

**Sygn. akt: KIO 2686/19**

**WYROK**  
**z dnia 22 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Anmar” Sp. z o.o. Sp. k. w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Łodzi na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie kwotę 4 496,91 zł (cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Szczecinie.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **wyroku z dnia 22 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2686/19**

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie z siedzibą przy ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa kaniul do SPSK NR 1 PUM”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 11 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 132-323412, któremu nadano numer ZP-261-48/2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Anmar” Sp. z o.o. Sp. k. w Tychach. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 30 grudnia 2019 r., środek zaskarżenia wniósł wykonawca Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Częstochowskiej 38/52, 93-121 Łódź, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez wybór oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Anmar Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tychach (ul. Strefowa 22, 43-100 Tychy) dalej Anmar, która podlega odrzuceniu oraz nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
2. art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnienia rozbieżności w treści oferty Anmar oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz w zakresie pakietu nr 1 kaniule oraz o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez odwołującego, dokonanie powtórnej oceny ofert oraz uznanie, że najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa kaniul do SPSK NR 1 PUM. Zgodnie z SIWZ zamawiający oczekiwał zaoferowania produktów o poniższych parametrach:

- a) pozycja 4 załącznika nr 2 do SIWZ - „Koreczki do kaniul Luer Lock kompatybilne do kaniul, sterylne, bez lateksu, pakowane indywidualnie w komorach dostosowanych do kształtu koreczka na blistrach (max. po 4 szt.) lub pakowane pojedynczo.”

Wykonawca Anmar w pozycji 4 zaferował koreczki do kaniul KD-CAP producenta KDM, o numerze katalogowym 762530, które w ocenie odwołującego nie są zgodne z wymaganiami SIWZ, gdyż nie są pakowane na blistrach maksymalnie po 4 sztuki.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Anmar w karcie katalogowej, przesłanej w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego z dnia 12.11.2019 r., dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., potwierdził: „opakowanie blistrowe dopasowane do kształtu korka” - czyli zdaniem odwołującego potwierdzono wariant pierwszy opisu SIWZ - co stoi w sprzeczności z faktycznym opakowaniem zaoferowanych koreczków firmy KDM, które mają na blistrze 6 sztuk, zgodnie z przykładowym zdjęciem pakowania koreczków.

- b) pozycja 8 załącznika nr 2 do SIWZ - „Bezigłowy zawór dostępu naczyniowego. Zawór kompatybilny z połączeniami typu Luer Lock i typu Luer-Slip. Zawór kompatybilny z połączeniami typu Luer Lock, z łatwą do dezynfekcji membraną osadzoną na lub w poliwęglanowym przezroczystym konektorze, z prostym torem przepływu. Pakowany pojedynczo, sterylne. Podłączenie u pacjenta minimum do 7 dni lub 100-720 aktywacji. Przepływ min. 350-750 ml/min. Tor przepływu prosty, niezaburzony żadnymi elementami wewnętrznymi. Wysokiej jakości silikonowa membrana ma posiadać działanie zaworujące i pozwalać na wielokrotne iniekcje portu, nie zawierać metalu - możliwość stosowania podczas badania MRI. Zakończenie męskie zaworu zabezpieczone aplikatorem/bez aplikatora umożliwiającym aseptyczne wyciągnięcie z opakowania. Zewnętrzna powierzchnia membrany umożliwiająca dokładną dezynfekcję”.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Anmar w pozycji 8 zaferował produkt AIQ1 004 TEM/bezigłowy zawór dostępu naczyniowego firmy Comitek, który nie spełnia opisu przedmiotu zamówienia SIWZ, gdyż nie posiada łatwej do dezynfekcji membrany.

Membrana zaworu jest strukturą przestrzenną, której boczna powierzchnia (stykająca się z obudową) nie jest dostępna dla dezynfekcji metodą przecierania, zatem w opinii odwołującego wyklucza to możliwość łatwej dezynfekcji membrany. Odwołujący dodał, że brak możliwości skutecznej dezynfekcji membrany zaworu przyczynia do zwiększenia ryzyka wystąpienia zakażeń odcewnikowych.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Anmar w formularzu asortymentowo-cenowym dla pozycji 8 - w kolumnie 11 opis oferowanego produktu-parametry, wskazanie producenta, nr katalogowy bądź jego brak - wpisał: „Bezigłowy zawór dostępu naczyniowego. (...) z łatwą do dezynfekcji membraną osadzoną na poliwęglanowym przezroczystym konektorze (...)” Natomiast z karty katalogowej zaworu, przekazanej na wezwanie zamawiającego z dnia 28.10.2019 r. wynika, że membrana jest w obudowie poliwęglanowej. Informacje te są ze sobą sprzeczne i według odwołującego oznaczają, że wykonawca zaoferował produkt niezgodny z tym co zadeklarował w formularzu oferty.

Dalej odwołujący pokreślił, że w pozycji nr 8 zamawiający oczekiwał zaoferowania zaworu, który posiada „zakończenie męskie zaworu zabezpieczone aplikatorem/bez aplikatora, umożliwiającym aseptyczne wyciągnięcie z opakowania”, kiedy w formularzu oferty wykonawca Anmar zadeklarował, że oferuje zawór z aplikatorem.

Z karty katalogowej producenta, przekazanej na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. z dnia 28.10.2019 r. wynika, że zawór oferowany przez Anmar posiada aplikator zabezpieczający zakończenie żeńskie zaworu, a nie wymagane zakończenie męskie. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. i w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12.11.2019 r. Anmar złożył oświadczenie Comitek z 13.11.2019 r. wskazujące, że zaoferowany zawór „posiada zakończenie męskie zaworu zabezpieczone aplikatorem umożliwiającym aseptyczne wyciągnięcie z opakowania”.

Według odwołującego oświadczenie to jest nieprawdziwe, ponieważ bezigłowy zawór zaoferowany przez Anmar nie posiada aplikatora na końcówce męskiej zaworu, tylko na żeńskiej. Jak również ze schematu z wyjaśnień wykonawcy Anmar wynika, że wykonawca ten wie co to jest zakończenie męskie luer lock zaworu. Ponadto wykonawca posłużył się dokumentami wystawionymi przez dwa podmioty, tj. kartą katalogową wystawioną przez Comitek s.r.l., Via Fondo Ausa, 78-47891 Dogana i oświadczeniem z 13.11.2019 r. wystawionym przez Comitek Hospital Products s.r.l., Via Urbana 7, 48018 Faenza (RA) i żaden z tych dokumentów nie potwierdza wszystkich wymaganych parametrów zaoferowanego przez wykonawcę zaworu.

Odwołujący dodał, że zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert powinien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców. Obowiązek taki nakłada na zamawiającego zarówno ustawa, jak i obowiązujące dyrektywy. Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 90 preambuły wskazuje, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Zatem, aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień,

instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, aby umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Ponadto nie tylko zasady prowadzenia postępowania, ale również sama działalność, którą prowadzi zamawiający, nakładają na niego obowiązek wyboru zarówno sprzętu, jak i asortymentu medycznego, który w pełni odpowiadać będzie jakże ważnej działalności, jaką jest świadczeniem usług medycznych.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od złożonego w sprawie pełnomocnictwa i kosztów dojazdu.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Anmar” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Strefowej 22, 43-100 Tychy (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a przystępującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, określoną w art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej, zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba ustaliła, iż stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego. Odwołujący nie zgodził się z oceną zamawiającego w przedmiocie spełnienia przez asortyment zaoferowany przez przystępującego wymogów dla pakietu nr 1 postępowania – kaniule, dla pozycji nr 4 koreczki do kaniul luer lock i nr 8 bezigłowy zawór dostępu naczyniowego z załącznika nr 2 do SIWZ. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu, w postaci oceny:

- czy nie zaniechano odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), w tym także czy zamawiający nie zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści jego oferty,
- czy w konsekwencji powyższego nie doszło w postępowaniu do naruszenia zasad naczelnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 p.z.p.), poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, po dokonaniu oceny złożonych na rozprawie dowodów – Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie – jako nieposiadające uzasadnionych podstaw – należało oddalić.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie oraz w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje omawianej normy należy przypomnieć, iż odrzucenie oferty wykonawcy nastąpi w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego jednostka zamawiająca oczekuje – zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca.

Jako reprezentatywne dla ogółu orzecznictwa można przywołać stanowisko Sądu Okręgowego w Łodzi wyrażone w wyroku z 22.05.2017 r., sygn. akt III Ca 452/17: „Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna”. Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.”

W konsekwencji powyższego, skład orzekający wskazuje, iż zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga jednoznacznego wykazania na czym zarzucana niezgodność oferty polega – poprzez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia. Zatem punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu. Przy czym w ocenie Izby treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania



wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, co następuje.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności z treścią SIWZ odwołujący podnosił, że koreczki do kaniul przystępującego pakowane są na blistrze w ilości sześciu sztuk, co stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z pozycją 4 załącznika nr 2 do SIWZ przedmiotem zamówienia są koreczki do kaniul luer lock, co istotne dla rozstrzygnięcia „pakowane indywidualnie w komorach dostosowanych do kształtu koreczka na blistrach (max. po 4 szt.) lub pakowane pojedynczo.” Żaden z wykonawców, przed upływem terminu na składanie ofert, nie zapytał zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p., co zamawiający rozumie przez pakowanie pojedyncze, czy jak należy rozumieć w tym postępowaniu pojęcie blistra.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego blister to rodzaj opakowania tabletek, pastylek itp.; cienki arkusik z tworzywa z wytłoczonymi przegródkami, zaklejony od spodu. Natomiast pojedynczy to występujący osobno. Treść SIWZ wskazuje, że można było spełnić wymaganie zamawiającego poprzez zaoferowanie opakowania do czterech koreczków na jednym blistrze, o ile każdy z koreczków jest zapakowany indywidualnie (tak jak np. często pakowane są tabletki, każda oddzielnie, ale na jednym, zbiorczym blistrze – zawierającym nie więcej niż cztery sztuki), co stanowi wariant pierwszy sposobu pakowania korków. Można również było zaoferować opakowanie pojedyncze dla każdego koreczka, co jest drugim wariantem pakowania, przy czym zamawiający nie dookreślił co to oznacza i żaden z wykonawców nie żądał wyjaśnienia tego wymogu na etapie składania ofert. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, prezentowaną na rozprawie, zgodnie z którą opakowanie pojedyncze ma zapewnić możliwość wykorzystania po jednej sztuce korka. Jest to logiczne i uzasadnione ekonomicznie, to najbardziej racjonalny i optymalny sposób pakowania – umożliwiający wykorzystanie po jednej sztuce produktu, niepowodujący otworzenia całego opakowania. Istotnym jest zatem możliwość użycia każdego koreczka pojedynczo, z osobna, co jest zgodne z treścią SIWZ.

Przystępujący zaoferował koreczki do kaniul KD-CAP producenta KDM, o numerze katalogowym 762530. Odwołujący podnosił, że przystępujący dla korków do kaniul oferuje pierwszy sposób pakowania – kilka sztuk na jednym blistrze, a co za tym idzie jest to niezgodne z wymaganiami SIWZ. Takie stanowisko jest sprzeczne z materiałem

procesowym, a dodatkowo oględziny sposobu pakowania korka przystępującego jednoznacznie potwierdziły, że korki są zapakowane w indywidualnych blistrach, pojedynczo.

Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią karty katalogowej KD-CAP producenta KDM zatyczki typu luer lock, złożonej przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 12 listopada 2019 r., wykonawca ten zaoferował „opakowanie blistrowe dostosowane do kształtu korka: 1 sztuka (pakowane pojedynczo)”. Z karty katalogowej wynika, że każda jedna sztuka korka jest zapakowana w osobnym blisterze, każdy korek jest zapakowany pojedynczo. Spełnia to wymagania zapakowania korka osobno, pojedynczo – w indywidualnym blisterze. Okoliczność, że w karcie katalogowej użyto sformułowania opakowanie blistrowe nie powoduje, że zaoferowano wariant pierwszy pakowania, skoro w sposób jednoznaczny widnieje tam opakowanie każdej sztuki korka w pojedyncze opakowanie. Na kanwie treści SIWZ można było zaoferować zapakowanie korka w indywidualny blister, bowiem jednoznacznie spełnia to wymóg pakowania pojedynczego. Użytkownik może swobodnie posługiwać się pojedynczymi blistrami, a tym samym pojedynczymi koreczkami. Każdy z koreczków posiada na swoim blisterze oznaczenie, w postaci danych niezbędnych do identyfikacji wyrobu medycznego, tj. nazwę wyrobu, nazwę producenta, termin ważności, etc., co umożliwia ich pojedyncze, oddzielne wykorzystanie.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że stanowisko odwołującego, jakoby zaoferowano wariant pierwszy opakowania, tj. pakowanie na blistrach maksymalnie po cztery sztuki, jest nieuprawnionym twierdzeniem strony, poczynionym na potrzeby postępowania odwoławczego, wbrew dokumentacji postępowania, którą odwołujący dysponował. Zatem *a priori* nie mogło dojść do sprzeczności w sposobie pakowania korków przystępującego z treścią pozycji 4 załącznika nr 2 do SIWZ dotyczącą wariantu pierwszego pakowania, skoro korki przystępującego są zapakowane zgodnie z wariantem drugim. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z treścią SIWZ w zakresie korków do kaniul luer lock przystępującego, został przez Izbę oddalony, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw.

Odwołujący zarzucił również, że membrana bezigłowego zaworu dostępu naczyniowego przystępującego nie spełnia wymogu łatwej do dezynfekcji membrany, ponieważ jej boczna powierzchnia (stykająca się z obudową) nie jest dostępna do dezynfekcji metodą przecierania.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z pozycją 8 załącznika nr 2 do SIWZ przedmiotem zamówienia są bezigłowe zawory dostępu naczyniowego, co kluczowe „zawór kompatybilny z połączeniami typu luer lock, z łatwą do dezynfekcji membraną osadzoną na

lub w poliwęglanowym przezroczystym konektorze, z prostym torem przepływu. (...) Zewnętrzna powierzchnia membrany umożliwiającą dokładną dezynfekcję.”

W treści SIWZ zamawiający nie zdefiniował sposobu dezynfekcji membrany, w tym brak jest w dokumentacji postępowania aby zamawiający oczekiwał dezynfekcji membrany zaworu sposobem przecierania. Izba stwierdziła również, że żaden z uczestników postępowania, także odwołujący, nie zadał pytań dotyczących treści dokumentacji postępowania w tym zakresie. Zamawiający nie dookreślił sposobu w jaki będzie zawór dezynfekował, ani nie uszczegółowiono co należy rozumieć przez łatwą dezynfekcję, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Odwołujący podnosił wadę wyrobu przystępującego polegającą nie na niezgodności z dokumentacją postępowania, a z własnymi założeniami, które poczynił w toku przygotowywania swojej oferty, co powoduje, że zarzut, którego okoliczności nie są w żaden sposób powiązane z treścią dokumentacji postępowania, nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Jedynie na marginesie można dodać, że konstrukcja spornego zaworu przystępującego (producenta Comitek, o nr katalogowym AIQ1 004 TEM), powoduje, że boczne powierzchnie membrany szczelnie przylegają do wewnętrznych ścian zaworu, a dezynfekowana jest zewnętrzna powierzchnia. Innymi słowy, dezynfekuje się to co jest dostępne – a zarazem narażone na czynniki zakaźne. Jeżeli jakiś element nie jest dostępny do dezynfekcji, to tym samym nie jest dostępny dla czynników zakaźnych. Oferowany przez przystępującego zawór ma właśnie taką budowę i spełnia wymagania SIWZ.

Ponadto wypada zauważyć, że zawór oferowany przez przystępującego jest wyrobem medycznym dopuszczonym do użytku, zatem budzi poważną wątpliwość próba podważania bezpieczeństwa w użytkowaniu tego wyrobu medycznego, nie we właściwym trybie, a poprzez wydruki z prasy i materiały własne odwołującego, które nie wykazują faktów, a oceny, pozbawione odniesienia do ustalonego stanu faktycznego. Dowodom takim ciężko nawet przyznać przymiot dokumentu prywatnego. Tym niemniej, przedłożone przez odwołującego jako dowody: wycinek z prasy, materiały własne z prezentacji i wyciąg ze strategii zapobiegania lekooporności, nie są nawet w luźny sposób związane z rozpoznawanym sporem i zostały przez Izbę pominięte.

Dalej odwołujący zarzucał, że istnieje rozbieżność pomiędzy treścią formularza asortymentowo-cenowego przystępującego, gdzie w kolumnie 11 dla pozycji 8 dotyczącej opisu oferowanego zaworu wskazano „membrana osadzona na poliwęglanowym, przezroczystym konektorze”, a treścią karty technicznej zaworu, gdzie wskazano „membrana w obudowie poliwęglanowej”, co powoduje wzajemną sprzeczność.

Skład orzekający ustalił, że odwołujący pominął, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert wyjaśniał tą okoliczność. W wyniku odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 grudnia

2019 r., pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. przystępujący wytłumaczył, że karta techniczna odnosi się do elementu wlew/wejście i dotyczy elementu przepływu płynu, zaś opis w formularzu dotyczy całościowego osadzenia membrany na końcowym elemencie zaworu.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienie to ma odzwierciedlenie w treści formularza asortymentowego i w treści karty katalogowej, a zatem nie występuje tutaj żadna sprzeczność. Zamawiający w toku badania i oceny ofert zapytał przystępującego o okoliczności, które stanowią podstawę rzekomej sprzeczności, na którą wskazywał odwołujący i w odpowiedzi na to pytanie uzyskano jednoznaczne wyjaśnienie, że oferta jest prawidłowa – co odwołujący pominął przedstawiając stan faktyczny w odwołaniu. Taki „wybór” okoliczności, które się przedstawi w środku zaskarżenia nie powinien mieć miejsca w stanowisku procesowym profesjonalnego podmiotu.

Odwołujący w odwołaniu podniósł również, iż zawór zaoferowany przez przystępującego nie spełnia wymogu w postaci „zakończenie męskie zaworu zabezpieczone aplikatorem/bez aplikatora, umożliwiającym aseptyczne wyciągnięcie z opakowania”.

Izba stwierdziła, że ten parametr również był przedmiotem postępowania wyjaśniającego, prowadzonego przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert (*vide* wezwanie z dnia 12 listopada 2019 r.). Potwierdzenie spełnienia rzeczzonego wymagania dokumentacji postępowania zostało potwierdzone przez przystępującego wyjaśnieniami i oświadczeniem z dnia 13 listopada 2019 r.

Odwołujący twierdził, że „oświadczenie z dnia 13 listopada 2019 r. jest nieprawdziwe, gdyż zaoferowany przez firmę Anmar zawór bezigłowy nie posiada aplikatora na końcówce męskiej zaworu, tylko żeńskiej.” Podnoszono również, że karta katalogowa i oświadczenie pochodzą od różnych podmiotów.

Skład rozpoznający spór stwierdził, że po pierwsze producentem spornego zaworu przystępującego, zgodnie z jego formularzem asortymentowo-cenowym jest podmiot „Comitek” (poz. 8, kolumna 11 tabeli oferty), co jest spójne z oświadczeniem z 13 listopada 2019 r., którym wykazywano sporny wymóg typu końcówki na aplikatorze. Po drugie, w toku rozprawy podważanie oświadczenia producenta przez odwołującego polegało na wskazywaniu, że podpisała je osoba nieuprawniona do składania oświadczeń w imieniu Comitek, czy też osoby tej nie można zidentyfikować, ponieważ podpisała się przy użyciu parafy. Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że oświadczenie producenta stanowi przejaw wiedzy osoby, która je złożyła, a nie jest to oświadczenie woli. Aby skutecznie podważyć wiarygodność przedmiotowego oświadczenia (oświadczenia wiedzy w formule dokumentu prywatnego) wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu – na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że typu końcówki na aplikatorze jest inny, niż w oświadczeniu. Przy

tym ciężar obalenia rzetelności oświadczenia przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, a zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby podważenia treści oświadczenia i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości.

Odwołujący przedłożył dowód w postaci tłumaczenia oświadczenia producenta (które w oryginale jest w języku włoskim), podnosząc, iż tłumaczenie dokonane przez przystępującego jest wadliwe. Izba stwierdziła, że treść obu tłumaczeń jest spójna i jednoznacznie wskazuje, że przystępujący zaoferował zakończenie męskie zaworu (skrót l1m, to techniczne oznaczenie dotyczące typu zaworu luer lock man), zabezpieczone aplikatorem umożliwiającym aseptyczne wyciągnięcie z opakowania (poprzez jałowy aplikator z zatyczką), co nie powinno budzić żadnych wątpliwości podmiotów działających na rynku wyrobów medycznych. Podnoszone na rozprawie wątpliwości odwołującego co do treści tłumaczenia oświadczenia producenta przystępującego oparto na powierzchownej analizie tekstu i mogłyby one być uznane za uzasadnione przez osobę, która nie rozumie nomenklatury używanej w obrocie medycznym. Wątpliwości te są w zasadzie obliczone na wprowadzenie czytelnika w błąd i swoją skuteczność opierają na założeniu o braku wiedzy po stronie osoby czytającej tłumaczenie odwołującego. Każdy jednak podmiot, działający na rynku wyrobów medycznych, zapoznając się z treścią obu tłumaczeń, nie dostrzeże w nich żadnej sprzeczności, ponieważ jej tam nie ma.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że właściwy typ końcówki na aplikatorze przystępującego dodatkowo został potwierdzony oględzinami wyrobu medycznego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, aby doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i zaniechano odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z ofertą z treścią dokumentacji postępowania w zakresie pozycji nr 8 załącznika nr 2 do SIWZ.

Ponadto, wobec stwierdzenia przez skład orzekający, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i w konsekwencji oddalenia tego zarzutu przez Izbę, nie mógł zostać również uwzględniony powiązany z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. Zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy, ponieważ nie wykazano, że wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy żeby doszło do naruszenia naczelnych zasad p.z.p. Nie udowodniono również aby w ustalonym stanie rzeczy zaniechano skierowania do przystępującego wezwania do wyjaśnienia treści jego oferty, czy aby istniały jakiegokolwiek obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić, co powoduje, że Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. i art. 87 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje również, że w poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączone złożone przez odwołującego dowody w postaci dokumentacji postępowania przetargu, tym niemniej dowody te już się *ex lege* znajdował w aktach sprawy (*vide* §8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.). Natomiast odpis z włoskiego rejestru przedsiębiorców wraz z tłumaczeniem oraz wyciąg ze specyfikacji systemu infuzyjnego BBrown są nieprzydatne do ustalenie jakichkolwiek istotnych okoliczności dla rozpoznawanego sporu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu w wysokości 15 000,00 zł i uzasadnionymi kosztami zamawiającego w wysokości 4 496,91 zł, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika (zgodnie z fakturą VAT w kwocie 3 598,98 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (zgodnie z dowodem jej uiszczenia w kwocie 17,00 zł) i koszt dojazdu na rozprawę (zgodnie z rachunkiem w kwocie 880,93 zł).

**Przewodniczący:**

.....