

**Sygn. akt: KIO 191/20**

**WYROK**  
**z dnia 14 lutego 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 lutego 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2020 roku przez wykonawcę Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu

przy udziale wykonawcy Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 191/20 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *dostawa jednorazowego sprzętu medycznego w Pakiecie nr 2* - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Nakazuje Zamawiającemu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *dostawa jednorazowego sprzętu medycznego w Pakiecie nr 2* - oferty

wykonawcy Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W pozostałym zakresie zarzut odwołania uznaje za niezasadny.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie 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 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „dostawa jednorazowego sprzętu medycznego w podziale na pakiety.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lipca 2019 roku pod numerem 2019/S 140-344042.

30 stycznia 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *dostawa jednorazowego sprzętu medycznego* w Pakiecie nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez wybór, w zakresie pakietu nr 2 oferty złożonej przez Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawa (dalej „BECTON”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia w zakresie pakietu nr 2 oferty BECTON pomimo jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ");
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2, nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez firmę BECTON dokonanie powtórnej oceny ofert, uznanie że, oferta złożona przez BECTON w zakresie pakietu nr 2 podlega odrzuceniu, uznanie że Odwołujący, w zakresie pakietu nr 2 złożył ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę jednorazowego sprzętu medycznego. Przedmiot zamówienia podzielony został na 28

pakietów. I tak przedmiotem pakietu nr 2 poz. 16 było:

*Strzykawka; Gotowe do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego , fabrycznie napełnione NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml), posiadające zabezpieczenie uniemożliwiające wyjście roztworu soli fizjologicznej poza przestrzeń sterylną strzykawki, długi korek zamykający strzykawkę o dł. min. 12 mm, posiadający gwintowe przedłużenie zamykające wejście do strzykawki Luer Lock, krótki tłok strzykawki (tłok całkowicie chowający się w cylindrze po opróżnieniu strzykawki), ze znacznikiem pierwotnego obszaru sterylności przestrzeni wewnątrz strzykawki, okres ważności min 2 lata. Wyrób medyczny klasy III*

W postępowaniu zostały zadane pytania do SIWZ, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*38. Dotyczy Pakietu 2 Poz. 16*

*Prosimy o dopuszczenie gotowej do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego, fabrycznie napełnionej NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml z tłokiem nie całkowicie wciskany do wnętrza strzykawki, pozostałe parametry zgodnie z SIWZ.*

*Zamawiający odpowiada: wyrażamy zgodę, pozostałe parametry zgodnie z zapisami siwz.*

Odwołujący podał, że dla każdego z potencjalnych wykonawców, opis w przedmiotowym zakresie był opisem jasnym i zrozumiałym. Powyższe potwierdza fakt, że w prowadzonym postępowaniu, zostały złożone oferty, a więc żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie, jak również to, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej na tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza szereg orzeczeń, Odwołujący podał wyrok sygn. akt KIO 1435/17. Odwołujący podniósł, że pytania nie zmodyfikowały przy tym wymagań Zamawiającego w zakresie strzykawki wskazanej w pakiecie 2 pozycja 16, która posiadać ma następujące cechy: „*Gotowe do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego . fabrycznie napełnione NaCl 0.9 %. o pojemności: 10 ml (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml)*”.

W dniu 10 grudnia 2019 r. Odwołujący korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej przesłał do Zamawiającego pismo wskazując: *Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu 2 poz. 16 wymagał zaoferowania produktu o następujących parametrach: „Garowe do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego, fabrycznie napełnione NoCl 0,9 %, o pojemności: 10 mi (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml), posiadające zabezpieczenie uniemożliwiające wyjście roztworu soli fizjologicznej poza przestrzeń sterylną strzykawki, długi korek zamykający strzykawkę o dł. min. 12 mm, posiadający gwintowe przedłużenie zamykające*

*wejście do strzykawki Luer Lock, krótki tłok strzykawki (tłok całkowicie chowający się w cylindrze po opróżnieniu strzykawki), ze znacznikiem pierwotnego obszaru sterylności przestrzeni wewnątrz strzykawki, okres ważności min 2 lata. Wyrób medyczny klasy III".*

*Zamawiający w piśmie z dnia 06.09.2019 udzieli następujących odpowiedzi na pytania Wykonawcy: 38. Dotyczy Pakietu 2 Poz. 16 - Prosimy o dopuszczenie gotowej do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego, fabrycznie napełnionej NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml z dkiem nie całkowicie wciskany do wnętrza strzykawki, pozostałe parametry zgodnie z SIWZ Zamawiający odpowiada: wyrażamy zgodę, pozostałe parametry zgodnie z zapisami SIWZ.*

*Firma Becton Dickmson Polska sp. z o. o. zaoferowała zgodnie z odpowiedzią nr 38 z dnia 06.09.2019 produkt firmy Becton Dickinson o numerze katalogowym 306585*

*Strzykawka \*zaoferowano produkt zgodnie z odp. ni 38 z dnia 06.09.2019; Gotowe do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego . fabrycznie napełnione NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml), posiadające zabezpieczenie uniemożliwiające wyjście roztworu soli fizjologicznej poza przestrzeń sterylną strzykawki, dhjgi korek zamykający strzykawkę o di. mc 12 mm, posiadający gwintowe przedłużenie zamykające wejście do strzykawki Luer Lock. krótki tłok strzykawki (tłok całkowicie chowający się w cylindrze po opróżnieniu strzykawki), ze znacznikiem pierwotnego obszaru sterylności przestrzeni wewnątrz strzykawki. okres ważności min 2 lata. Wyrób medyczny klasy III; szt.; 306585, Becton Dickinson.*

*Zaoferowany przez firmę Becton Dickinson Polska produkt jest niezgodny z pierwotnym opisem SIWZ i ww. dopuszczeniem, gdyż posiada całkowitą pojemność cylindra 15 ml, to jest większą niż wymagał Zamawiający - czyli maksymalnie 14 ml.*

*Tym samym treść oferty firmy Becton Dickinson Polska sp. z o.o. nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ w zakresie pakietu 2 poz. 16 zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.*

*Zamawiający wystąpił do BECTON pisemnie w dniu 16 grudnia 2019 roku prosząc o ustosunkowanie się do zarzutów Odwołującego w zakresie pakietu 2 pozycja 16. Wykonawca firma Becton Dickinson w treści swojego pisma z 20 grudnia 2019 roku wyjaśnił, że w zakresie pakietu 2 pozycja 16 zaoferował produkt zgodny z SIWZ. Treść Wyjaśnienia poniżej: „Zaoferowany przez nas produkt spełnia wymogi SIWZ w 100 %. Pojemność / ilość 10 % NaCl w strzykawce / wynosi 10 ml. Całkowita pojemność cylindra oferowanej strzykawki wynosi maksymalnie 14 ml.”*

*Jednocześnie Becton Dickinsom zaczął w swoim piśmie z 20 grudnia 2019 roku wyjaśniać kwestie związane z rozumieniem pojęcia „całkowitej pojemności cylindra” w zakresie pakietu 2 pozycja 16.*

*„Całkowita pojemność cylindra można zdefiniować na 2 sposoby:*

1. *Praktycznie, poprzez ilość krwi jaką można zaaspirować do przestrzeni strzykawki, przed przepłukaniem dostępu naczyniowego. Przestrzeń ta dla strzykawki o pojemności 10 ml wynosi zdecydowanie mniej niż 14 ml, uzyskanie większej pojemności jest niemożliwe ze względu na ogranicznik tłoka.*
2. *Literalnie: w materiałach informacyjnych podany jest parametr „znacznik pierwotnego obszaru sterylności”. Jest to znak graficzny (czarny, przerywany okrąg na etykiecie) pokazujący jak daleko może wysunąć się tłok, a co za tym idzie jaką dodatkową przestrzeń cylindra uzyskujemy, oprócz tej wypełnionej 0,9% NaCl. (rysunek 1) Konstrukcja strzykawki zapobiega potencjalnemu skażeniu płynu z uwagi na wycofanie tłoka do części niesterylnej. Tłok znajduje się w końcowej części strzykawki, długość strzykawki dopasowana jest do jej pojemności i całkowita pojemność cylindra nie przekracza 14 ml. (rysunek 2) ”*

Odwołujący wskazał, że są to doraźne próby zupełnie nowej interpretacji opisu przedmiotu zamówienia zawartej w SIWZ przez wskazanie „znacznika pierwotnego obszaru sterylności” czy „ilości krwi jaką można zaaspirować do przestrzeni strzykawki ” jako „całkowitej pojemności cylindra” po terminie składania ofert, tym bardziej, że przywołanie przez firmę BECTON wyroku KIO z dnia 12 listopada 2019 r. (sygnatura akt KIO 2192/19), potwierdza, że BECTON wie, co znaczy „całkowita pojemność cylindra”. W przytoczonym wyroku - co do rozumienia pojęcia całkowitej pojemności cylindra - nie miał wątpliwości Zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza.

W piśmie z 20 grudnia 2019 roku BECTON podał następujące informacje:

*„Pragniemy nadmienić, iż firma Skamex w notatce dotyczącej Pakietu 2 poz. 16, wskazując na to, iż produkt zaoferowany przez BD nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia z powodu całkowitej pojemności cylindra 15 ml świadomie chciała wprowadzić Zamawiającego w błąd pomimo oddalenia odwołania firmy Skamex (wyrok KIO z dnia 12 listopada 2019 r., sygnatura akt KIO 2192/19), dotyczącego analogicznego zarzutu firmy Skamex w stosunku do innego Zamawiającego, który uznał ofertę firmy BD, jako spełniającą wszelkie wymagania z opisem przedmiotu zamówienia. Odpis wyroku w załączeniu. ”*

Odnosząc się do powyższych twierdzeń BECTON pragniemy ponownie zauważyć, iż firma BD zaoferowała w zakresie pakietu 2 pozycja 16 produkt, który nie jest zgodny ani z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia, ani treścią dopuszczenia.

Przytoczony przez BECTON wyrok KIO z dnia 12 listopada 2019 r., sygnatura akt KIO 2192/19 oddalający odwołanie Skamex w zakresie całkowitej pojemności cylindra wskazał, że w toku rozprawy: „Izba uznała dowody złożone przez zamawiającego za godne wiary i nadała im większą moc dowodową, niż dowodom złożonym przez odwołującego” (strona 5, 4 akapit od góry strony - 20 wiersz od góry). Izba w toku postępowania KIO 2192/19 nie miała wątpliwości co do rozumienia pojęcia „całkowitej pojemności cylindra”, takich

wątpliwości nie miał również Zamawiający robiąc doświadczenie w swoim Laboratorium. (W załączeniu protokół przedstawiony na rozprawie z badania wykonanego w Laboratorium szpitalnym Zamawiającego). Po rozprawie okazało się, że stosując 1 lub 2 stopień oporu pipety można uzyskać różne wyniki badania. Firma Skamex czując się poszkodowana i mając przekonanie o prawidłowości swoich pomiarów zleciła powtórne badanie pojemności strzykawki.

Odwołujący w tym miejscu wniósł o przeprowadzenie na rozprawie dowodu z dokumentów, w postaci wyników badań przeprowadzonych, w dniu 5 grudnia 2019 roku w odniesieniu do oferowanych w zakresie pakietu 2 pozycja 16 przez BECTON strzykawek, przez Akredytowane Laboratorium, stwierdzających, że oferowane przez BECTON strzykawki nie posiadają wymaganej pojemności, a całkowita pojemność cylindra przekracza wymagane przez Zamawiającego 14 ml. Wskazany środek dowodowy ma służyć wykazaniu okoliczności faktycznej wskazanej przez Odwołującego.

Dowód: protokół przedstawiony na rozprawie z badania wykonanego w Laboratorium szpitalnym Zamawiającego z 8 listopada 2019 roku.

Odwołujący podał, że w obecnej chwili nie jest możliwe jednostronne modyfikowanie przez wykonawcę opisu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 r. KIO 1087/17). W ślad za orzecznictwem Sądowym dotyczącym zamówień publicznych, oraz doktryną należy podkreślić, iż powszechnie przyjmowana jest rygorystyczna wykładnia eksponująca formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikająca z niego konieczność bezwzględnego obowiązku odrzucania oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. (SO w wyroku z dnia 28 września 2005 r. (II Ca 29/05) stwierdził, iż formalizm stosowany przy zamówieniach publicznych uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji. Dlatego Zamawiający nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert. W zakres tej oceny, skutkującej odrzuceniem oferty, wchodzi badanie spełniania przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ, oraz badanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu. Następnie do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ. To ostatnie odnosi się zarówno do formalnej strony oferty, jak i do jej merytorycznej zawartości. Powyższe rozważania wprost prowadzi do stwierdzenia, iż oferta BECTON, jest niezgodna z SIWZ. Należy, więc wskazać, że oferta BECTON powinna zostać odrzucona. Oferta musi odpowiadać treści SIWZ, co wynika z orzecznictwa: sygn. akt KIO 2744/14, KIO 1831/17; KIO1845/17; sygn. akt KIO 1474/15, sygn. akt KIO 884/15; KIO 583/18.

Wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przepisów ustawy, jest

krzywdzące i niesprawiedliwe. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ (Odwołujący wskazał wyrok KIO sygn. akt KIO 1713/15). Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art.7 ustawy (Odwołujący wskazał wyrok KIO 693/14, KIO 694/14).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są więc zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców (Odwołujący wskazał wyrok sygn. akt KIO 773/16, wyrok KIO sygn. akt KIO 2702/17).

Odwołujący podał, że oferta Becton Dickinson winna podlegać odrzuceniu, dodał, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14). Nie tylko zasady prowadzenia postępowania, ale również posiadana wiedza oraz działalność która prowadzi Zamawiający, nakładają na niego obowiązek wyboru zarówno sprzętu jak i asortymentu medycznego, który w pełni odpowiadał będzie jakże ważnej działalności, jaką jest świadczeniem usług medycznych. Tylko asortyment odpowiadający wymogom odpowiednich norm, może zostać uznany za asortyment odpowiedni.



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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 stycznia 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

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.

III.

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. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964

roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że 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 ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 7 lutego 2020 roku - **Zamawiający uwzględniła zarzuty odwołania w całości.**

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego - tj. Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2020 roku, Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego przy tym piśmie.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem jak również dowody złożone i zawnioskowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – Świadczenie wzorcowania; data wydania 5 grudnia 2019 roku oraz Certyfikat Akredytacji Laboratorium Wzorcującego nr AP 087,
- dowód nr 2 – wyciąg z polskiej normy PN-EN ISO 7886-1 „Jałowe strzykawki iniekcyjne do jednorazowego stosowania Część 1: Strzykawki do ogólnego stosowania” wraz z tłumaczeniem na język polski,
- dowód nr 3 – Deklaracja zgodności PosiFlush SP&XS wraz z tłumaczeniem.

V.

Izba ustaliła:

W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał następującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji 16 pakietu 2 w załączniku nr 2 do SWIZ:

*Strzykawka; Gotowe do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego , fabrycznie napełnione NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml), posiadające zabezpieczenie uniemożliwiające wyjście roztworu soli fizjologicznej poza przestrzeń sterylną strzykawki, długi korek zamykający strzykawkę o dł. min. 12 mm, posiadający gwintowe przedłużenie zamykające wejście do strzykawki Luer*

*Lock, krótki tłok strzykawki (tłok całkowicie chowający się w cylindrze po opróżnieniu strzykawki), ze znacznikiem pierwotnego obszaru sterylności przestrzeni wewnątrz strzykawki, okres ważności min 2 lata. Wyrób medyczny klasy III*

W postępowaniu, w odniesieniu do pozycji 16 pakietu nr 2 zostały zadane pytania przez wykonawców, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi:

W odpowiedziach z dnia 6 września 2019 roku na pytanie nr 2 (pismo SCCS/EZP/1608/11292/19) – *Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie strzykawek do przepłukiwania napełnionych fabrycznie izotonicznym roztworem NaCl 0,9% o poj. 10 ml (całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml), jałowych, sterylnych wewnątrz i na zewnątrz, z długim gwintowanym korkiem o długości całkowitej min. 12 mm zamykającym wejście do strzykawki luer lock, zapobiegającym przypadkowej kontaminacji wejścia do strzykawki, specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks), ogranicznik tłoka uniemożliwiający wysunięcie tłoka poza cylinder strzykawki, tłok po użyciu wciskany do wnętrza strzykawki zgodnie z norma ISO 7886-1, klasa IIb. Sterylizacja radiacyjna promieniami gamma. Okres ważności 24 m-ce.*

Zamawiający odpowiedział: *Zamawiający wyraża zgodę.*

W odpowiedziach z dnia 6 września 2019 roku na pytanie nr 38 (pismo SCCS/EZP/1525/10340/19) – *Prosimy o dopuszczenie gotowej do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego, fabrycznie napełnionej NaCl 0,9 %, o pojemności: 10 ml z tłokiem nie całkowicie wciskany do wnętrza strzykawki, pozostałe parametry zgodnie z SIWZ.*

Zamawiający odpowiedział: *wyrażamy zgodę, pozostałe parametry zgodnie z zapisami siwz.*

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy poddała odwołanie pod rozpoznanie, bowiem uczestnik postępowania odwoławczego **wniósł sprzeciw** wobec uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odniesienie się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - Izba zarzut uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie 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, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). 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, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ 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 uczestnika postępowania odwoławczego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniami jakie złożył wykonawca a wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w załączniku nr 2, w pakiecie nr 2, w pozycji nr 16 - strzykawka.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – 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 SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, 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 odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SIWZ, a 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 SIWZ, 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 SIWZ wskazanych w ukształtowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej, kluczowym dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu odwołania niezbędnym jest rozstrzygnięcie sporu odnoszącego się do rozumienia pojęcia „całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml”.

Izba podkreśla, że uprawnieniem ale i obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez np. podanie cech fizycznych tego przedmiotu zamówienia, jego parametrów i ich wartości – kluczowym jest, aby opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny, wyczerpujący, obiektywny oraz dostatecznie dokładny i zrozumiały. Zamawiający zawarł w dokumentacji postępowania opis przedmiotu zamówienia przez podanie cech – poszczególnych parametrów strzykawki, którą mieli zaoferować wykonawcy w postępowaniu. Tym samym ocena zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ dokonana musi być przez sprawdzenie spełnienia przez oferowany produkt tych poszczególnych ukształtowanych wymagań.

Zamawiający jednoznacznie w opisie przedmiotu zamówienia ukształtował wymagania w odniesieniu do pojemności całkowitej cylindra, która maksymalnie miała wynosić 14 ml. W ocenie Izby udzielone odpowiedzi na pytania z dnia 6 września 2019 roku nie zmieniły w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do cechy fizycznej pojemności maksymalnej cylindra, ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań.

Podstawowym zagadnieniem do rozpoznania jest stwierdzenie jak należy rozumieć „cylinder” strzykawki, bowiem to będzie stanowiło podstawę do oceny jaka jest maksymalna pojemność cylindra oferowanej przez uczestnika postępowania odwoławczego strzykawki.

Izba stwierdziła, że „całkowita pojemność cylindra maksymalnie 14 ml” – mając na uwadze okazany przez uczestnika postępowania odwoławczego przedmiot w trakcie rozprawy (strzykawka BD PosiFlush nr 306585) jak również pismo uczestnika z dnia 11 lutego 2019 roku (str. 2), a także stanowisko Odwołującego – to pojemność „korpusu strzykawki”,

rozumianego zgodnie z załącznikiem nr 4 do ww. pisma strona 3 tłumaczenia. Cylinder strzykawki stanowi „korpus strzykawki” czyli tą jej część, w której pracuje tłok strzykawki i która napelniana jest płynem. Wymaga zaznaczenia, że uczestnik postępowania odwoławczego utożsamia – w sposób nieuprawniony – „całkowitą pojemność cylindra” określoną przez Zamawiającego w SIWZ z „maksymalną pojemnością użytkową” tj. pojemnością strzykawki, gdy tłok jest wysunięty do najdalszej możliwej pozycji roboczej (tak wskazują dowód nr 2 – norma 7886-1 oraz załącznik nr 4 do pisma str. 2 tłumaczenia), która badana jest zgodnie z normą PN-EN ISO 7886-1.

Jednakże, zdaniem Izby, Zamawiający nie określił wymagania odnoszącego się do badania pojemności cylindra strzykawki przez wskazanie ww. normy, którą Zamawiający jedynie dopuścił w odniesieniu do tłoka strzykawki (odpowiedź na pytanie 2 z dnia 6 września 2019 roku), pozostawiając tym samym jako parametr fizyczny strzykawki „całkowitą pojemność cylindra” nieograniczoną żadnymi innymi wskaźnikami, w tym wskazywaną normą.

W ocenie Izby uczestnik postępowania odwoławczego w sposób niezasadny stwierdził, że Zamawiający nie zdefiniował w jaki sposób oceniał będzie spełnienie parametru technicznego opisu przedmiotu zamówienia pojemności cylindra strzykawki. Skoro Zamawiający nie wprowadził żadnych wymagań, np. przez ograniczenie pojemności cylindra do tej dotyczącej jałowej części cylindra, czy tej pojemności zdefiniowanej przez pojemność strzykawki do tłoka w pozycji maksymalnego ogranicznika tłoka (czy też przez wskazanie normy) to oznacza, że pojemność cylindra strzykawki dotyczy pojemności całego cylindra, co jednoznacznie koreluje z „całkowitą” pojemnością cylindra. Izba wskazuje, że pytanie nr 2 z 6 września 2019 roku nie zmieniło opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do pojemności całkowitej cylindra strzykawki, a jego treść potwierdza ponownie, że cylinder strzykawki to jej korpus.

Izba uznała za niezasadną, w odniesieniu do ukształtowanego opisu przedmiotu zamówienia, argumentację uczestnika postępowania odwoławczego, wskazaną w piśmie jak i przedstawioną na rozprawie, a dotyczącą pomiaru całkowitej pojemności cylindra w zaoferowanej strzykawce w oparciu o normę PN-EN ISO 7886-1, bowiem takiego wymagania Zamawiający nie ukształtował. Przedstawione w załączniku nr 2 do pisma z dnia 11 lutego 2020 roku wyniki badań strzykawki BD PosiFlush nr 306585 zaoferowanej przez uczestnika postępowania odwoławczego odnoszą się do pojemności strzykawki do tłoka w pozycji „znacznika pierwotnego obszaru sterylności” i wynoszą przy substancji 0,9 % NaCl  $10,8 \pm 0,3$  ml, oraz w przypadku pojemności strzykawki do tłoka w pozycji „maksymalnego ogranicznika tłoka” i wynoszą przy substancji 0,9 % NaCl  $11,5 \pm 0,3$  ml. Z przedstawionych badań wynika jednoznacznie, że odnoszą się one do pojemności cylindra strzykawki przy ograniczeniu tej pojemności – niewymagany i nieokreślony przez Zamawiającego

w opisie przedmiotu zamówienia – wskazanymi w wynikach badań zakresami. Izba podkreśla w tym miejscu, że na zdjęciach (załącznik nr 2 do pisma oraz str. 2 pisma z dnia 11 lutego 2020 roku, a także na rysunku załącznik nr 4 do pisma str. 3 tłumaczenia) uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił, że cylinder strzykawki to korpus strzykawki bez ograniczenia jakimikolwiek parametrami, jak również zakresy jakie wynikały z przeprowadzonych badań. W ocenie Izby dowody te potwierdzają jedynie, że w zakresie pojemności strzykawki do tłoka w określonych wyżej pozycjach, pojemność strzykawki jest taka a nie inna, lecz nie potwierdzają wyniki tych badań jaka faktycznie jest pojemność całkowita cylindra strzykawki, a takiej pojemności dotyczył parametr zawarty w opisie przedmiotu zamówienia. Wyniki tych badań (załącznik nr 2 do pisma) nie były kwestionowane przez Strony co do ich wartości, aczkolwiek zgodzić należy się z Odwołującym, że wyniki tych badań nie odnoszą się do wymaganego przez Zamawiającego parametru całkowitej pojemności cylindra, która nie została przez Zamawiającego ograniczona w żaden sposób.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z uczestnikiem postępowania odwoławczego, że przez całkowitą pojemność cylindra należy rozumieć pojemność wyznaczoną pozycją tłoka w pozycji maksymalnego ogranicznika tłoka z uwagi na to, że tylko bez demontażu strzykawka spełnia swoje zadanie, może być użyta i taką właśnie „gotową do użycia” zamawiał Zamawiający. Faktem jest, że zamówienie dotyczyło gotowej do użycia strzykawki do przepłukiwania dostępu naczyniowego, co w ocenie Izby należy oceniać jako wymagania techniczne, jedno z wielu które w zakresie strzykawki z pozycji 16 pakietu 2 ukształtował Zamawiający. Fakt jest, że ukształtowanie wymagania gotowości do użycia nie wpływa i nie zmienia treści innych wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego w poszczególnych parametrach strzykawki. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez jednoznaczne i szczegółowe podanie cech fizycznych strzykawki w odniesieniu do parametrów, które są dla Zamawiającego istotne i stanowiących wymagania do poszczególnych parametrów. W żadnym punkcie opisu przedmiotu zamówienia nie wskazywał Zamawiający na uprawnienie zmiany jakiegokolwiek parametru fizycznego strzykawki z uwagi na gotowość jej użycia. Dokonywana interpretacja przez uczestnika postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, ma jedynie odwrócić uwagę od istoty problemu tj. oceny zgodności w zakresie jednego z parametrów fizycznych, jednoznacznie i precyzyjnie określonego przez Zamawiającego tj. całkowitej pojemności cylindra maksymalnie 14ml. Pojemność ta oceniana jest niezależnie od innych parametrów tej strzykawki, w tym od wymagania odnoszącego się do gotowości użycia strzykawki przez personel medyczny.



Izba podkreśla ponownie, że „całkowita pojemność cylindra” to nie pojemność wyznaczona pozycją tłoka w pozycji „maksymalnego ogranicznika tłoka”, lecz pojemność całego cylindra – „korpusu strzykawki”. Zamawiający określając parametr całkowitej pojemności cylindra nie podał żadnej metody pomiaru tej pojemności, która powodowałaby jakiegokolwiek inne zdefiniowanie pojemności całkowitej od tej jaka wynika z wykładni językowej. Uczestnik stara się w swoim stanowisku narzucić metodę pomiaru pojemności bez jej demontażu, co oznacza w ocenie Izby, że wprowadza kryteria, które nie były znane na etapie składania ofert w postępowaniu, nie wynika z opisu przedmiotu zamówienia. W zasadzie uczestnik postępowania odwoławczego zmierza w swoim stanowisku do dokonania oceny strzykawki w ramach cech fizycznych tej strzykawki, które zostały określone przez Zamawiającego w inny sposób niż podaje uczestnik.

Izba podkreśla, że Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania tym samym uznał przedstawioną argumentację przez Odwołującego za zasadną oraz swoje stanowisko podtrzymał w trakcie rozprawy. Tym samym Zamawiający w żaden sposób nie identyfikował się z dokonywaną przez uczestnika postępowania odwoławczego wykładnią zmierzającą w zasadzie do zmiany opisu przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert.

Izba nie podziela również argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego jakoby to Odwołujący „wymyślił” sobie metodę badawczą niezgodną w wszelkimi standardami ani instrukcją stosowania i użycia produktu (załącznik nr 11 do pisma), przy czym Izba podkreśla, że to uczestnik postępowania odwoławczego podnosząc argumentację przyjął metodę pomiaru pojemności wyznaczoną pozycją tłoka w pozycji „maksymalnego ogranicznika tłoka” zgodnie z normą, której nie określił i nie wymagał Zamawiający w odniesieniu do pojemności całkowitej cylindra. Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ przez wprowadzenie regulacji dotyczących pomiaru pojemności cylindra z odniesieniem do normy PN-EN ISO 7886-1, a uczestnik postępowania odwoławczego nie wykazał, że taka norma została wprowadzona do postępowania w zakresie wymagania całkowitej pojemności cylindra.

Przedstawione przez Odwołującego Świadcstwo wzorcowania z dnia 5 grudnia 2019 roku podaje *wartość prawdziwa pojemności* ( $V_{pr}$ ) 14, 745 ml – wartość pojemności cylindra strzykawki PosiFlush nr 306585. W ocenie Izby bezzasadny jest argument uczestnika postępowania odwoławczego odnoszący się do kwestionowania podanego rodzaju wzorcowania „na wlew”, bowiem po pierwsze, nie był w stanie uczestnik wyjaśnić na czym faktycznie taki rodzaj wzorcowania polega, a co za tym idzie jakie może posiadać wady, poza intuicyjnym odczuciem, które nie jest w ocenie Izby wystarczające do skutecznego zakwestionowania wyników pomiarów;

Po drugie, nie wskazał jaki rodzaj wzorcowania wynika z podnoszonej przez niego normy;  
Po trzecie – w zasadzie najistotniejsze z punktu widzenia oceny całego zarzutu odwołania – pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego, do protokołu wskazała, że *badanie, które przedstawił Odwołujący, zawiera wynik badania w ml wartości prawdziwej pojemności bez tłoka. Wyjaśnia, że pojemność strzykawki po jej rozłączeniu, tj. wyciągnięciu tłoka z cylindra będzie wg pomiarów samego Przystępującego tą wartością, jaka jest wskazana w świadectwo.* Jednoznacznie zatem wynika ze stanowiska samego uczestnika postępowania odwoławczego, że pojemność całkowita cylindra przekracza maksymalne 14 ml, które określił Zamawiający. Powyższe również pozwala na uznanie za zupełnie niezasadną argumentację odnoszącą się do wskazania ww. świadectwie naczynia pomiarowego – strzykawki Posiflush, na które powoływał się uczestnik postępowania odwoławczego. Wszystko powyższe potwierdza, że pomiarowi został poddany cały cylinder strzykawki.

Izba zaznacza, że wymagana przez Zamawiającego *całkowita pojemność cylindra* to parametr, który nie został zakreślony normą PN-EN ISO 7886-1 i w normie tej nie ma odniesienia do takiej wartości, co wynika z dokumentów przedstawionych w załączniku nr 4 do pisma uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowodu nr 2 złożonego przez Odwołującego. Norma, która Izba podkreśla ponownie, nie została wskazana przez Zamawiającego w odniesieniu do wymaganego parametru całkowitej pojemności cylindra odnosi się do innych pojemności niż całkowita. Norma wskazuje na pojemność nominalną, pojemność wyskalowaną, całkowitą pojemność wyskalowaną oraz maksymalną pojemność użytkową. Istotnym jest również, że uczestnik postępowania odwoławczego nie kwestionował stanowiska Odwołującego, że norma nie odnosi się do żadnej innej pojemności niż te wymienione powyżej. Tym samym norma, do której odwoływał się w swej argumentacji uczestnik postępowania odwoławczego, w ogóle nie odnosi się do całkowitej pojemności cylindra, co oznacza, że w zakresie tego parametru technicznego nie ma odniesienia.

W ocenie Izby (dowód nr 3) złożona przez Odwołującego Deklaracja zgodności wystawiona przez producenta strzykawki PosiFlush (NaCl 0,9%) 306585, tj. przez firmę Becton Dickinson potwierdza również, że argumentacja jaką podnosi uczestnik jest jedynie argumentacją poczynioną na potrzeby tego postępowania odwoławczego, bowiem powoływanie się przez uczestnika postępowania odwoławczego na normę PN-EN ISO 7886-1 nie znajduje odzwierciedlenia ww. deklaracji. Takie działanie uczestnika postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, potwierdza zasadność argumentacji Odwołującego.

W zakresie dowodów przedstawionych w załączniku nr 6 do pisma uczestnika postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że umowy jakie tam zostały przedstawione potwierdzają jedynie fakt zawarcia tych umów pomiędzy zamawiającym a danymi wykonawcami i jedynie tyle dowodzą. Fakt dokonywania konkretnej oceny w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, danego oferowanego przedmiotu – produktu (tożsamego z tym oferowanym teraz), nawet w obliczu tożsamyh postanowień SIWZ, pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla dokonanej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia oceny zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślić należy z pełną stanowczością, że nie istnieje żaden przepis, jakakolwiek regulacja prawna czy faktyczna, która nakazywałaby dokonywanie przez Zamawiającego czynności oceny ofert w sposób jaki dokonywał tego w innych postępowaniach odnoszących się do tego samego przedmiotu zamówienia.

Izba rozpoznaje zarzuty odwołania w danym postępowaniu odwoławczym w oparciu o argumentację i dowody przedstawione i złożone w danej sprawie odwoławczej. Odnoszenie się do innych orzeczeń, jakie zapadły w innych sprawach, nawet jeżeli strony postępowania w części były tożsame, pozostaje bez wpływu na ocenę materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Fakt wydania w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego orzeczenia nie rodzi przez ten fakt żadnego skutku dla innych spraw odwoławczych prowadzonych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy za podstawę orzeczenia bierze stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, opiera się na zgromadzonym materiale dowodowym oraz argumentacji stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono 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 – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 i 3 ustawy) określonych w ustawie

zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkie zasady te obowiązują.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy przez dokonanie wyboru w zakresie pakietu nr 2 oferty, która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów - Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ 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. 3 pkt 1 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....