

Sygn. akt: KIO 2052/21

WYROK

z dnia 30 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Skamex sp. z o.o. sp. j. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skamex sp. z o.o. sp. j. w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Skamex sp. z o.o. sp. j. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa podstawowych materiałów medycznych i niemedycznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r., nr 2020/S 252- 635067.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Skamex sp. z o.o. sp. j. w Łodzi, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez wybór w zakresie zadania (pakietu) nr 1 oferty złożonej przez Wykonawcę, ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k., Zabrze (dalej „ZARYS”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty spółki ZARYS w zakresie zadania (pakietu) nr 1,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZARYS, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

lub

bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZARYS, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- 4) art. 7 ustawy Pzp – poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty P.H.U. ANMAR sp. z o.o. sp. k. Tychy (dalej „ANMAR”) w zakresie zadania (pakietu) nr 1.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności odrzucenia oferty ZARYS w zakresie zadania (pakietu) nr 1,

- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty ANMAR w zakresie zadania (pakietu) nr 1,
- 3) dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Skamex wskazał, że przedmiot postępowania został podzielony na 15 części, a w zakres części nr 1 (której dotyczy odwołanie) wchodził asortyment z pozycji 40, opisany jak poniżej:

„Zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową o pojem. 400-500 ml. z dokładnością pomiaru co 1ml od 1- 40 ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000 ml skalowanym od 25ml z drenem dwuświatłowym długości min 150cm (z odpowietrzaniem) z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego 1 zastawka w łączniku z cewnikiem, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylne

Dopuszcza się zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki– w worku oraz pomiędzy komorą pomiarową, a drenem. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z klamrą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących.

Dopuszcza się aby zestaw posiadał przezroczyste okienko w łączniku z cewnikiem, pozwalające na kontrolę obecności moczu przy procesie pobierania próbek.

Dopuszcza się zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową 500ml z dokładnością pomiaru co 1ml od 1- 50ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000ml skalowanym od 100ml z drenem jednoświatłowym, dwa filtry odpowietrzające w komorze pomiarowej, długości 170cm bez odpowietrzenia z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego jedna w komorze pomiarowej a druga w worku, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylne.”

W odpowiedziach z dnia 27.01.2021 Zamawiający dopuścił zaoferowanie worka do pomiaru diurezy godzinowej posiadającego między innymi „skalę linearną”.

Pytanie 26:

Część 1, pozycja 40

Czy Zamawiający dopuści zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki– w worku oraz pomiędzy komorą pomiarową, a drenem. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z klamrą zaciskową,

zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza

Odwołujący wywiódł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SIWZ dla pakietu/zadania nr 1, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy Pzp zawarte odpowiednio w art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 a także art. 89 ust. 1 pkt. 2, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach Ustawy Pzp oraz odpowiednio zapisach SIWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie, a w szczególności poprzez wybór oferty spółki ZARYS oraz zaniechania odrzucenia oferty ANMAR w pakiecie/zadaniu nr 1.

Odwołujący podniósł, że spółka ZARYS zaoferowała produkt - zamknięty system do pomiaru diurezy Urimeter 500 Puls Safety, o numerze katalogowym 227 1030 1, produkowany przez Bicakcilar, który jest niezgodny z pierwotnymi zapisami SIWZ, a także parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań. Odwołujący podniósł, że w pierwotnym opisie wymagań Zamawiający zawarł wymóg „z dokładnością pomiaru co 1ml od 1- 40 ml” , również udzielił twierdzącej odpowiedzi na pytanie wykonawcy Zarys, które zawierało analogiczny zapis „komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml”. Zdaniem odwołującego dokładność pomiaru co 1 ml w zakresie do 40 ml” jest dla zamawiającego cechą istotną i została dostatecznie jasno wyrażona. Jednocześnie, zgodnie z informacją umieszczoną bezpośrednio na etykiecie produktu w języku tureckim i angielskim przez producenta, „znamionowa tolerancja objętości wynosi +/- 10%”, co oznacza, że dla odczytywanej objętości 20 ml moczu dokładność pomiaru wynosi +/- 2 ml i odpowiednio dla 30 ml +/- 3 ml, a dla 40 ml +/- 4 ml. Według odwołującego, dokładność pomiaru jaką oferuje urządzenie producenta Bicakcilar nie odpowiada, ani pierwotnie postawionym wymaganiom OPZ ani dopuszczonym modyfikacjom OPZ, gdyż dokładność w zakresie do 40 ml powinna wynosić 1 ml.

Odwołujący podniósł ponadto, że Spółka ZARYS zaoferowała produkt - który jest niezgodny z innymi, pierwotnymi zapisami OPZ, a także parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań. Pierwotnie zamawiający wymagał: „z dokładnością pomiaru co 1ml od 1- 40 ml,” , następnie dopuścił „dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml

(pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory)". Odwołujący podniósł, że produkt zaferowany nie posiada punktów skali 1 i 2 ml, i nie mogą one być wyznaczone krzywiznami komory. Według odwołującego, ze zdjęcia zestawu do pomiaru diurezy godzinowej Bicakcilar widać, że skalowanie rozpoczyna się od 3 ml.

Odwołujący argumentował, że do dostaw będących przedmiotem zamówienia (wyrób medyczny) stosuje się Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych z dnia 17 lutego 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 211). Zgodnie z załącznikiem nr 1 do powyższego rozporządzenia, w którym określono wymagania zasadnicze dla wyrobów medycznych, w części II (Wymagania dotyczące projektowania i wykonania) wskazano:

10. Wyroby z funkcją pomiarową

10.1. Wyroby medyczne z funkcją pomiarową muszą być zaprojektowane i wytworzone w sposób zapewniający dostateczną stabilność i dokładność pomiarów w odpowiednich granicach dokładności, z uwzględnieniem przewidzianego zastosowania wyrobu medycznego. Wytwórca podaje granice dokładności.

10.2. Pomiar, monitorowanie i skala odczytu muszą być zaprojektowane zgodnie z zasadami ergonomii, z uwzględnieniem przewidzianego zastosowania wyrobu medycznego.

10.3. Wyniki pomiarów wykonanych za pomocą wyrobu z funkcją pomiarową muszą być wyrażone w legalnych jednostkach miary.

Odwołujący argumentował, że wyniki pomiarów nie mogą być wyrażone inaczej niż poprzez legalne jednostki miary (zgodnie m.in. z dyrektywą 80/181/EWG). Przepisy powyższe stanowią implementację wymagań dyrektywy o wyrobach medycznych 93/42 określonych w załączniku I, sekcja 10. Zdaniem odwołującego, krzywizny komory zaferowanego wyrobu nie są objęte skalą wyrażającą legalne jednostki miary, nie dają możliwości dokładnego pomiaru, przez co nie można uznać, iż spełniają one wyżej wskazany wymóg oraz wymóg co do dokładności pomiarów, które to wymogi stanowią wymagania zasadnicze dla wyrobów medycznych z funkcją pomiarową. Według odwołującego z powyższego należy więc wywieść, że w wyrobach medycznych z funkcją pomiarową, krzywizny komory nie mogą wyznaczać żadnych pojemności, jeśli nie zostały wyskalowane i odpowiednio oznakowane przez wytwórcę, zaś na zaferowanym przez spółkę ZARYS produkcie nie ma żadnych oznakowań, które potwierdzałyby zgodność ze stanem wymaganym przepisami prawa.

Odwołujący wywiódł, że to wyłącznie wytwórca, a nie dystrybutor podaje granice dokładności – producent Bicakcilar podaje dokładność pomiaru jako „pojemność dokładnego mierzenia do 40 ml”. Argumentował, że wytwórca nie precyzuje przy tym w opisie produktu dostępnym pod wskazanym w odwołaniu linkiem, od jakiej wartości zaczyna się pomiar pojemności. Ze skali umieszczonej na urządzeniu można odczytać, że dokładny pomiar co 1

ml rozpoczyna się od wartości 3 i kończy się na wartości 40 ml. Oznacza to, że oferowany jako wyrób medyczny - worek do godzinowej zbiórki moczu produkcji Bicakcilar o nazwie Urimeter 500 Plus, o numerze katalogowym 227 1030 1 – zgodnie z podaną przez wytwórcę granicą dokładności pomiaru – posiada skalę co 1ml w zakresie do 40ml, rozpoczynającą się od wartości 3ml (pierwszy znacznik na wyrobie).

Odwołujący argumentował, że przewidziane zastosowanie wyrobu medycznego określone jest przez jego wytwórcę, doprecyzowywanie skali pomiarowej przez dystrybutora, tj. spółkę Zarys, poprzez złożenie przez nią oświadczenia co do sposobu pomiaru dokonywanego z użyciem danego wyrobu medycznego, który stoi w sprzeczności ze stanem faktycznym, jest działaniem bezprawnym, gdyż podmiot ten nie jest wytwórcą i nie odpowiada za wyrób medyczny. Zgodnie bowiem z ustępem 3 załącznika I do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie wymagań zasadniczych i procedur oceny zgodności (oraz z sekcją 3 załącznika I do dyrektywy 93/42) wyroby muszą osiągać parametry działania przewidziane przez wytwórcę, a także być zaprojektowane, wytworzone i opakowane w sposób odpowiedni do funkcji wyrobu medycznego określonych przez wytwórcę. Mając na względzie, że wytwórca określił możliwość pomiaru danym wyrobem medycznym ilość płynu wskazując na skali umieszczonej na produkcie jako początkową wartość 3 ml, nie można uznać za wiążące oświadczenia dystrybutora co do odmiennego stanu rzeczy.

Według odwołującego, przypisywanie krzywiznom komory funkcji punktów skali, bez żadnego opisu na urządzeniu lub odpowiedniego zapisu w instrukcji użycia wydanej przez wytwórcę jest niezgodne z przytaczanym wyżej Rozporządzeniem. Tak nieintuicyjne oznaczenie wartości pomiarowych parametru ważnego dla życia pacjenta, będącego co do zasady w ciężkim stanie, byłoby całkowicie niezgodne z zasadami nie tylko ergonomii ale i bezpieczeństwa. Zdaniem odwołującego takie rozwiązanie nie uzyskałoby zatwierdzenia w jednostce notyfikowanej, stąd brak informacji wytwórcy o skalowaniu komory pomiarowej od wartości 1 ml wyznaczonej przez krzywizny komory. Wynika to wprost ze skali umieszczonej na wyrobie - skala ta rozpoczyna się od wartości 3 ml. Zgodnie z przyjętą w medycynie definicją skala linearna to skala, w której równe odcinki skali odpowiadają równemu przyrostowi mierzonej wartości.

Zdaniem odwołującego, skala w jaką wyposażone jest urządzenie Bicakcilar o nr katalogowym 277 1030 1 nie jest linearna. Takim samym wartościom objętości zebranego moczu odpowiadają w tym urządzeniu różne odcinki skali. Każdy z wykonawców będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego winien, analizując postanowienia SIWZ, mieć świadomość rodzajów posiadanych dokumentów przedmiotowych dotyczących wyrobów, które zamierza zaoferować i, ewentualnie, wyjaśnić z zamawiającym dopuszczalność posłużenia się innymi niż wskazane w SIWZ dokumentami przedmiotowymi,

składając chociażby wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ. Jeżeli wykonawca takiej inicjatywy nie podjął, to oznacza, że zgodził się na ocenę spełniania przez zaoferowane towary wymogu odnoszącego się do ich cech istotnych na podstawie dokumentów wyliczonych w SIWZ.

Zdaniem odwołującego, treść oferty złożonej przez spółkę ZARYS w zakresie pakietu 1 nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub też wykonawca ZARYS powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp (a w efekcie czego, jego oferta powinna zostać odrzucona). Podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ jest rzeczywista treść oferty.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Anmar odwołujący podniósł, że w pozycji 38 Zamawiający oczekiwał zaoferowania:

*Sterylny cewnik Foleya wykonany ze 100% silikonu, dwudrożny z balonem szczelnym, balon odporny na rozerwania, łatwy do napełniania i opróżniania, posiadający gładką powierzchnię, ułatwiającą wprowadzenie, dł. min. 40 cm, oznaczenie kolorystyczne rozmiarów na końcówce uszczelniającej, pakowane pojedynczo, rozmiary Ch 14-24 , balon 10ml
Dopuszcza się cewnik z balonem o pojemności 5–15ml.*

Odwołujący wywiódł, że firma Anmar zaoferowała cewniki Foley których producentem jest Unicmed. Firma Anmar podaje, że numer katalogowy jest niestosowany, co nie jest prawdą. Odwołujący podniósł, że na stronie internetowej producenta numery katalogowe są stosowane do każdego produktu. Na potwierdzenie załączył link do strony internetowej producenta. Wywiódł, że również w katalogu dostępnym do pobrania ze strony: numery katalogowe występują. Odwołujący podniósł, że nie podając numeru katalogowego nie ma możliwości dokładnej weryfikacji zaoferowanego produktu.

Odwołujący podniósł ponadto, że w pozycji 39 Zamawiający oczekiwał zaoferowania:

Żel do jałowego cewnikowania w postaci harmonijkowego aplikatora lub w postaci ampułkostrzykawki w dwóch objętościach 6-8,5 g lub 11-12,5 g lub 6ml i 11ml do wyboru przez zamawiającego. Skład żelu: chlorheksydyna 0,05% i Lidokaina 2%.

Odwołujący wskazał, że firma Anmar zaoferowała żel do cewnikowania Lubragel, którego producentem jest Istem Medikal Tibbi o numerze katalogowym LG-L006 oraz LG-L011. Zdaniem odwołującego, Zamawiający oczekiwał zaoferowania żelu o następującym składzie: „chlorheksydyna 0,05% i Lidokaina 2%”. Skład chemiczny zaoferowanego żelu przez firmę Anmar jest niezgodny, gdyż zawiera dodatkowe, nie opisane w SIWZ substancje, tj. hydroksybenzoat metylu oraz hydroksybenzoat propylu.

Dodatkowe substancje znajdujące się w zaoferowanym żelu: czyli hydroksybenzoat metylu oraz hydroksybenzoat propylu mogą wywoływać alergię i podrażnienia.

Odwołujący podniósł, że w pozycji 40 Zamawiający oczekiwał zaoferowania:

Zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową o pojem. 400-500 ml. z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-40 ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000 ml skalowanym od 25ml z drenem dwuświatłowym długości min 150cm (z odpowietrzaniem) z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego 1 zastawka w łączniku z cewnikiem, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylne.

Następnie dopuścił zaoferowanie alternatywnego produktu o parametrach jak poniżej:

Dopuszcza się zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową 500ml z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-50ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000ml skalowanym od 100ml z drenem jednoświatłowym, dwa filtry odpowietrzające w komorze pomiarowej, długości 170cm bez odpowietrzenia z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego jedna w komorze pomiarowej a druga w worku, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylne.

Odwołujący podniósł, że Firma Anmar zaoferowała zestaw do godzinowej zbiórki moczu Ureofix o numerze katalogowym 4417940, którego producentem jest firma BB. Argumentował, że zaoferowano produkt z drenem jednoświatłowym o długości 170 cm z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi (jedna w komorze pomiarowej druga w worku) oraz ze skalowaniem co 1 ml od 1 do 40 ml oraz co 2 ml od 40 do 50 ml. Produkt o numerze katalogowym 4417940 jest niezgodny zarówno z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia, a także parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań. Zestaw do godzinowej zbiórki moczu o numerze katalogowym 4417940 posiada skalowanie co 1 do 40 ml, oraz co 2 ml od 40 do 50 ml, co jest niezgodne powyżej zacytowanym dopuszczeniem, a co za tym idzie zapisami SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Anmar, ofertę przystępującego Zarys, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia z 28 czerwca 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*.

Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 16) *wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*
- 17) *wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej

dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 8 lipca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa podstawowych materiałów medycznych i niemedycznych.

Stosownie do pkt 3.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1a do specyfikacji. Opis ten należy odczytywać wraz z ewentualnymi zmianami treści specyfikacji, będącymi np. wynikiem udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców. Podane ilości są szacunkowym zapotrzebowaniem Zamawiającego i służą do obliczenia ceny oferty (tj. ustalenia maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy). Zamawiający zastrzega sobie prawo rezygnacji z zakupu części asortymentu wynikającej z braku zapotrzebowania.*

Ustalono ponadto, że SIWZ zawierała następujące postanowienia:

6.5. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów (...):

6.5.1. Dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego:

6.5.1.1. Materiałów firmowych – np. folderów, katalogów, materiałów informacyjnych, kart charakterystyki, ulotek, instrukcji lub wyciągu z instrukcji, dokumentacji technicznej, świadectw rejestracji, oświadczeń producenta – potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający prosi o zaznaczenie w złożonych materiałach firmowych, których części i pozycji (wynikających z załącznika nr 1a do specyfikacji) przedstawiony materiał dotyczy.

6.5.1.2. Próbkki oferowanych wyrobów w następujących częściach i ilościach:

<u>Nr części, pozycja</u>	<u>Ilość próbek</u>
Część 1 poz. 2-9, 15-32, 37-41, 53-59	Po 2 sztuki/komplety z każdej pozycji

Część 1 poz. 10-14	Po 5 sztuk z każdej pozycji każdego rozmiaru
Część 1 poz. 33	1 sztuka
Część 1 poz. 45-46	Po 2 sztuki z każdej pozycji rozmiaru 10, 15 i 23
Część 1 poz. 47-48, 50	Po 1 opakowaniu z każdej pozycji
Część 1 poz. 49	1 zestaw
Część 1 poz. 51-52	Po 5 sztuk z każdej pozycji
Część 7 poz. 1-2	Po 2 sztuki z każdej pozycji
Część 9 poz. 1-10	Po 1 sztuce z każdej pozycji
Część 10 poz. 1-2	Po 2 sztuki z każdej pozycji
Część 11 poz. 1	Po 10 sztuk z każdego rozmiaru
Część 12 poz.1-2	Po 1 sztuce z każdej pozycji
Część 13 poz. 1-2	Po 5 sztuk z każdej pozycji

Próbki mają być złożone w oryginalnych opakowaniach, z etykietami spełniającymi wymogi ustawy o wyrobach medycznych. Wskazane jest aby każda złożona próbka została oznaczona nazwą Wykonawcy oraz numerem części i pozycji zamówienia, której dotyczy. W przypadku próbek sterylnych oznaczenie musi być zrobione tak, aby próbka zachowała walor sterylności. Zamawiający nie dokona zwrotu zbadanych próbek wyrobów jednorazowego użytku.

Wskazane próbki zostaną wykorzystane przez Zamawiającego przy ocenie zgodności oferowanych wyrobów ze specyfikacją.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1A do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania m.in.:

Poz.	Parametry wymagane	Ilość	J.M.	Nazwa handlowa produktu	Producent	Numer katalogowy (jeżeli istnieje)
38	Sterylny cewnik Foleya wykonany ze 100% silikonu, dwudrożny z balonem szczelnym, balon odporny na rozerwania, łatwy do napelniania i opróżniania, posiadający gładką powierzchnię, ułatwiającą wprowadzenie, dl. min. 40 cm, oznaczenie kolorystyczne rozmiarów na końcówce uszczelniającej, pakowane pojedynczo, rozmiary Ch 14-24 , balon 10ml Dopuszcza się cewnik z balonem o pojemności	8700	Szt.			

	5–15ml.					
39	Żel do jałowego cewnikowania w postaci harmonijkowego aplikatora lub w postaci ampulkostrzykawki w dwóch objętościach 6-8,5 g lub 11-12,5 g lub 6ml i 11ml do wyboru przez zamawiającego. Skład żelu: chlorheksydyna 0,05% i Lidokaina 2%.	5000	Szt.			
40	<p>"Zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową o pojem. 400-500 ml. z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-40 ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000 ml skalowanym od 25ml z drenem dwuświatłowym długości min 150cm (z odpowietrzaniem) z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego 1 zastawka w łączniku z cewnikiem, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny</p> <p>Dopuszcza się zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki– w worku oraz pomiędzy komorą pomiarową, a drenem. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z kłmą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących.</p> <p>Dopuszcza się aby zestaw posiadał przezroczyste okienko w łączniku z cewnikiem, pozwalające na kontrolę obecności moczu przy procesie pobierania próbek.</p> <p>Dopuszcza się zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową 500ml z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-50ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000ml skalowanym od 100ml z drenem jednoświatłowym, dwa filtry odpowietrzające w komorze pomiarowej, długości 170cm bez odpowietrzenia z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego jedna w komorze pomiarowej a druga w worku, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny."</p>	8200	Szt.			

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty dotyczące części I zamówienia:

- a) odwołujący Skamex – cena: 16.232.592,00 zł brutto,
- b) wykonawca Anmar - cena: 16.446.859,25 zł brutto,
- c) przystępujący Zarys – cena: 15.988.131,50 zł brutto
(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono ponadto, że przystępujący Zarys w wypełnionym załączniku nr 1a do SIWZ zaoferował zamawiającemu m.in.:

Poz.	Parametry wymagane	Ilość	J.M.	Nazwa handlowa produktu	Producent	Numer katalogowy (jeżeli istnieje)
40	<p>Zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową o pojem. 400-500 ml. z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-40 ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000 ml skalowanym od 25ml z drenem dwuświatłowym długości min 150cm (z odpowietrzaniem) z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego 1 zastawka w łączniku z cewnikiem, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny</p> <p>Dopuszcza się zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki – w worku oraz pomiędzy komorą pomiarową, a drenem. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z kłamrą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących.</p> <p>Dopuszcza się aby zestaw posiadał przezroczyste okienko w łączniku z cewnikiem, pozwalające na kontrolę obecności moczu przy procesie pobierania próbek.</p> <p>Dopuszcza się zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową 500ml z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-50ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000ml skalowanym od 100ml z drenem jednoświatłowym, dwa filtry odpowietrzające w komorze pomiarowej, długości 170cm bez odpowietrzenia z dwoma zastawkami</p>	8200	Szt.	Zamknięty system do pomiaru diurezy URIMET ER 500 PLUS Safety	Bicakcilar	227 1030 1

	antyrefluksyjnymi, z czego jedna w komorze pomiarowej a druga w worku, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny."					
--	--	--	--	--	--	--

Ustalono ponadto, że wykonawca Anmar w wypełnionym załączniku nr 1a do SIWZ zaoferował zamawiającemu m.in.:

Poz.	Parametry wymagane	Ilość	J.M.	Nazwa handlowa produktu	Producent	Numer katalogowy (jeżeli istnieje)
38	Sterylny cewnik Foleya wykonany ze 100% silikonu, dwudrożny z balonem szczelnym, balon odporny na rozerwania, łatwy do napelniania i opróżniania, posiadający gładką powierzchnię, ułatwiającą wprowadzenie, dł. min. 40 cm, oznaczenie kolorystyczne rozmiarów na końcówce uszczelniającej, pakowane pojedynczo, rozmiary Ch 14-24 , balon 10ml Dopuszcza się cewnik z balonem o pojemności 5–15ml.	8700	Szt.	Cewnik Foley 100% silikonu	Unic med	Nr kat nie jest stosowany
39	Żel do jałowego cewnikowania w postaci harmonijkowego aplikatora lub w postaci ampulkostrzykawki w dwóch objętościach 6-8,5 g lub 11-12,5 g lub 6ml i 11ml do wyboru przez zamawiającego. Skład żelu: chlorheksydyna 0,05% i Lidokaina 2%.	5000	Szt.	Żel do cewnikowania	Istem Medikal Tibbi	LG-L 006 LG – L 011
40	"Zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową o pojem. 400-500 ml. z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-40 ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000 ml skalowanym od 25ml z drenem dwuświatłowym długości min 150cm (z odpowietrzaniem) z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego 1 zastawka w łączniku z cewnikiem, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny Dopuszcza się zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezzwrotne zastawki– w worku oraz pomiędzy komorą pomiarową, a drenem. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z kłmą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym	8200	Szt.	Zestaw do godzinowej zbiórki moczu Ureofix	BB.	4417940

<p>łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących. Dopuszcza się aby zestaw posiadał przezroczyste okienko w łączniku z cewnikiem, pozwalające na kontrolę obecności moczu przy procesie pobierania próbek. Dopuszcza się zestaw do godzinowej zbiórki moczu z komorą pomiarową 500ml z dokładnością pomiaru co 1ml od 1-50ml, z workiem zbiorczym o pojem. 2000ml skalowanym od 100ml z drenem jednoświatłowym, dwa filtry odpowietrzające w komorze pomiarowej, długości 170cm bez odpowietrzenia z dwoma zastawkami antyrefluksyjnymi, z czego jedna w komorze pomiarowej a druga w worku, oraz z bezigłowym portem do pobierania próbek, sterylny."</p>					
---	--	--	--	--	--

Następnie ustalono, że pismem z dnia 28 czerwca 2021 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia oferty złożonej przez przystępującego Zarys.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty odwołującego dotyczące oceny oferty przystępującego Zarys. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że produkt zaoferowany przez przystępującego w pozycji 40 formularza ofertowego, tj. system do pomiaru diurezy Urimeter 500 Plus Safety o nr katalogowym 227 1030 1, produkowany przez Bicakcilar, jest niezgodny z kilkoma postanowieniami SIWZ.

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że produkt ten nie posiada punktów skali 1 ml i 2 ml i nie mogą być one wyznaczone krzywiznami komory. Zamawiający w opisie wymagań wskazał m.in. *Dopuszcza się zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (linearnie co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1 ml i 2 ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml).*

Na podstawie oględzin produktu zaoferowanego przez przystępującego dokonanych na rozprawie Izba stwierdziła, że rzeczywiście produkt nie posiadał na komorze zestawu oznaczonych punktów 1 ml i 2 ml. Na komorze zaznaczono punkt 5, pod którym znajdowały się jeszcze dwie kreski, a więc punkty odpowiadające pojemnościom 3 i 4 ml. Dostrzeżenia

wymagało jednak, że w odpowiedzi na pytanie z dnia 27 stycznia 2021 r. i dokonaną w ślad za nią modyfikacją SIWZ, zamawiający dopuścił jednoznacznie, aby pomiar był linearny co 1 ml od 3 ml do 40 ml, zaś pojemność 1 ml i 2 ml była wyznaczona przez krzywizny komory.

Z odpowiedzi tej wynikało zatem, że oba punkty, to jest 1 ml i 2 ml, mogą być wyznaczone krzywiznami komory. Oba sporne punkty nie musiały być zaznaczone na komorze, ale „wyznaczone” przez jej krzywizny. Innymi słowy oba punkty nie musiały być wyznaczane przez nic innego niż krzywizny komory, w szczególności przez oznaczenie znajdujące się na urządzeniu. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z treścią odpowiedzi i dokonają w ślad za nią modyfikacją SIWZ, to miał prawo wnieść odwołanie wobec tej czynności zamawiającego, czego nie uczynił. Po upływie terminu składania ofert postanowienia SIWZ stały się wiążące dla zamawiającego i wykonawców, w tym odwołującego i przystępującego. Skoro została udzielona taka odpowiedź i dokonano w ślad za nią modyfikacji SIWZ, to przystępujący oferując produkt miał prawo działać w zaufaniu do dokumentów postępowania licząc na to, że jeśli zaoferuje produkt zgodny z odpowiedzią, to jego oferta nie zostanie odrzucona.

Zdaniem Izby zaoferowany wyrób odpowiadała wymogowi opisanemu w SIWZ. W trakcie rozprawy podczas oględzin produktu przystępujący wskazał Izbie znajdujące się poniżej punktu 3 ml dwie krzywizny komory, z których pierwsza miała odpowiadać pomiarowi 2 ml, a druga 1 ml. Owszem punkty 1 ml i 2 ml nie zostały naniesione na komorze, ale jak wskazano wcześniej, nie było takiego obowiązku.

Podkreślenia wymagało dodatkowo, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż zbadał próbkę oferowanego produktu i potwierdził, że krzywizny komory wyznaczają odpowiednio pojemności 1 ml i 2 ml. Odwołujący w trakcie rozprawy podważał możliwość dokonania takiego pomiaru przez samego zamawiającego. Wskazywał, że w SIWZ nie było określonego scenariusza badania próbek i ani opisanych narzędzi pomiarowych. Zdaniem Izby tak sformułowane zastrzeżenia należało uznać za skierowane wobec treści SIWZ, a co za tym idzie spóźnione. Podkreślenia wymagało, że zamawiający w pkt 6.5.1.2 SIWZ wskazał wyraźnie, że będzie badał zgodność oferowanego produktu z wymaganiami SIWZ również przy pomocy próbki. Zamawiający użył jednoznacznego stwierdzenia, że *Wskazane próbki zostaną wykorzystane przez Zamawiającego przy ocenie zgodności oferowanych wyrobów ze specyfikacją.*

Z postanowienia SIWZ wynikało także, że w ten sposób miał być badany m.in. produkt z pozycji 40 formularza ofertowego dla części I zamówienia. Wbrew stanowisku odwołującego z postanowienia 6.5.1.2 SIWZ wynikało, że próbki produktów zostaną wykorzystane przez zamawiającego przy ocenie zgodności oferowanych wyrobów z wszystkimi wymaganiami specyfikacji. Zamawiający nie ograniczył w powoływanym postanowieniu SIWZ wymagań, które w ten sposób miały być badane, co prowadziło do

wniosku, że również i sporny wymóg mógł być zbadany przy pomocy próbki. W konsekwencji w tym trybie można było więc zweryfikować, czy pojemności 1 ml i 2 ml w produkcie oferowanym przez przystępującego w pozycji 40 formularza są wyznaczone przez krzywizny komory. Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że dokonał badania próbki i w ten sposób potwierdził, że pojemność 1 ml i 2 ml są wyznaczone przez krzywizny komory. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Odwołujący w drugiej kolejności podniósł, że produkt zaoferowany przez przystępującego w pozycji 40 formularza ofertowego, tj. system do pomiaru diurezy Urimeter 500 Plus Safety o nr katalogowym 227 1030 1, produkowany przez Bicakcilar, nie umożliwia pomiaru co 1 ml.

Odwołujący zarzucił, że precyzja pomiaru urządzenia wynosiła nie 1 ml, lecz 10%. Celem wykazania zasadności zarzutu odwołujący powołał się na zdjęcie etykiety produktu, zawierające zastrzeżenie „*znamionowa tolerancja objętości +/- 10%*”.

Ze zdjęcia opakowania produktu wynikało jedynie, że to „*znamionowa tolerancja objętości*” urządzenia wynosiła +/- 10%. Przystępujący przytoczył definicję tego pojęcia, zgodnie z którą jest to „wartość wielkości fizycznej skonstruowanego urządzenia, przy której pracuje ona zgodnie z normami lub zaleceniami producenta”. Sporne zastrzeżenie dotyczyło zatem tolerancji objętości znamionowej nominalnej całej komory i worka zestawu, a więc nie chodziło o tolerancję w odniesieniu do skali. W tej sytuacji nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy okazało się złożone przez odwołującego w charakterze dowodu oświadczenie jego pracownika lek. S. G., które zawierało rozważania o istotności tolerancji urządzenia w odniesieniu do skali.

Ponadto, jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie, zamawiający oceniając próbkę urządzenia przystępującego stwierdził jej zgodność również w tym zakresie, gdyż potwierdził prawidłowość skali. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby o dopuszczalności i konieczności potwierdzenia cech urządzenia przy pomocy badań próbki przedstawione powyżej. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Odwołujący w trzeciej kolejności podniósł, że produkt zaoferowany przez przystępującego w pozycji 40 formularza ofertowego, tj. system do pomiaru diurezy Urimeter 500 Plus Safety o nr katalogowym 227 1030 1, produkowany przez Bicakcilar, nie posiadał skali linearnej.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że w opisie wymagań zamawiającego była mowa nie o skali linearnej ale o linearności pomiaru. Tym niemniej Izba stwierdziła, że nie można utrzymywać, iż zaoferowane urządzenie nie posiada skali liniowej. Zdaniem Izby wobec

braku w SIWZ definicji linearności pomiaru czy linearnej skali można było posłużyć się potocznym znaczeniem tego pojęcia przywołanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. *Skala liniowa to rodzaj skali pomiarowej, w której wielkości fizyczne przekształcone są za pomocą funkcji liniowej. Funkcja linowa zaś, to funkcja wielomianowa co najwyżej pierwszego stopnia, tj w postaci $y = ax + b$, gdzie a i b są pewnymi stałymi liczbowymi (parametrami). O dwóch zmiennych (x, y) z których każda jest funkcją liniową drugiej, mówi się, że są liniowo zależne lub w zależności liniowej.*

Zdaniem Izby urządzenie przystępującego odpowiadało wymogowi liniowości pomiaru. Jak wynikało bowiem z oględzin produktu dokonanych na rozprawie, przyrostowi o 1 ml objętości płynu odpowiadał przyrost o 1 stopień (jedną kreskę na skali). Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Nie można było również utrzymywać, że urządzenie nie pracuje na legalnych jednostkach miary. Gdyby tak było, to nie zostałoby ono dopuszczone do obrotu zgodnie z właściwymi przepisami. Przystępujący złożył zaś dokumenty dowodzące, że produkt został dopuszczony do obrotu jako wyrób medyczny. Odnośnie zaś twierdzeń o braku oznaczenia jednostki miary „ml” na komorze, to takiego zarzutu nie było w odwołaniu. Tym niemniej z ostrożności należało wskazać, że na podstawie oględzin produktu na rozprawie ustalono, że oznaczenie jednostki miary „ml” znajdowało się na worku, będącym częścią zestawu przystępującego. W tej sytuacji nie ulegało wątpliwości, że cyfry znajdujące się na urządzeniu wyrażają pojemności w mililitrach (ml), będących legalną jednostką miary. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut odwołującego dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Anmar w zakresie pozycji 38 formularza ofertowego z wymaganiami SIWZ, wyrażonymi we wzorze formularza ofertowego.

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, w wypełnionym formularzu należało podać m.in. nr katalogowy oferowanego urządzenia, ale jedynie w sytuacji, gdy taki nr katalogowy istnieje. Zdaniem odwołującego wykonawca Anmar w pozycji 38 formularza zaoferował cewniki Foley producenta Unicmed, podając że oferowany produkt nie ma nr katalogowego, podczas gdy produkt oferowany przez Anmar w pozycji 38 formularza taki numer posiada.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu. Odwołujący na poparcie swych twierdzeń załączył przy odwołaniu zrzut z ekranu obejmującego katalog firmy Unicmed. Ponadto powołał się na link do strony internetowej. Po pierwsze stwierdzono, że katalog i link odwoływały się do materiałów anglojęzycznych. Nie złożono Izbie wymaganego tłumaczenia na język polski. Stosownie zaś do art. 506 ust. 2 ustawy NPzp,

Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Z ostrożności na marginesie dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie wykazał ponadto, że na stronie internetowej i w katalogu znajduje się akurat to urządzenie, które zaoferował wykonawca Anmar. Zarzut nie został zatem wykazany i jako taki podlegał oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Anmar w zakresie pozycji 39 z wymaganiami SIWZ. W tym zakresie odwołujący podniósł, że skład chemiczny żelu Lubragel o nr katalogowym LG-L006 oraz LG-L011, zaoferowanego przez Anmar miał nie odpowiadać wymogom SIWZ. Odwołujący podniósł, że oprócz chlorheksydyny oraz lidokainy, opisanych w SIWZ, miał zawierać także hydroksybenzoat metylu oraz hydroksybenzoat propylu.

Izba stwierdziła, że odwołujący na potwierdzenie, że oferowany żel zawiera ww. dodatkowe substancje nie przedstawił żadnego dowodu, pomimo spoczywającego na nim z mocy art. 6 KC ciężaru dowodu. Zgodnie zaś z art. 534 ust. 1 ustawy Npzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.* Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu jako gołosłowny.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Anmar z postanowieniami SIWZ co do wymagań z pozycji 40 wzoru formularza ofertowego.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez wykonawcę Anmar zestaw do godzinowej zbiórki moczu o numerze katalogowym 4417940 producenta BB. posiada skalowanie co 1 do 40 ml, oraz co 2 ml od 40 do 50 ml, co jest niezgodne z zapisami SIWZ.

Na potwierdzenie zasadności zarzutu odwołujący powołał się na zdjęcie produktu. Analiza zdjęcia nie pozwalała na ustalenie, że zaprezentowano na nim zestaw do godzinowej zbiórki moczu o numerze katalogowym 4417940 producenta BB., który zaoferował wykonawca Anmar w pozycji 40 formularza. Na zdjęciu brak było bowiem informacji identyfikujących ukazany produkt. Samo oznaczenie producenta BB. znajdujące się na zdjęciu to za mało, aby ustalić, że na pewno ukazano tam produkt o numerze katalogowym 4417940. Takiego numeru próżno było bowiem szukać na zdjęciu. Ponadto odwołujący powołał się w odwołaniu na link do strony internetowej producenta. Oględziny strony internetowej prowadziły do wniosku, że jest to strona anglojęzyczna. Odwołujący nie przedstawił wymaganego tłumaczenia tej strony na język polski, co było jego obowiązkiem wynikającym z art. 506 ust. 2 ustawy Npzp. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), o *oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: