

Sygn. akt: KIO 1591/16

WYROK
z dnia 9 lipca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2016 roku przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach im. prof. Leszka Gieca

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 15 *Przyrządy do przetaczania krwi i preparatów krwi, przyrządy do przetaczania płynów infuzyjnych, kraniki trójdrożne, przedłużacze do pomp infuzyjnych, koreczki do kaniuli, bezigłowe zawory dostępu żylnego.*

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 15 *Przyrządy do przetaczania krwi i preparatów krwi, przyrządy do przetaczania płynów infuzyjnych, kraniki trójdrożne, przedłużacze do pomp infuzyjnych, koreczki do kaniuli, bezigłowe zawory dostępu żylnego* odrzucenie oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Piskiej jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 15 *Przyrządy do przetaczania krwi i preparatów krwi, przyrządy do przetaczania płynów infuzyjnych, kraniki trójdrożne, przedłużacze do pomp infuzyjnych, koreczki do kaniuli, bezigłowe zawory dostępu żylnego* powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach im. prof. Leszka Gieca i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach im. prof. Leszka Gieca na rzecz wykonawcy SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach im. prof. Leszka Gieca - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę jednorazowego sprzętu medycznego (pielęgniarskiego).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2016 roku pod numerem 2016 /S 048-079538.

25 sierpnia 2016 roku działając na podstawie art. 179 i następnych ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności do której Zamawiający nie był uprawniony oraz zaniechaniem czynności w zakresie dokonania w Pakiecie nr 15 wyboru oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Piskiej (dalej: Bialmed) jako oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bialmed, zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust 1 ustawy, art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, art. 91 ust 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy, przez co naruszony został interes prawny Odwołującego, gdyż w/w nieuprawnione, tak działanie jak i zaniechanie działań Zamawiającego, pozbawiło Odwołującego w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a którego oferta złożona w w/w postępowaniu przetargowym, w zakresie Pakietu nr 15, jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w SIWZ w/w postępowania zasadami oceny ofert i została ważnie złożona, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący wnosi o uznanie odwołania za zasadne oraz nakazanie Zamawiającemu: dokonania, w postępowaniu o zamówienie publiczne, unieważnienia czynności wyboru, w zakresie Pakietu nr 15, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Bialmed (oferta Nr 26), dokonania, w zakresie Pakietu nr 15, czynności odrzucenia oferty firmy Bialmed (oferta Nr 26), dokonania, w zakresie Pakietu nr 15, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania, w zakresie pakietu, wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie spośród ważnie złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 10.08.2016 r. a przesłanym Odwołującemu via faks, w dniu 16.08.2016 r. poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania o zamówienie publiczne, wskazując, że w zakresie Pakietu nr 15, dokonał wyboru oferty firmy Bialmed (oferta Nr 26) jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie zgadza się z w/w stanowiskiem Zamawiającego, gdyż w związku z treścią oferty firmy Bialmed oferta ta w zakresie pakietu Nr 15, winna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagał w poz. nr 4 pakietu nr 15 kranika o przejrzystej budowie z końcówką luer-lock (...) ze *szczelną nakrętkę z dwoma stopniami swobody, każde wejście fabrycznie zabezpieczone koreczkami z trójramiennym pokrętle (dostępnym w 2 kolorach) z wyczuwalnym i optycznym (podwójnym) identyfikatorem przepływu w pozycji otwarty/zamknięty (...)*. Firma Bialmed zaoferowała w w/w zakresie kranik producenta firmy Vygon, który posiada nakrętkę luer-lock z jednym stopniem swobody (obraca się tylko promieniście, a nie osiowo). Ponadto zaoferowany kranik nie spełnia wymogu podwójnego identyfikatora. Zaoferowany kranik posiada jedynie wyczuwalny identyfikator w pozycji otwarty/zamknięty, a nie jak Zamawiający wymagał wyczuwalny i optyczny, czyli podwójny identyfikator w pozycji otwarty/zamknięty.

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagał w poz. nr 8 pakietu nr 15 (...) Bezigłowy zawór dostępu żylnego, bez mechanicznych części wewnętrznych z prostym i widocznym torem przepływu, kompatybilny z końcówką Luer i Luer-Lock, z silikonową podzielną membraną typu Split osadzoną na przezroczystym plastikowym konektorze o min. przepływie 525ml/min zgodnie z wymogami normy PN-EN ISO 10555-5 (...). Firma Bialmed zaoferowała w w/w zakresie zawór producenta firmy Vygon o nazwie handlowej Vadsite numer 893.03 (załączony do oferty katalog) w który nie spełnia wymogów określonych w SIWZ: silikonową podzielną membraną typu Split osadzoną na przezroczystym plastikowym konektorze, o min. przepływie 525ml/min zgodnie z wymogami normy PN-EN ISO 10555-5.

Odwołujący wskazał, że membrana w zaoferowanym zaworze osadzona jest wewnątrz przejrzystego, plastikowego konektora, a nie na konektorze jak wymagał Zamawiający. Oczywistym i nie podlegającym dyskusji faktem jest, iż zamawiany przez Zamawiającego zawór bezigłowy posiada dwa konektory luer-lock (męski i żeński) służące do połączenia zaworu z innymi elementami linii naczyniowej. Zatem stwierdzenie, że membrana znajdować

się ma na konektorze jednoznacznie wskazuje na jej umiejscowienie na zewnątrz zaworu i ze względów praktycznych jest to zawsze ze strony żeńskiej. Membrana zatem powinna być osadzona na całym konektorze = łączniku luer lock, a nie jak to w wyjaśnieniach z dnia 27.06.2016 twierdzi Firma Bialmed, że zaoferowany zawór posiada membranę osadzoną na wewnętrznym konektorze do którego nie można nic podłączyć. Z wyjaśnień firmy Bialmed wynika, że zaoferowany zawór posiada wewnętrzny konektor z osadzoną na nim membraną. Z rysunku w załączonym katalogu jednoznacznie widać, iż zaoferowany zawór składa się z 3 części - 2 plastikowych, przezroczystych części - obudowy zakończonej na zewnątrz konektorami luer lock oraz jednej umieszczonej wewnątrz zmontowanej obudowy membrany. *(w tym miejscu w odwołaniu rysunek)*

Odwołujący podniósł, że jeśli nie ma jednorodnej powierzchni membrany na konektorze/zaworze/łączniku to nie można skutecznie jej przetrzeć, czy zetrzeć biofilmu bakteryjnego czyli zdezynfekować zaworu. Dezynfekcja poprzez przetarcie (mechaniczne usunięcie biofilmu) jest zalecana przez CDC - Wytyczne dotyczące zapobiegania zakażeniom krwi związanym ze stosowaniem cewników (2011), oraz w Strategii zapobiegania lekooporności w OIT pod redakcją prof. Hryniewicz w ramach Narodowego Programu Ochrony Antybiotyków.

Z ulotki dołączonej do oferty firmy Bialmed wynika, że zaoferowany zamknięty system dostępu naczyniowego posiada przepływ nielimitowany do 600ml/min i jednocześnie jest zgodny z normą PN-EN ISO 10555-5 2002/AC:2006. Odwołujący wskazał, że norma PN-EN ISO 10555-5 *Jałowe cewniki wewnątrznacyniowe do jednorazowego użytku, Część 5: Cewniki obwodowe wprowadzane na igle* w załączniku B *Określanie przepływu przez cewnik* wskazuje metodologię pomiaru i aparaturę, które mają służyć określaniu przepływu przez cewnik. Jego maksymalna wartość osiągnięta w warunkach przedstawionych w normie to 525 ml/min. +/- 25 ml/min. *(w tym miejscu w odwołaniu wyciąg z normy)*

W związku z powyższym należy zauważyć, że max. możliwy przepływ przez układ badawczy bez podłączania jakiegokolwiek zaworu wynosi 550 ml/min. Podłączenie badanego zaworu może nie wpłynąć na wartość max przepływu lub może go zmniejszyć. Gdyby zatem zaoferowany przez firmę Bialmed łącznik Vadsite był zbadany zgodnie z powołaną normą powinien charakteryzować się przepływem 550 ml/min lub mniejszym, natomiast osiągnięcie przepływu 600 ml/min w warunkach wskazanych w normie jest niemożliwe. Niezgodność tą i rzeczywisty poziom przepływu potwierdza także katalog dostępny na oficjalnej stronie producenta, z którego wynika

iż przepływ grawitacyjny przez zaoferowany łącznik Vadsite wynosi 170ml/min. - załączeniu ogólnie dostępna wspomniana karta katalogowa. Z informacji z oficjalnej strony i katalogu producenta, wynika, że zaoferowany łącznik w badaniu zgodnie z norma PN-EN ISO 10555-5 osiąga przepływ jedynie 170 ml/min a nie 525 ml/min. +/- 25 ml/min, co jest ponad 3 krotnie mniej niż Zamawiający wymagał.

W świetle powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że w zależności od procedury i prowadzonej terapii płynowej albo lekowej stosuje się kaniule, które mają przepływ np. 196 ml/min., 236 ml/min., 270 ml/min. czy 343 ml/min., który jest badany i podany na opakowaniu zgodnie z normą PN-EN ISO 10555-5. Przepływ przez łącznik powinien pozwolić na osiągnięcie tych przepływów w podaży grawitacyjnej. Jeśli jest inny np. mniejszy (zmniejszony przez podłączenie łącznika bezigłowego, posiadającego przepływ przy podaży grawitacyjnej np. 170 ml/min) oznacza to, że użytkownik nie uzyska zamierzonego przepływu przez kaniulę, który widnieje na etykiecie.

Reasumując Odwołujący argumentował, że w świetle przedstawionych w odwołaniu faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zarówno w/w działanie Zamawiającego polegające na wyborze, w zakresie Pakietu nr 15, jako najkorzystniejszej oferty firmy Bialmed jak i zaniechanie dokonania jej odrzucenia oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w w/w zakresie, kwalifikują się do uznania za całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes prawny Odwołującego, którego oferta w zakresie Pakietu nr 15 winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 sierpnia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego złożone na rozprawie - dowód nr 1 (kart 16): pismo z dnia 1 września 2016 roku pochodzące od wykonawcy Bialmed Sp. z o.o., skierowane do Zamawiającego, wraz z załączonym pismem pochodzącym od Vygon Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2016 roku; norma PN-EN ISO 10555-5 (w języku angielskim).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania: karta katalogowa wraz z tłumaczeniem oraz złożone na rozprawie - dowód nr 2 (19 kart) – norma PON EN ISO 10555-1 (w języku angielskim).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania*

*odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.*

W art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Art. 2 pkt 5 ustawy – *ilekroć w ustawie jest mowa o: najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która*

przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Piskiej (dalej: Bialmed) – Izba uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Bialmed brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniami jakie złożył wykonawca a wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy –

zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Podkreślić również należy, że w realiach rozpoznawanej sprawy Izba nie dokonuje oceny dopuszczalności czy też zgodności wskazanych w ofertach wyrobów medycznych z przepisami prawa regulującymi tą problematykę lecz dokonuje oceny zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazanych w ukształtowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w **Załączniku nr 2b – Formularz Cenowy** wskazał w kolumnie „Przedmiot zamówienia” dla Zadania nr 15

Przyrządy do przetaczania krwi i preparatów krwi, przyrządy do przetaczania płynów infuzyjnych, kraniki trójdrożne, przedłużacze do pomp infuzyjnych, koreczki do kaniuli, bezigłowe zawory dostępu żylnego: następujące wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, i tak w pozycji 4:

Kraniki trójdrożne sterylne wykonane z materiału umożliwiającego podawanie tłuszczu i chemioterapeutyków, konstrukcja umożliwiająca skokową zmianę pozycji co 45 stopni w pełnym zakresie 360 stopni zapewniając prawidłową i pełną regulację przepływu oraz ustawienie wymaganych wielkości przepływu i równomierny przepływ bez zmian ciśnienia, przejrzysta budowa kranika, końcówka luer-lock ze szczelną nakrętką z dwoma stopniami swobody, każde wejście fabrycznie zabezpieczone koreczkami z trójramiennym pokrętkiem (dostępnym w dwóch kolorach – ilość zależnie od potrzeb zamawiającego) z wyczuwalnym i optycznym (podwójnym) identyfikatorem przepływu w pozycji otwarty/zamknięty, zapewniający szybką i wygodną regulację przepływu, objętość wypełnienia 0,22ml, sterylne, jednorazowego użytku, niepirogenny, nietoksyczny, opakowanie typu blister łatwo otwierające się, brzegi nieostre, na opakowaniu jednostkowym widoczna data ważności

W pozycji 8:

Bezigłowy zawór dostępu żylnego, bez mechanicznych części wewnętrznych z prostym i widocznym torem przepływu, kompatybilny z końcówką Luer i Luer-Lock, z silikonową podzielną membraną typu Split osadzoną na przezroczystym plastikowym konektorze o min. przepływie 525ml/min zgodnie z wymogami normy PN-EN ISO 10555-5.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2016 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień w zakresie przedmiotu zamówienia odpowiadając między innymi na pytanie nr 92 o treści: *Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie zaworu z membraną osadzoną na równi z konektorem? Takie rozwiązanie jest powszechnie stosowane i poprzez łatwiejszą dezynfekcję zmniejsza ryzyko infekcji. Pragniemy zauważyć, iż umieszczenie membrany na konektorze zwiększa ryzyko pojawienia się infekcji w związku z trudną do dezynfekcji przestrzenią pod membraną.*

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zgodnie z SWIZ*

Wykonawca Bialmed w pozycji nr 4 jak również pozycji 8 Zadania nr 15 zaoferował produkty pochodzące od firmy Vygon (Vygon Polska Sp. z o.o.).

W zakresie zaoferowanych kraników trójdrożnych (pozycja nr 4 Zadania nr 15) Izba uznała argumentację przedstawioną przez Odwołującego dotyczącą niezgodności pomiędzy oferowanym przez Bialemed wyrobem medycznym a wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za trafną. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że oferowany wyrób nie spełnia wymagań. Izba wskazuje, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał, aby oferowany kranik trójdrożny posiadał „końcówka luer-lock ze szczelną nakrytą z dwoma stopniami swobody”, Odwołujący owe stopnie swobody w swoim odwołaniu określił jako „promienisty” i „osiowy” oraz wskazał, że w zaoferowanym wyrobie przez Bialmed nakrętka obraca się tylko promieniście czyli obraca się dookoła własnej osi na kraniku natomiast przesuwanie się nakrętki po kraniku (osiowo) nie występuje. Zaznaczyć należy, że w trakcie rozprawy zostały okazane, przedstawione przez Odwołującego wyroby medyczne w tym wyrób medyczny oferowany przez Odwołującego, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Zamawiający w trakcie rozprawy argumentował, że oferowane przez Bialmed wyroby to *inna metoda łączenia kraników z innym dostępem i tak w przypadku Becton należy przesunąć nakrętkę, natomiast w przypadku Vygon następuje wkręcenie, czyli nie ma potrzeby ruchu promienistego, ponieważ uzyskuje zamawiający zamierzony efekt, czyli połączenia dwóch elementów*. Izba nie kwestionuje metody łączenia kraników z innym dostępem i jej zastosowania w użyciu lecz wskazuje, że oświadczenie Zamawiającego na rozprawie w sposób jednoznaczny potwierdziło, że oferowany produkt nie jest zgodny z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie w sposób jednoznaczny Zamawiający wymagał dwóch stopni swobody. Dodatkowo należy podnieść, że oświadczenia zawarte w pismach złożonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy (Dowód nr 1) nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie dwóch stopni swobody, bowiem wykonawca Bialmed w piśmie wskazał, że „ruch osiowy jest minimalny ale widoczny i wyczuwalny” co w ocenie Izby nie stanowi odzwierciedlenia wymagań Zamawiającego. Z argumentacji Odwołującego oraz zaprezentowanego wyrobu medycznego oferowanego przez Bialmed – co nie było kwestionowane przez Zamawiającego – jak również stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie wskazującego na inną metodę łączenia elementów (wskazane powyżej) wynika, że oferowany wyrób medyczny nie spełnia wymagania Zamawiającego, nakrętka nie przesuwa się po kraniku w sposób swobodny i widoczny tak jak w przypadku obrotu nakrętki na kraniku, co potwierdziła również prezentacja wyrobu medycznego w trakcie rozprawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał niezgodność oferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego, co więcej sam Zamawiający

stwierdzając, że oferowanym produkcie została zastosowana inna metoda łączenia elementów tj. wkręcenie bez potrzeby przesuwania nakrętki w zasadzie potwierdził stanowisko prezentowane przez Odwołującego. Zamawiający powołał się na pismo firmy Vygon producenta kraników trójdrożnych, jednakże oświadczenie tam zawarte, że „nakrętka porusza się promieniście jak i osiowo” nie znalazło odzwierciedlenia ani w argumentacji Zamawiającego ani w wyniku prezentacji kranika trójdrożnego tego producenta poczynionego na rozprawie.

W zakresie drugiego z kwestionowanych elementów w oferowanych kranikach trójdrożnych przez Bialmed wskazać należy, że Zamawiający wymagał aby każde wejście było fabrycznie zabezpieczone koreczkami z trójramiennym pokrętkiem z wyczuwalnym i optycznym (podwójnym) identyfikatorem przepływu w pozycji otwarty/zamknięty. Odwołujący podniósł, że w oferowanych przez Bialmed wyrobach medycznych brak jest podwójnego identyfikatora bowiem nie posiada optycznego identyfikatora przepływu. Izba uznała argumentację Odwołującego za zasadną. Zamawiający w trakcie rozprawy argumentowała, że *w zakresie optycznego identyfikatora przepływu w pozycji otwarty/zamknięty (...) dla zamawiającego jest istotne to, że w miejscu, gdzie nie ma przepływu brak jest jednego z ramion, natomiast pozostałe ramiona wskazują, że jest przepływ.* W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem wymaganie Zamawiającego określone w opisie tego przedmiotu dotyczące identyfikatora optycznego przepływu w pozycji otwarty/zamknięty nie może być sprowadzone do trzech ramion kranika ponieważ to Zamawiający sam już określił w opisie przedmiotu, że trójramienne pokrętło ma być z wyczuwalnym i optycznym identyfikatorem przepływu. Izba wskazuje, że gdyby w swych założeniach uzewnętrznionych w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający uznał za wystarczające jako identyfikator przepływów trójramienne pokrętło nie określałby kolejnych wymagań w sposób jasny i zrozumiały wyartykułowanych w opisie przedmiotu zamówienia. Wskazując na pisma jakie zostały złożone przez Zamawiającego (dowód nr 1) wskazać należy, że producent Vygon w swoim piśmie nie odnosi się w żaden sposób do tego jaki jest owy identyfikator optyczny natomiast w piśmie Bialmed wskazano jednoznacznie, że rolę optycznego identyfikatora pełnią trzy ramiona kranika, co w ocenie Izby stanowi oświadczenie w treści przeciwne temu czego wymagał Zamawiający jak również oświadczenie potwierdzające, że w oferowanych wyrobach nie ma wymaganego przez Zamawiającego optycznego identyfikatora przepływu. Powyższe zostało również wykazane przez Odwołującego w czasie argumentacji w trakcie rozprawy gdy okazał kranik trójdrożny jaki został zaoferowany przez Bialmed, a czego Zamawiający nie kwestionował.

W zakresie zaoferowanych bezigłowych zaworów dostępu żylnego (pozycja nr 8 Zadania nr 15) Izba wskazuje, że Odwołujący podniósł niezgodność oferowanego wyrobu medycznego producenta Vygon przez Bialmed co do silikonowej membrany typu Split osadzonej na przezroczystym plastikowym konektorze. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał aby bezigłowy zawór dostępu żylnego był z „silikonową podzielną membraną typu Split osadzoną na przezroczystym plastikowym konektorze”. Jednocześnie Zamawiający udzielając wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia utrzymał opis jaki zawarł dla pozycji nr 8 Zadania nr 15 i nie wyraził zgody na zaoferowanie zaworu z membraną osadzoną na równi z konektorem.

Izba wskazuje, że wymaganie co do umiejscowienia membrany na konektorze (łączniku, zaworze) było jednoznaczne, co więcej nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, który w czasie rozprawy wskazywał, że *wymóg osadzenia membrany na przezroczystym plastikowym konektorze nie precyzował w opisie czy membrana ma być osadzona na konektorze wewnętrznym czy zewnętrznym. (...) bezigłowy zawór dostępu żylnego ma dwa konektory (łącznik) zewnętrzny i wewnętrzny. Pełnomocnik wskazuje, że w piśmie z 27 czerwca 2016 r. jak również w piśmie z 1 września 2016 r. Bialmed wskazuje na to umiejscowienie membrany na wewnętrznym konektorze, co potwierdził również producent bezigłowego zaworu dostępu żylnego w piśmie z 29 sierpnia 2016 r. Zamawiający wskazuje że jest to inna konstrukcja zaworu. W ocenie Izby, niezależnie od konstrukcji, ilości konektorów wymagane Zamawiającego było jednoznaczne, membrana silikonowa miała być umieszczona na konektorze a nie na równi z nim. Przy czym Izba zaznacza, że sam Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że w zaoferowanej produkcji przez firm Bialmed membrana jest na równi z konektorem czyli nie jest zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania, które przygotował sam Zamawiający, a w których zawarł szczegółowe wymagania co do oferowanych wyrobów medycznych. Wskazać należy, że w piśmie (Dowód nr 1) producenta Vygon brak jest odniesienia w tym zakresie natomiast z pisma Bialmed wprost wynika, że osadzona membrana na męskim łączniku luer-lock od jego wewnętrznej strony dociśnięta została żeńskim łącznikiem Lower-lock. W obliczu takich oświadczeń Zamawiającego, jak również przedstawionej argumentacji Odwołującego w oparciu o prezentowany bezigłowy zawór produkcji Vygon – co nie było kwestionowane przez Zamawiającego – Izba uznała, że oferta Bialmed w tym zakresie nie spełnia wymagań dokumentacji Zamawiającego.*

W zakresie podnoszonego zarzutu niespełnienia wymagania odnośnie minimalnego przepływu 525ml/min Izba uznała zarzut za niezasadny, bowiem w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że jego argumentacja dotyczy właśnie tego konkretnego, zaoferowanego przez Bialmed, bezigłowego zaworu dostępu żylnego. Zaznaczyć należy, że Odwołujący w odwołaniu podał inny numer katalogowy niż faktycznie zaoferowanego wyrobu przez Bailmed, czego nie kwestionował na rozprawie. Izba zaznacza również, że karta katalogowa, która została załączona do odwołania, a informacja z której to karty o przepływie zgodnie z normą ISO 10555-1:2013 na poziomie 170ml/min stanowiła podstawę argumentacji, nie wskazuje w żadnym miejscu aby dane zawarte w karcie odnosiły się do faktycznie oferowanego wyrobu medycznego przez Bialmed, tym samym brak jest odniesienia od kwestionowanego przez Odwołującego parametru a mianowicie maksymalnego przepływu przez łącznik. Izba zaznacza, że choć wywód Odwołującego był logiczny i w sposób prawidłowy odwoływał się do obowiązujących norm, to nie wykazał Odwołujący, że oferowany produkt nie posiada określonego przez Zamawiającego przepływu.

Resumując powyższe, Izba uznała, że zarzuty w stosunku do oferty Bailmed w zakresie Zadania nr 15 pozycja 4 i pozycja 8 potwierdziły się w zakresie wyżej wskazanym, tym samym oferta firmy Bialmed niezgodna jest z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i powinna być zostać odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W konsekwencji Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy). Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj:

Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Odwołujący wykazał, że Zamawiający nie dokonał oceny oferty Bialmed w oparciu o wcześniej przygotowane wymagania w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co zostało wykazane w ocenie poszczególnych zarzutów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy oraz art. 2 pkt 5 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: