowania filtra. Oznacza to również, iż przyszły dostawca nie będzie zobowiązany do dostarczenia wraz z ustnikami do aplikacji mieszaniny gazu (pakiet 3. poz. 2), żadnego filtra antybakteryjnego zabezpieczającego układ, w przypadku konieczności jego stosowania.

Powyższe wątpliwości może potwierdzić treść kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 21.05.2018r, w którym Zamawiający zapytuje firmę Air Liquide, czy antybakteryjne jednorazowego użytku filtry są zawarte w cenie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Tutaj należy odejść od nurtu przewodniego tej części odwołania i wspomnieć, iż takie działanie Zamawiającego stanowi jaskrawe naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, w którym ustawodawca kategorycznie zabronił prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. Na dzień składania ofert, żaden z elementów oferty Air Liquide nie przedstawia chęci przedłożenia w zakresie pakietu nr 3 poz. 1.2 jakiegokolwiek elementu przedmiotu zamówienia więcej niż ten wymieniony w formularzu asortymentowo - cenowym oraz opisie przedmiotu zamówienia. Reasumując na dzień składania ofert, niezależnie od faktu, iż czy zawór dozujący będzie wyposażony w dodatkowy filtr antybakteryjny (w tym przypadku zaoferowany system do podawania mieszaniny gazów nadal jest niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia) czy nie?, to nie wynika z treści udostępnionej oferty firmy Air Liquide, iż w/w filtr stanowi jej integralną część. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W orzecznictwie Izby podkreśla się również, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 KC, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Sygn. akt KIO 2082/17 WYROK z dnia 20 października 2017 r. Wedle Odwołującego na dzień składania ofert cena oferta firmy Air Liquide nie obejmowała jednorazowego filtra antybakteryjnego. Z kolei treść wezwania Zamawiającego z dnia 21.05.2018r. oraz udzielona na nią odpowiedź firmy Air Liquide (21.05.2018r.) jednoznacznie wskazuje na niedozwolone negocjacje pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, dotyczące

treści złożonej oferty oraz stanowi jawne dokonywanie zmian w jej treści. Zdaniem Odwołującego, konstrukcja zaoferowanego urządzenia redukcyjno - dozującego, nie wyklucza możliwości jego zastosowania bez filtra antybakteryjnego. Potwierdza to zapis instrukcji producenta zaworu Ease II - pkt. 5.3.1 - „W przypadku korzystania z urządzenia bez filtra antybakteryjnego wyczyść system zgodnie z opisem w części 6 (Czyszczenie)”. W tym momencie rodzi się pytanie, co zrobi Zamawiający w przypadku gdy jego personel użyje zaworu dozującego Ease II bez uprzedniego zamontowania filtra ?, a jak to producent podaje w swojej instrukcji obsługi, jest to możliwe. Oczywiście - MUSI DOKONAĆ żmudnego i czasochłonnego procesu czyszczenia dysku wdechowego i portu pacjenta, co czyni ofertę firmy Air Liquide po raz kolejny niezgodną z ustawą Pzp oraz zapisami SIWZ (podlega odrzuceniu), ponieważ jest to rutynowa konserwacja urządzenia, która z kolei wymaga według instrukcji producenta, rozkręcania go na części, czyszczeniu, osuszaniu i dodatkowo sterylizacji. Dalej podał: „Założmy jednakże, że Zamawiający zostanie wyposażony przez przyszłego wykonawcę w filtry antybakteryjne oraz dokonana specjalnych czynności polegających na uświadomieniu personelu szpitala (operator urządzenia redukcyjno - dozującego), o konieczności każdorazowego użycia w/w filtra po każdym pacjencie. Należy podkreślić z pełną stanowczością, że nie uczyni to oferty firmy Air Liquide nie podlegającą odrzuceniu. Wręcz przeciwnie. Z cytowanego fragmentu instrukcji pkt. 6.1, zdanie 1: Jeśli jest stosowanych jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu, jednak jest ono zalecane” wynika niezbicie, iż podmiot odpowiedzialny za produkcję wyrobu medycznego o nazwie własnej Ease II, jednoznacznie zaleca/doradza/wskazuje na, czyszczenie kluczowych elementów urządzenia redukcyjno - dozującego (dysk wdechowy i port pacjenta). Słownik Języka Polskiego - „Zalecać”: 1. «doradzić wykonanie czegoś» 2. «wskazać na zalety czegoś lub kogoś». Wskazał ponownie na ustawę o wyrobach medycznych, gdzie ustawodawca wskazał w art. 90 ust. 1, że „Wyrób powinien być właściwie dostarczony, prawidłowo zainstalowany à utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania”. Jest to jeden z niewielu zapisów w tym akcie prawnym, który reguluje obowiązki użytkownika wyrobu medycznego, w tym przypadku Zamawiającego. W ustawie o wyrobach medycznych odnajdujemy również definicję „incydentu medycznego” (art. 2, ust. 1, pkt 14): „wadliwe działanie, defekt, pogorszenie właściwości lub działania wyrobu, jak również nieprawidłowość w jego oznakowaniu lub instrukcji używania, które mogą lub mogły doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika wyrobu, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro - pośrednio także innej osoby”. Wydaje się zatem logicznym, iż rezygnacja przez Zamawiającego z zaleceń producenta urządzenia redukcyjno - dozującego do podawania mieszaniny i gazów, polegających na czyszczeniu dysku

wdechowego i portu pacjenta po każdym użyciu, co jest związane z koniecznością jego rozkręcenia i wykonania dodatkowych czynności może doprowadzić do niepożądanych efektów wśród pacjentów (zakażenia krzyżowe) lub nawet doprowadzić do wystąpienia „incydentu medycznego”. Wskazał ponadto na stronę internetową producenta zaworu Ease II, firmę GCE. Na ogólnodostępnej stronie firmy GCE: (załącznik nr 3 do Odwołania), odnajdujemy tam zapis dotyczący użytkowania zaworu W przypadku korzystania z filtra pacjenta, dezynfekcja i sterylizacja nie jest obowiązkowa po zmianie pacjenta, jeśli filtr pacjenta nie został zmoczony lub zwilżony. Powyższe potwierdza to, zdaniem Odwołującego, dwie prawidłowości dotyczące zaworu Ease II: Pierwszą wcześniej wymienioną, iż istnieje możliwość użycia w/w zaworu bez filtra antybakteryjnego, oraz Drugą czysto techniczną - jak Zamawiający ma dokonać oceny czy filtr został zmoczony lub zwilżony? W omówionym wcześniej przypadku, o którym wspomina instrukcja producenta, w sytuacji ekspozycji zaworu na krew lub wymiociny rozebranie urządzenia w celu jego czyszczenia jest i tak niezbędne. Co jednak w przypadku możliwości zawilgocenia lub zmoczenia filtra w sytuacji kondensacji pary wodnej w trakcie wdechów i wydechów pacjenta? Wskazuje to jednoznacznie, iż najpewniejszą metodą bezpiecznego użytkowania urządzenia redukcyjno - dozującego jest każdorazowe jego rozkręcenie, czyszczenie, sterylizacja i ponowne złożenie po każdym użyciu, co jednoznacznie zaleca producent w swojej instrukcji obsługi, co czyni ofertę firmy Air Liquide niezgodną z ustawą i nie odpowiadającą treści SIWZ. Kolejnym dowodem, na potwierdzenie, że zaoferowany przez firmę Air Liquide zawór dozujący nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89, ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP) jest analiza ogólnodostępnego filmu instruktażowego producenta (firma GCE), stanowiącego uzupełnienie instrukcji obsługi zaworu Ease II: (tłumaczenie filmu jako załącznik nr 4 do Odwołania ), z którego wynika jednoznacznie, że nawet w przypadku stosowania filtra antybakteryjnego czyszczenie należy przeprowadzać raz w tygodniu - 1m:15s filmu. Reasumując wbrew temu, co twierdzi firma Air Liquide w swoich wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018r, producent w swoich materiałach jednoznacznie mówi o konieczności przeprowadzenia w konkretnych sytuacjach rutynowej procedury polegającej na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, a następnie dezynfekcji zaworu dozującego Ease II:

- ✓ Jeżeli zawór na żądanie został skażony przez krew lub wymiociny czyszczenie jest konieczne - instrukcja;
- ✓ Jeśli jest stosowany jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu. Jednak jest ono zalecane - instrukcja;
- ✓ W przypadku korzystania z filtra pacjenta, dezynfekcja i sterylizacja nie jest obowiązkowa po zmianie pacjenta, jeśli filtr pacjenta nie został zmoczony lub zwilżony - strona firmowa producenta;

- ✓ W przypadku stosowania filtra antybakteryjnego czyszczenie należy przeprowadzać raz w tygodniu - film instruktażowy producenta zaworu;

Bliźniaczo podobne zagadnienie, dotyczące konieczności prowadzenia rutynowych vel bieżących czynności konserwacyjnych i kontrolnych konkretnego zaworu dozującego do podawania mieszaniny gazów (tlen i podtlenek azotu) było przedmiotem odwołania wniesionego przez firmę Linde Gaz Polska Sp. z o.o. do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie w sprawie dotyczące postępowania przetargowego na dostawę gazów medycznych i technicznych, nr sprawy DAZ.26.010.2018. Do rozprawy w tej sprawie nie doszło, ponieważ jak wynika z postanowienia do sygn. Akt: KIO 945/18 z dnia 28.05.2018r. (załącznik nr 5 do Odwołania), Zamawiający po zapoznaniu się z argumentacją uznał wszystkie zarzuty odwołania, a firma Air Liquide, która wniosła przyłączenie do Odwołania po stronie Zamawiającego nie wniosła jakiegokolwiek sprzeciwu do podjętej przez Zamawiającego czynności. Należy nadmienić, iż Zamawiający podjął swoją decyzję następnego dnia po zapoznaniu się treścią przyłączenia po stronie Zamawiającego przez firmę Air Liquide. Zamawiający dokonał ponownej czynności badania oferty, bez uwzględnienia oferty firmy Air Liquide. Świadczy to jednoznacznie o trafności postawionych zarzutów w bieżącym jak i tamtym Odwołaniu, co z kolei potwierdza, iż oferowany przez firmę Air Liquide zawór dozujący Ease II, który zgodnie z instrukcją obsługi producenta wymaga rutynowych konserwacji t regularnej kontroli, polegających na rozkręcaniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów, co czyni go niezgodnym z treścią SIWZ oraz oczekiwaniami Zamawiającego.

W treści wyjaśnień z dn. 14.05.2018r., firma Air Liquide oświadczyła, iż oferowany przez zawór dozujący Ease II podczas bieżącego użytkowania nie wymaga kontroli oraz, że ewentualne zalecane kontrole przeprowadzane są przez wykwalifikowane personel ALP lub na prośbę użytkownika. Oświadczenie to po raz kolejny jest nieprawdziwe i nie ma oparcia w zapisach instrukcji obsługi producenta urządzenia Ease II.

W pkt. 7.1.3 instrukcji obsługi „Regularne kontrole i rutynowa konserwacja” znajdują się następujące zapisy :

- ✓ „Następujące elementy muszą również być regularnie kontrolowane pod kątem zniszczeń i zużycia i mogą być w razie potrzeby wymieniane przez użytkownika
- ✓ „Uwaga-. W celu wymiany dysku wdechowego' uszczelki wdechowej, portu pacjenta i uszczelki klapowego zaworu wydechowego postępuj zgodnie z instrukcjami w części 6. "

Pkt, 7.3.1 instrukcji - Kontrola wzrokowa (ppkt. 11,14,15,18,19,20) oraz pkt. 7.3.2 - test szczelności (ppkt. 6) potwierdza, że budowa zaworu dozującego wymaga ingerencji w strukturę urządzenia polegające na jego rozłożeniu na części. Wśród czynności kontroli rocznej odnajdujemy również kilka czynności, z których jednoznacznie wynika konieczność

odkręcenia lub ingerencję w następujące części składowe zaworu dozującego Ease II: Uszczelka klapowego zaworu wdechowego, Port pacjenta, Dysk wdechowy, Port pacjenta. Jednocześnie całość pkt. 7 instrukcji produktu o nazwie własnej Ease II mówi o jego konserwacji, która wymaga rozkręcania jego głównych elementów. Konserwacja - (Słownik języka polskiego <https://sip.pi/konserwacja1>) zespół czynności zabezpieczających coś (np. zabytki, dzieła sztuki, produkty spożywcze) przed zniszczeniem, psuciem się, utratą wartości itp. Zapis: „Następujące elementy muszą również być regularnie kontrolowane pod kątem zniszczeń i zużycia i mogą być w razie potrzeby wymieniane przez użytkownika” potwierdzają niezbicie, iż czynności wskazane w w/w fragmentach instrukcji producenta mogą zostać wykonane bezpośrednio przez użytkownika, czyli personel Zamawiającego. W części 8 „Wykrywanie usterek”, producent zamieszcza Tabelę służącą jako pomoc w korygowaniu prostych usterek urządzenia (bez konieczności zwrotu urządzenia do kontroli i naprawy) - „Zawór na żądanie nie przerywa przepływu po zwolnieniu przycisku testowego - Działanie naprawcze wskazanego przez producenta - Zainstaluj zapasowy dysk wdechowy”. Dysk wdechowy wymieniony został we wspomnianej uprzednio części 6 - Czyszczenie. Potwierdza to również, że czynność wymieniona w części 8 instrukcji wymaga rozkręcania całości systemu do podawania mieszaniny gazów, co czyni ofertę firmy Air Liquide niezgodną z treścią ustawy oraz SIWZ i oczekiwaniami Zamawiającego (art. 89 ust. 1, pkt. 1 i 2).

Odwołujący wskazał ponadto na art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych: „Wytwórca, importer i dystrybutor wprowadzający do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub sprowadzający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu używania na tym terytorium wyrób, który dla prawidłowego i bezpiecznego działania wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa -które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika-załącza do wyrobu wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności”.

Producent zaworu Ease II w swojej instrukcji użytkowania w powołanych fragmentach: pkt. 6., pkt. 7 i pkt. 8, nie zakazuje (a wręcz dopuszcza) wykonywania przytoczonych czynności przez użytkownika - czyli personel Zamawiającego. Jest całkowicie sprzeczne z treścią wyjaśnień firmy Air Liquide z dn. 14.05.2018 Sr, ponieważ czynności te nie wymagają zaangażowania wykwalifikowanego personelu wykonawcy - Air Liquide Polska, a jednocześnie stanowią odpowiedź na treść wezwania Zamawiającego (art. 87 ust.1) z dn. 11.05.2018: „jednocześnie prosimy również o wskazanie ewentualnych czynności

wskazanych w instrukcji obsługi (a wymaganych przez producenta), które należą do użytkownika", której firma Air Liquide nie udzieliła w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018. jest to kolejny dowód, że oferta Air Liquide podlega odrzuceniu w nawiązaniu do art.89, ust. 1, pkt. 1 i 2 ustawy PZP.

Zamawiający w odpowiedzi nr 11 z dnia 26.04.2018r., ustanowił wymóg aby istniała możliwość podawania leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi. Zdaniem Odwołującego, lektura ogólnodostępnej charakterystyki produktu leczniczego mieszaniny gazów tlen i podtlenek azot, o nazwie własnej Kalinox (załącznik nr 2 do Odwołania), stanowiącej przedmiot oferty firmy Air Liquide potwierdza jednoznacznie, iż nie pozwala on na podawania w/w mieszaniny do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi. Zapis z tejże charakterystyki udowadnia powyższy zarzut: „Czas inhalacji mieszaniną zależy od czasu trwania przeprowadzanej procedury i na ogół nie powinien przekraczać 60 minut ciągłej inhalacji w ciągu doby. jeżeli procedura jest powtarzana, leczenie nie może trwać dłużej niż 15 dni. "

Jeszcze bardziej – zdaniem Odwołującego - przekonywujące są deklaracje własne firmy Air Liquide przedłożone Zamawiającemu w trakcie trwania postępowania, zarówno przed otwarciem jak i po otwarciu ofert:

✓ We wniosku z dnia 30.04.2018 przedłożonego Zamawiającemu w oparciu o art. 38 ust. 1 ustawy Pzp - (...) podtrzymanie tego bezpodstawnego zapisu z góry wyklucza możliwość złożenia oferty przez wykonawcę, którego produkt leczniczy-gaz medyczny mieszanina podtlenku azotu i tlenu w ilościach po 50% posiada zarejestrowane, a więc potwierdzone badaniami klinicznymi wskazania do stosowania w położnictwie. Zamawiający podtrzymując ten absurdalny zapis z góry podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy, którego produkt, z racji przeprowadzonych badań na grupie kobiet rodzących, a potwierdzonych zarejestrowanymi wskazaniem (...). Podobnie w treści wyjaśnień na wezwanie o wyjaśnienie treści oferty z dn. 14.05.2018 r., gdzie także wskazano, że opis ten nie ma żadnego uzasadnienia w przypadku stosowania gazu medycznego mieszaniny podtlenku azotu i tlenu w ilościach po 50% w położnictwie, a podtrzymanie tego bezpodstawnego zapisu z góry wyklucza możliwość złożenia oferty przez wykonawcę, którego produkt leczniczy-gaz medyczny mieszanina podtlenku azotu i tlenu w ilościach po 50% posiada zarejestrowane, a więc potwierdzone badaniami klinicznymi wskazania do stosowania w położnictwie. (...)

Niezależnie od treści merytorycznej tych wniosków, które odbiegają od rzeczywistości i prawdy (co nie jest przedmiotem niniejszego Odwołania), należy stwierdzić, iż zaproponowany przez firmę Air Liquide, o nazwie własnej Kalinox nie posiada możliwości podawania leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi, co czyni ją niezgodną z treścią SIWZ oraz oczekiwaniami Zamawiającego i wypełnia

delegację jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy PZP. Jednak, jak podał Odwołujący, to nie koniec zaniechania czynności do jakich był zobowiązany Zamawiający w trakcie badania oferty firmy Air Liquide w zakresie zadania nr 3, odnośnie wymogu: aby istniała możliwość podawania leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi. Zamawiający uznając wcześniej wyjaśnienia firmy Air Liquide za niewystarczające, ponownie wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, zadając jednoznacznie sprecyzowane pytanie: „Czy zaoferowany przez Państwa gaz w poz. i ma możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi?” Tym razem w wyjaśnieniach z dnia 21.05.2018, wykonawca Air Liquide potwierdził, że oferowany przez nią gaz ma możliwość podawania do 6 godzin bez konieczności kontrolowania krwi pacjenta. To stwierdzenie, w żaden sposób nie koreluje z wcześniejszymi deklaracjami firmy Air Liquide odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia (Kalinox).- w treści wniosku o wyjaśnienie SIWZ z dnia 30.05.2018 (brak odpowiedzi ze strony Zamawiającego - złożone po terminie przewidzianym w ustawie) oraz treści wyjaśnień firmy Air Liquide z dnia 14.05.2018r. oraz zapisami Charakterystyki produktu leczniczego (Załącznik nr 2 do Odwołania). Nasuwa się zatem tylko jeden wniosek, iż późniejsza deklaracja z dnia 21.05.2018r w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa firmy Air Liquide wprowadziła Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe stanowi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy PZP i narzuca na Zamawiającego obowiązek wykluczenia tegoż oferenta z przedmiotowego postępowania, a w następstwie tego faktu determinuje go do odrzucenia oferty firmy Air Liquide Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP. Wykonawca, firma Air Liquide w swoim wniosku z dn. 30.04.2018 oraz treści wyjaśnień z dnia 14.05.2018 r. poza faktem, iż nie za bardzo umiał odnieść się merytorycznie do wątpliwości Zamawiającego, związanych z postawionym wymogiem aby istniała możliwość podawania leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi, dokonał samoistnie oceny produktu będącego w ofercie Odwołującego. Poza nietrafnymi zarzutami wobec Zamawiającego, jakoby dopuścił do możliwości złożenia tylko przez jednego wykonawcę (na rynku istnieje jeszcze jedna firma, z zarejestrowaną mieszaniną tlenu i podtlenku azotu, która spełnia wymóg możliwość podawania leku (mieszaniny gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi,), to jeszcze dodatkowo firma Air Liquide oskarżyła Odwołującego jakoby jej produkt nie posiadał wskazań do stosowania w położnictwie, i stosowanie go u kobiet rodzących jest eksperymentem medycznym. Oczywiście zarzut ten nie został poparty żadnymi wiążącymi dowodami. Firma Air Liquide nawet nie potrafiła zidentyfikować bliżej rodzaju eksperymentu medycznego, którym jakoby jest stosowanie mieszaniny gazów z oferty Odwołującej, czy jest

to jakoby eksperyment leczniczy ? czy może eksperyment badawczy ?, co definiuje Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

Odwołujący stwierdził, że (...) oczerniany przez firmę Air Liquide produkt z oferty Odwołującej jest od wielu lat stosowany z powodzeniem w polskich jednostkach służby zdrowia, w tym również w położnictwie, Decyzją Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych został on dopuszczony do obrotu jako produkt leczniczy w myśl ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (art. 7 ust. 2 i art. 29 ust. 2), dalej Ustawa Prawo farmaceutyczne - nr pozwolenia 16433 (Załącznik nr 6 do Odwołania). Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne wydanie pozwolenia jest równoznaczne z zatwierdzeniem Charakterystyki Produktu Leczniczego, ulotki oraz opakowań produktu leczniczego, Charakterystyka Produktu Leczniczego jest dokumentem przeznaczanym dla fachowego personelu medycznego, podczas gdy ulotka zawiera informacje adresowane do pacjenta. Zarówno w charakterystyce produktu leczniczego (załącznik nr 7 do Odwołania) oraz ulotce dla pacjenta można odnaleźć następującą informację : ENTONOX może być stosowany w późniejszych etapach ciąży, w trzecim trymestrze i przy porodzie. Wskazuje to jednoznacznie, iż produkt z oferty Odwołującego może być stosowany w położnictwie u kobiet rodzących, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Oskarżenie Odwołującego przez firmę Air Liquide w trakcie trwania postępowania (zarówno przed jaki po otwarciu ofert) jakoby jej produkt nie posiadał wskazań do stosowania w położnictwie, i stosowanie go u kobiet rodzących jest eksperymentem medycznym, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu w art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 u.z.n.k: 1. Czynnem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie; w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. 2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1 są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje w szczególności o: 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej. Zdaniem Odwołującego, działanie firmy Air Liquide polegające na rozpowszechnianiu nieprawdziwych i wprowadzających w błąd wiadomości o mieszaninie gazów tlen/podtlenek azotu wytwarzanej i dystrybuowanym przez Odwołującego, stanowiącą jednocześnie jego ofertę w zakresie pakietu nr 3, stanowi ewidentne naruszenie art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 u.z.n.k., co kolei determinuje Zamawiającego do odrzucenia jej n ofert z przedmiotowego postępowania, ponieważ jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP)". Odwołujący stwierdził, że oferta firmy Air Liquide w zakresie przedmiotowego postępowania powinna zostać odrzucona na podstawie



art. 89 ust. 1 pkt. 1,2,5, i pkt 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Dodatkowo oferent Air Liquide podlega wykluczeniu w myśl art. 24 pkt. 17 ustawy PZP.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w piśmie z dnia 25 czerwca 2018 r. [z datą jego wpływu: 26.06.2018 r.] wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości z uwagi na fakt nienaruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym obowiązujących przepisów, tj. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, art. 91 ust 1 w związku z art. 7 ustawy PZP;
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

Zamawiający poparł wniosek Przystępującego — Air Liquide Polska Sp. z o.o., o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka P.W. na okoliczność sposobu działania urządzenia oferowanego przez Przystępującego oraz na okoliczność, że urządzenie to jest zgodne z wymogami SIWZ.

W tej odpowiedzi wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Pismem z dnia 21.05.2018r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień w piśmie z dnia 14.11.2018r. w kwestiach dotyczących:

- ✓ możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi?

Zamawiający podkreślił, że nie wymaga zapisów zamieszczonych w Charakterystyce Produktu Leczniczego o możliwości podawania leku ( gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta, a także nie wymaga, aby ta możliwość podawania leku ( gazu) do 6 godzin dotyczyła podawania leku w sposób ciągły. Natomiast wymaga możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania krwi pacjenta i w związku z powyższym potwierdzenia takiej właśnie możliwości Zamawiający oczekuje od Wykonawcy.

- ✓ czy zaoferowany zawór dozujący, zgodnie z instrukcją obsługi producenta, wymaga rutynowych konserwacji i regularnych kontroli, polegających m.in. na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów? Jednocześnie prosimy również o wskazanie, ewentualnych czynności wskazanych w instrukcji obsługi ( a wymaganych przez producenta), które należą do użytkownika;

Z załączonych do wyjaśnień dokumentów tj. „instrukcji obsługi” na stronie 9 wynika, że czyszczenie dysku wdechowego i portu pacjenta nie jest konieczne po każdym użyciu w przypadku stosowania filtra antybakteryjnego wymienianego po każdym pacjencie. W związku z tym, że na stronie 19 tejże Instrukcji obsługi przedmiotowy filtr wymieniony jest w „akcesoriach opcjonalnych” na żądanie, Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy aby spełnić wymogi zawarte w SIWZ niezbędne filtry antybakteryjne jednorazowego użytku filtry są zawarte w cenie zaoferowanego przedmiotu zamówienia? Zamawiający podkreślił, że treść w/w pisma nie stanowi naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Celem postępowania jest uzyskanie produktu (usługi), która spełnia oczekiwania zamawiającego, określone w SIWZ, jednocześnie zapewnia bezpieczeństwo i wygodę pacjentów. Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, dokonując wydatkowania środków publicznych, obowiązany jest stosować zasadę efektywności, celowości i przejrzystości. Zatem, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, musi mieć pełną wiedzę co do parametrów i właściwości oferowanych przez wykonawców produktów (usług). Obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wątpliwości, jest ich wyjaśnienie. W konkluzji stwierdził, że w niniejszym stanie faktycznym było to konieczne, ponieważ Przystępujący błędnie zinterpretował pytanie do SIWZ i odpowiedź nr 11, zamieszczone na jego stronie internetowej dnia 26.04.2018 r.

Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego. A zatem zamawiający ma prawo żądać wyjaśnień, ale też obowiązek ich zażądania po to, by wypełnić powinność przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma on możliwość pozyskania dodatkowych informacji. W przypadkach wątpliwości pozwala mu ono na należyłą ocenę sytuacji (oferty) ( wyrok KIO : sygn. akt 117/17. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Nie wolno jednak pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, a więc rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu

wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1 Pzp), wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wskazał także na orzecznictwo KIO (Przykładowo: wyrok o sygn. akt: KIO 2006/17), w którym Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofertą. Uzyskanie takich wyjaśnień jest niezbędne również z tego powodu, iż w przypadku odrzucenia oferty ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek wskazanych w odrzuceniu spoczywa na zamawiającym (art. 190 ust. 1 Pzp). Tylko jednoznaczne wykazanie niezgodności treści oferty z SIWZ wraz z jednoznacznym wykazaniem braku możliwości dokonania poprawy treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uprawnia i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty. (...). Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie ze stanowiskiem ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, którego skutkiem jest wywodzenie przez Zamawiającego oczekiwań nie wyartykułowanych wprost w SIWZ. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 21.05.2018r., Przystępujący wyjaśnił, że:

- zaoferowany gaz ma możliwość podawania do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta,
- zaoferowane ustniki do aplikacji gazu zawierają filtry antybakteryjne jednorazowego użytku, które zostały wliczone w cenę produktu.

Uznając powyższe wyjaśnienia za wyczerpujące, Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za zgodną z SIWZ, zatem niepodlegającą odrzuceniu. Po dokonaniu oceny ofert, zamawiający za najkorzystniejszą ( kryterium ceny 100%), uznał ofertę Air Liquide Polska Sp. z o.o. Zamawiający podkreślił, że dochował wszelkiej staranności, wzywając Przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

złożonej oferty. Przystępujący w ocenie zamawiającego wykazał, że zaoferowana cena jest ceną korzystną dla zamawiającego, nie będąc jednocześnie ceną rażąco niską.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP jest bezpodstawny, ponieważ Wykonawca przedstawił rzetelne informacje na temat oferowanego produktu, na podstawie instrukcji obsługi, karty charakterystyki produktu leczniczego oraz swojej wiedzy. Jego zdaniem, również bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP, ponieważ ważność oferty należy badać przede wszystkim w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ ( art. 91 ust. 1). Zatem, a contrario, nie naruszył w/w przepisu PZP. Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, w zakresie:

1. wymogu zamawiającego, aby istniała możliwość podawania leku ( mieszaniny gazów) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi,
2. wymogu zaoferowania zaworu dozującego, który zgodnie z instrukcją obsługi producenta nie wymaga rutynowych konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów., zamawiający ocenia w/w zarzut jako bezzasadny za następujących względów:

(1) Zamawiający nie wymagał zapisów zamieszczonych w Charakterystyce Produktu Leczniczego o możliwości podawania leku ( gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania krwi pacjenta. Zamawiający wymagał możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta. Przystępujący pismem z dnia 21.05.2018r. potwierdził, że oferowany przez niego gaz medyczny spełnia w/w wymóg. Ponadto biorąc pod uwagę karty charakterystyki obydwu produktów, należy stwierdzić, że ich skład chemiczny jest taki sam: podtlenek azotu 50% i 50% tlen, zatem ich wpływ na procesy biochemiczne zachodzące w organizmie jest tożsamy. W/w gaz stosowany jest w oddziale Ginekologiczno - Położniczym WSzZ w Lesznie do łagodzenia bólu porodowego. Rozpoczęcie stosowania gazu medycznego lekarz prowadzący poród wpisuje do karty zleceń lekarskich, a samo podawanie następuje doraźnie w chwili wystąpienia skurczu porodowego. W tym zakresie Zamawiający nie dopatrywał się, aby Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ( art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP).

(2) Użytkowanie zaworu dozującego w warunkach szpitalnych wymaga zachowania odpowiednich procedur epidemiologicznych , bez względu na proponowane rozwiązania czy udogodnienia stosowania zaworu. Oferowany przez przystępującego sprzęt ma kontakt tylko z błonami śluzowymi. Wdychana mieszanina gazów , jest następnie wydychana przez

boczne części aparatu, bez możliwości wlotu z powrotem do środka. W przypadku stosowania oferowanego przez przystępującego zestawu, tj. ustnik z filtrem antybakteryjnym, nie ma podstaw do ingerowania w strukturę zaworu dozującego i czyszczenia jego wnętrza, tym samym oferowany przez przystępującego zawór spełnia wymogi SIWZ. Przystępujący w toku wyjaśnień wprost określił, że nie ma potrzeby w czasie normalnego użytkowania i konserwacji ingerencji w strukturę oferowanego przez Przystępującego urządzenia, polegającej na rozłożeniu go na części. W przypadku stosowania przez zamawiającego będących przedmiotem oferty ustników jednorazowych z filtrem antybakteryjnym, nie ma potrzeby czyszczenia zaworu po każdym użyciu z ingerencją w jego wnętrze. Budowa zaofertowanego zaworu zabezpiecza go również przed przypadkową ingerencją osób trzecich, ale daje możliwość dezynfekcji lub sterylizacji w przypadku kontaminacji zgodnie z epidemiologicznymi procedurami szpitalnymi (plan higieny szpitalnej). W ocenie Zamawiającego, nie stanowi to żadnego uchybienia siwz, gdyż każdy produkt/powierzchnia który stosowany jest w lecznictwie, a tym bardziej w lecznictwie zamkniętym, powinien być zdalny do sterylizacji /dezynfekcji, o ile nie jest produktem do jednorazowego stosowania. Oferowane przez Przystępującego, kompatybilne z zaworem dozującym ustniki i filtry są jednorazowymi produktami medycznymi, tak samo, jak obecnie stosowane przez Zamawiającego ustniki dostarczane przez Odwołującego. Ustnik wraz z filtrem jest przypisany do pacjentki. Twierdzenie Odwołującego, że czynność czyszczenia oferowanego przez Przystępującego urządzenia jest notoryczna, nie znajduje potwierdzenia w świetle zgromadzonej dokumentacji. Ponadto, ze względu na tożsamy skład chemiczny gazów oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, możliwe działania niepożądane są jednakowe. Również twierdzenie Odwołującego, iż najpewniejszą metodą bezpiecznego użytkowania urządzenia redukcyjno — dozującego oferowanego przez Przystępującego jest każdorazowe jego rozkręcenie, czyszczenie, sterylizacja i ponowne złożenie po każdym użyciu, co jednoznacznie zaleca producent w swojej instrukcji obsługi, stanowi nadinterpretację instrukcji obsługi. Z punktu 6.1 instrukcji obsługi wynika, że: jeśli stosowany jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu. Jednak jest ono zalecane. Filtr antybakteryjny jednorazowego użytku należy wymienić po każdym pacjencie. Jeżeli zawór na żądanie został skażony przez krew lub wymiociny, czyszczenie jest konieczne. Konieczność czyszczenia jakiegokolwiek sprzętu lub urządzenia szpitalnego po kontakcie z materiałem biologicznym pochodzącym od pacjenta jest oczywista. Podkreślił, że również oferowany przez Odwołującego zawór dozujący podlega procedurze czyszczenia i dezynfekcji, jak również konserwacji. Pełne szczegóły dotyczące demontażu, czyszczenia i dezynfekcji można znaleźć w podręczniku serwisowym.

Reasumując, Zamawiający ocenił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP za niezasadny, jak również nie dopatrył się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia

wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy PZP, jak również naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 PZP. W załączeniu do odpowiedzi m.in. przedstawił Instrukcję stosowania zaworu dozującego oferowanego przez Linde Gaz Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r.- data wpływu do Prezesa KIO dnia 18.06.18) przystąpił wykonawca - Air Liquide z siedzibą w Krakowie wnosząc o oddalenie odwołania oraz o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka P.W. na okoliczność sposobu działania urządzenia oferowanego przez Przystępującego oraz na okoliczność, że urządzenie to jest zgodne z wymogami SIWZ.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła iż zważyła, co następuje:**

Odwołanie zostało wniesione w zakresie Pakietu 3: „Gaz medyczny do znieczuleń.”

Odwołujący - Linde Gaz Sp. z o.o. w odwołaniu wskazał, że Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia, albowiem dokonał wyboru oferty Przystępującego Konsorcjum z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz jej art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, która to oferta nie jest najkorzystniejszą. Ta oferta zdaniem Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie:

- ✓ art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust.3 i art. 87 ust.1 tej ustawy, albowiem jest ona niezgodna z ustawą z uwagi na prowadzone negocjacje które doprowadziły do zmiany treści oferty;
- ✓ art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do:
  - a. możliwości podawania leku (mieszanki gazów) do 6 godzin, bez konieczności kontrolowania morfologii krwi
  - b. kwestii, aby zaoferowany zawór dozujący, zgodnie z instrukcją obsługi producenta, nie wymagał rutynowych konserwacji i regularnych kontroli, polegających m.in. na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów?
- ✓ art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp w związku z art. 24 ust.1 pkt 17 tej ustawy albowiem Przystępujący Air Liquide, powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na fakt, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

✓ art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem jest nieważna na podstawie wskazanego przepisu ustawy o z.n.k.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem do rozstrzygnięcia w tym przedmiocie właściwym jest inny organ, a mianowicie przede wszystkim Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub sąd powszechny. Ten zarzut bowiem oparty był na argumentacji naruszenia dobrego imienia firmy. Tym samym przesłanka z art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp nie mogła stanowić podstawy dla odrzucenia oferty Przystępującego, albowiem ten przepis statuuje obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest dana oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym wskazywany przez Odwołującego przepis art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2, nie zawiera norm prawnych, które stanowiłyby o nieważności oferty, w przypadku gdy wykonawca przystępujący do przetargu prowadzonym na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd (...) wiadomości o innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody (...) w tym jak w ust.2 pkt 2 o (...) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach (...). Zatem nawet gdyby przyjąć, że Przystępujący Air Liquide rozpowszechniał nieprawdziwe i wprowadzające w błąd wiadomości o mieszaninie gazów tlen/podtlenek azotu wytwarzanej i dystrybuowanej przez Odwołującego, to wbrew jego twierdzeniom, nie determinowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Przystępującego na wskazywanej podstawie prawnej z art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Także pozostałe podniesione w odwołaniu zarzuty, co do ich meritum nie są zasadne.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że na gruncie ustawy Pzp, w tym jej art. 87 ust.1 nie ma przeszkód, aby Zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości [oczywiście poza przypadkami opisanymi w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień, albo też bez obiektywnej uzasadnionej przyczyny spóźnia się z ich udzieleniem]. Oceniając bowiem wyjaśnienia zamawiający powinien kierować się zasadami logiki oraz posiadaną przez siebie profesjonalną wiedzą w zakresie danego rodzaju zamówień i znajomością rynku, zwłaszcza lokalnego, na którym zamawia dany produkt, jak w przypadku tego zaworu, od lat. Wyjaśnień nie może oczywiście przyjmować tylko *pro forma* (byle zostały jakieś

złożone), ale oceniać je przez pryzmat ich realności, a mianowicie czy realne jest uzyskanie produktu zgodnego z wymaganiami, w tym przypadku technicznymi, specyfikacji.

W stanie faktycznym tej sprawy w kierowanych do Przystępującego na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp wezwaniach (z dnia 11 maja oraz 21maja) i udzielanych wyjaśnieniach (z dnia 14 maja oraz 21 maja) Izba nie dopatrzyła się wskazywanych przez Odwołującego wadliwości, a mianowicie, że zastosowania procedura prowadziła do zabronionych ustawą negocjacji i w konsekwencji do zmiany złożonego przez Przystępującego w ofercie oświadczenia woli.

Tak jak wskazywał Zamawiający w piśmie z dnia 21.05.2018 r. zwrócił się do Przystępującego o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień w piśmie z dnia 14.11.2018r. w kwestiach dotyczących:

- ✓ możliwości podawania leku ( gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi? W tym piśmie podkreślił, że nie wymagał zapisów zamieszczonych w Charakterystyce Produktu Leczniczego o możliwości podawania leku ( gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta, a także nie wymagał, aby ta możliwość podawania leku ( gazu) do 6 godzin dotyczyła podawania leku w sposób ciągły. Natomiast wymagał możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin bez konieczności kontrolowania krwi pacjenta i w związku z powyższym potwierdzenia takiej właśnie możliwości Zamawiający oczekuje od Wykonawcy.
- ✓ czy zaoferowany zawór dozujący, zgodnie z instrukcją obsługi producenta, wymaga rutynowych konserwacji i regularnych kontroli, polegających m.in. na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów? Prosił o wskazanie, ewentualnych czynności wskazanych w instrukcji obsługi (a wymaganych przez producenta), które należą do użytkownika, jednocześnie wskazując, że: „Z załączonych do wyjaśnień dokumentów tj. „instrukcji obsługi” na stronie 9 wynika, że czyszczenie dysku wdechowego i portu pacjenta nie jest konieczne po każdym użyciu w przypadku stosowania filtra antybakteryjnego wymienianego po każdym pacjencie. W związku z tym, że na stronie 19 tejże Instrukcji obsługi przedmiotowy filtr wymieniony jest w „akcesoriach opcjonalnych” na żądanie, Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy aby spełnić wymogi zawarte w SIWZ niezbędne filtry antybakteryjne jednorazowego użytku filtry są zawarte w cenie zaoferowanego przedmiotu zamówienia?

Niewątpliwie celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie produktu (usługi), która spełnia oczekiwania zamawiającego, określone w SIWZ, który jednocześnie zapewnia bezpieczeństwo i wygodę pacjentów. Zatem, przed dokonaniem



wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający musi mieć pełną wiedzę co do parametrów i właściwości oferowanych przez wykonawców produktów (usług). Obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wątpliwości, jest ich wyjaśnienie. W niniejszym stanie faktycznym było to szczególnie konieczne, ponieważ Przystępujący błędnie zinterpretował pytanie do SIWZ i odpowiedź nr 11, zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego 26.04.2018 r. Dokonując zatem zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert słusznym było skierowanie do Przystępującego kolejnych zapytań w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdza także, że zamawiający korzystając z uprawnienia przewidzianego we wskazanym art. 87 ust.1 Pzp, ma prawo wyjaśnić złożone przez wykonawcę oświadczenie woli w ofercie. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma on możliwość pozyskania dodatkowych informacji. W przypadkach wątpliwości pozwala mu ono na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Tak jak podkreśla się w orzecznictwie KIO (przykładowo wyrok o sygn. akt 117/17): „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Nie wolno jednak pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, a więc rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1 Pzp), wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać”. Podobnie w wyroku sygn. akt: KIO 2006/17, Izba zwróciła uwagę, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Także zgodnie z ugruntowaną linią

orzecniczą (zarówno sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej), czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinno poprzedzić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty a w szczególności na innym nie wymaganym dokumencie, lecz powinien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ. W zakresie obowiązku ustalenia rzeczywistej treści oferty zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofertą. Uzyskanie takich wyjaśnień jest niezbędnym również z tego powodu, że w przypadku odrzucenia oferty ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w odrzuceniu spoczywa na zamawiającym (art. 190 ust. 1 Pzp).

Zdaniem Izby, Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 maja 2018 r. (w piśmie z tej samej daty) wyjaśnił, że:

- ✓ zaoferowany gaz ma możliwość podawania do 6 godzin bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta,
- ✓ zaoferowane ustniki do aplikacji gazu zawierają filtry antybakteryjne jednorazowego użytku, które zostały wliczone w cenę produktu.

Zamawiający miał zatem podstawy uznać te wyjaśnienia za wyczerpujące i w konsekwencji uznać ofertę Przystępującego za zgodną z SIWZ, niepodlegającą odrzuceniu oraz stosując jedyne kryterium ceny, za najkorzystniejszą uznać ofertę Air Liquide Polska Sp. z o.o.

Odnosnie wskazywanego w odwołaniu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp Izba nie zgadzając się z jego zasadnością podzieliła pogląd Zamawiającego, że Przystępujący przedstawił rzetelne informacje na temat oferowanego produktu, na podstawie Instrukcji obsługi, karty charakterystyki produktu leczniczego oraz swojej wiedzy. Przedstawiał ponadto argumenty potwierdzające funkcjonalności jego produktu w kontekście wymagań, które były skutkiem nieprawidłowej ich interpretacji. Paradoksalnie potwierdzał fakt

niepełnienia tych, które de facto nie były wymagane, przyznając, że spełnia te, które rzekomo miały ograniczać jego uczestnictwo w tym przetargu. Tym samym Zamawiający słusznie nie dopatrywał się w takim zachowaniu Przystępującego lekkomyślności lub niedbalstwa w przedstawianiu informacji (i to wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Tak jak Zamawiający podkreślał w odniesieniu do pierwszego z parametrów spornych, że wymagał możliwości podawania leku (gazu) do 6 godzin (nie w sposób ciągły) bez konieczności kontrolowania morfologii krwi pacjenta. Z kolei w zakresie użytkowania zaworu wymagał zaoferowania zaworu dozującego, który zgodnie z instrukcją obsługi producenta nie wymaga rutynowych konserwacji i regularnej kontroli, polegających na rozkręceniu na części, czyszczeniu, osuszaniu, wymiany zużytych elementów. Zdaniem Izby nie ma podstaw, aby kwestionować ustalenia Zamawiającego, że oferowane przez Przystępującego, kompatybilne z zaworem dozującym ustniki i filtry są jednorazowymi produktami medycznymi, tak samo, jak obecnie stosowane przez Zamawiającego ustniki dostarczane przez Odwołującego. Ustnik wraz z filtrem jest przypisany do pacjentki. Twierdzenie Odwołującego, że czynność czyszczenia oferowanego przez Przystępującego urządzenia jest notoryczna, nie znajduje potwierdzenia w świetle zgromadzonej dokumentacji. Ponadto, ze względu na tożsamy skład chemiczny gazów oferowanych przez Odwołującego i Przystępującego, możliwe działania niepożądane są jednakowe. Również twierdzenie Odwołującego, że najpewniejszą metodą bezpiecznego użytkowania urządzenia redukcyjno-dozującego oferowanego przez Przystępującego jest każdorazowe jego rozkręcenie, czyszczenie, sterylizacja i ponowne złożenie po każdym użyciu, co jednoznacznie zaleca producent w swojej instrukcji obsługi, stanowi nadinterpretację instrukcji obsługi. Z punktu 6.1 instrukcji obsługi wynika, że: jeśli stosowany jest filtr antybakteryjny, nie jest konieczne czyszczenie po każdym użyciu. Jednak jest ono zalecane. Filtr antybakteryjny jednorazowego użytku należy wymienić po każdym pacjencie. Jeżeli zawór na żądanie został skażony przez krew lub wymiociny, czyszczenie jest konieczne. Konieczność czyszczenia jakiegokolwiek sprzętu lub urządzenia szpitalnego po kontakcie z materiałem biologicznym pochodzącym od pacjenta jest oczywista. Także oferowany przez Odwołującego zawór dozujący podlega procedurze czyszczenia i dezynfekcji, jak również konserwacji. Szczegóły dotyczące demontażu, czyszczenia i dezynfekcji zostały przedstawione na rozprawie w ramach prezentacji obu urządzeń.

Tym samym ustalenia w tej sprawie nie potwierdziły zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust.3 i art. 87 ust.1 tej ustawy, a także art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp w związku z art. 24 ust.1 pkt 17 tej ustawy a tym samym w świetle tych ustaleń także nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz jej art.

91 ust 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp podnoszony wobec wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 3.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....