

Sygn. akt: KIO 3056/22

WYROK
z dnia 2 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **MEDILAB Firma Wytwórczo – Usługowa sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **3M Poland sp. z o.o. 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 Odwołującego - **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**, kwotę 4 828 złotych 11 gr (słownie: cztery tysiące osiemset dwadzieścia osiem złotych, jedenaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych, opakowań i dzierżawa autoczytników do sterylizacji dla SPWSZ w Szczecinie” znak postępowania: EP/220/45/2022 w zakresie zadania nr 10 „Testy do pary oraz nadtlenu wodoru wraz z dzierżawą autoczytników” (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 120-338290.

3M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty 3M w zadaniu nr 10, mimo iż jest ofertą zgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego w SWZ co wynika ze złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5) w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu wezwania do wyjaśnień 3M w zakresie treści złożonej oferty tj. parametrów oferowanego autoczytnika i przedwczesne uznanie oferty za niezgodną z warunkami zamówienia podczas gdy ze złożonych przedmiotowych środków dowodowych wprost wynika, że zaoferowany autoczytnik spełnia wymagania postawione w OPZ w zakresie zadania nr 10 - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp;
- 3) wyborze oferty wykonawcy Medilab jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta 3M jest zgodna z warunkami zamówienia oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w z związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z 16 pkt 1) ustawy Pzp.

W oparciu o wskazane wyżej zarzuty oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty 3M;
- 3) ponownego badania i oceny ofert, w tym ewentualnego wezwania 3M do wyjaśnień lub uzupełniania oferty;
- 4) wyboru oferty 3M jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzanie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego, zawartych w treści niniejszego Odwołania, w celu wykazania okoliczności wskazanych w treści niniejszego odwołania oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący podał, iż w dniu 24 czerwca 2022 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa materiałów eksploatacyjnych, opakowań i dzierżawa autoczytników do sterylizacji dla SPWSZ w Szczecinie”* znak sprawy EP/220/45/202, którego przedmiotem jest dostawa materiałów eksploatacyjnych, opakowań i dzierżawa autoczytników do sterylizacji dla SPWSZ w Szczecinie.

Zamówienie podzielone zostało na 15 części nazwanych przez Zamawiającego zadaniami, zaś w pkt 3.2 SWZ Zamawiający wskazał, że:

„Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SWZ.”

2. W zakresie części 10 (zwanej dalej „zadaniem nr 10” lub „zadaniem 10”), Zamawiający wymagał zaoferowania *Testów do pary oraz nadtlenu wodoru wraz z dzierżawą autoczytników*. W poz. 3 wskazanego zadania, w zawartym w OPZ (zał. nr 1 do SWZ, str. 9) opisie przedmiotu dostawy, Zamawiający wyspecyfikował następujące wymagania dla autoczytnika, który ma być przedmiotem dzierżawy w tym zadaniu:

„Dzierżawa autoczytnika do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 min. Kompatybilny z wskaźnikami przeznaczonymi do pary wodnej i sterylizacji niskotemperaturowej H2O2. Utrzymanie stałej temp. w zakresie 37° C- 60° C. Minimum 8 miejsc do umieszczania wskaźników. Kolorowy wyświetlacz o przekątnej min.5” prezentujący graficznie pozostały czas do dokonania odczytu. Graficzna prezentacja wyniku testu na wyświetlaczu oraz diody umieszczone na obudowie lub na spodzie obudowy pozwalające na szybkie sprawdzenie wyniku bez konieczności podchodzenia przez personel do urządzenia. Wbudowana drukarka. Wbudowany port USB pozwalający na podłączenie komputera PC lub

skanera kodów kreskowych. Możliwość zapamiętania danych z wykonanych testów na karcie pamięci.”

3. W toku prowadzonego Postępowania, do Zamawiającego wpłynęły pytania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym także dotyczące zadania nr 10. W ramach udzielonych wyjaśnień treści SWZ (dokument pn.: „D2_-_wyjasnienie_i_zmiana_tresci_SWZ_20-07-2022_13.02.27”) w zakresie zadania nr 10 poz. W wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, w tym w szczególności dopuścił zaoferowanie w ramach dzierżawy autoczytnika posiadającego parametry wskazane w treści zadanego pytania.

I. Bezpodstawne odrzucenie oferty 3M – Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

4. W ramach zadania 10 w poz. 3 Odwołujący zaoferował urządzenie 490 3M™ Attest™ producenta 3M. Choć zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania (zmodyfikowane przywołaną wcześniej odpowiedzią na pytania z dnia 20 lipca 2022 r.), Zamawiający w dniu 8 listopada, wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, opublikował informację o dorzuceniu Oferty 3M w zadaniu nr 10.

5. W uzasadnieniu odrzucenia oferty 3M Zamawiający wskazał na rzekomą niezgodność oferty 3M z SWZ z uwagi na rzekome niespełnienie następujących wymagań: szybki odczyt w czasie do 24 min; utrzymanie stałej temp. w zakresie 37° C- 60° C oraz wbudowana drukarka.

6. Wskazane przez Zamawiającego przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty 3M jako niezgodnej z warunkami zamówienia nie mają poparcia w złożonych przez 3M wraz z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych. Odwołujący złożył kartę katalogową oferowanego autoczytnika, która potwierdza, iż posiada on wymagane parametry określone w SWZ.

7. Analiza dokumentacji oraz treści oferty 3M nie potwierdza niezgodności z warunkami zamówienia, jakie w uzasadnieniu odrzucenia opisał Zamawiający. Wbrew argumentom Zamawiającego, załączony do oferty przedmiotowy środek dowodowy dotyczący oferowanego autoczytnika w postaci karty katalogowej (dokument pn. *Karta katalogowa pakiet 10 poz 3 3M do postępowania nr EP_220_45_2022-sig*), czytany łącznie z treścią złożonej oferty, potwierdza wymagane informacje dotyczące parametrów urządzenia.

8. Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty 3M Zamawiający podniósł m.in. zarzut, że zaoferowany został czytnik „(...) gdzie ostateczny wynik inkubacji następuje po 24 min., a zatem w czasie dłuższym, aniżeli wymagany przez Zamawiającego” co w ocenie Zamawiającego nie spełnia parametru odczytu w czasie do 24 min. Zestawiając obydwie powyższe parametry, oczywistym jest wniosek, że odczytu do 24 minut to także odczyt wyniku po 24 minutach, czyli w 24 minucie. Literalne brzmienie obydwu tych opisów

dowodzi, że nie ma między nimi jakiegokolwiek niezgodności. Zasady logiki, doświadczenia oparte o codzienną eksploatację autoczytnika prowadzą także do oczywistego wniosku, że po umieszczeniu wskaźnika w dowolnej komorze odczytu pojawia się automatycznie czas do końca trwania inkubacji tj. 24 minuty, który odlicza malejąco upływ czasu inkubacji a następnie, po zadanim czasie 24 minut wyświetla się ostateczny wynik. Należy tutaj podkreślić zatem istotny fakt, iż zaoferowany autoczytnik posiada automatyczny czas odczytu maksymalnie 24 minuty. Nie sposób zatem zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, że odczyt następuje w ciągu czasu dłuższego niż 24 min. Dodatkowym, istotnym argumentem w tym zakresie jest fakt, że autoczytnik musi być kompatybilny i zgodny z oferowanymi w poz. 1 i 2 wskaźnikami, dla których wskazano w OPZ następujące wymaganie: „Odczyt testu przy wykorzystaniu autoczytnika oferowanego w poz.3, w czasie nie dłuższym niż 24 min, (..)”

9. Obok powyższego Zamawiający wskazał także, że zaoferowany przez 3M autoczytnik nie spełnia wymagania obejmującego utrzymanie stałej temp. w zakresie 37° C- 60° C. Nie można zgodzić się z tym twierdzeniem, ponieważ na pierwszej stronie karty katalogowej oferowanego autoczytnika jest wprost wskazana informacja o jego przeznaczeniu i utrzymaniu temperatury tj.:

Przeznaczenie

Autoczytnik 3M™ Attest™ Auto-reader 490 jest przeznaczony do inkubowania i automatycznego odczytywania wskaźników biologicznych szybkiego odczytu do sterylizacji parą wodną 3M Attest™ 1492V i 1496V oraz nadtlenu wodoru 3M Attest™ 1295 w temperaturze 60°C dla uzyskania ostatecznego wyniku inkubacji po 24 minutach. Inne wskaźniki biologiczne nie są kompatybilne z tym urządzeniem i nie mogą być z nim stosowane.

Natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty 3M, Zamawiający błędnie przywołał informacje zawarte w sekcji odnoszącej się do monitorowania temperatury, czyli dodatkowego parametru jakie posiada oferowane urządzenie.

Należy więc uznać, że autoczytnik oferowany przez 3M spełnia w przedmiotowym zakresie wymagania postawione przez Zamawiającego, ergo nie można uznać go za niezgodny.

10. Trzeci parametr podniesiony w uzasadnieniu odrzucenia oferty 3M odnosi się do wbudowanej drukarki oraz zapamiętania danych z wykonanych testów na karcie pamięci. W tym zakresie należy przypomnieć, że integralną częścią SWZ są jego wyjaśnienia opublikowane przez Zamawiającego. Odpowiadając na pytania wykonawców, Zamawiający w dniu 20 lipca 2022 r. dokonał modyfikacji SWZ, dopuszczając zaoferowanie urządzenia bez wbudowanej drukarki tj.:

„Pak 10 poz. 3

Prosimy zamawiającego o dopuszczenie autoczytnika z najnowszym oprogramowaniem z temperaturą dla inkubacji wymaganych wskaźników do pary wodnej i H2O2 tj 55- 60° C, (zakres 37° C jest nieprawidłowy dla wymaganych wskaźników do pary wodnej i H2O2) z

wyświetlaczem LCD, prezentujący w sposób czytelny dla użytkownika tj. w minutach czas pozostały do końca inkubacji, z wbudowanym sygnałem dźwiękowym pozwalającym na szybką weryfikację negatywnego wyniku bez konieczności podchodzenia przez personel do urządzenia. Z portem umożliwiającym bezpośrednie podłączenie do sieci zamawiającego co daje dużo lepszą możliwość niż wymagana tj podłączenie systemowe do komputera zamawiającego umożliwiające rejestrowanie wyników w postaci elektronicznej zamiast drukowanej, podłączenie systemowe do skanera i drukarki.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza zaoferowanie powyższego rozwiązania pod warunkiem zachowania pozostałych warunków technicznych urządzenia opisanych w zadaniu nr 10 pk.3”.

Czytając zatem łącznie wymagania postawione przez Zamawiającego i zmodyfikowane w ramach udzielonych wyjaśnień, także w aspekcie tego parametru nie jest zasadna decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty 3M. Wskazać w tym zakresie należy, że referując do powyższej odpowiedzi na pytanie Odwołujący zaoferował następujące urządzenie 3M™ 490 Attest™ -Auto-Reader Autoczytnik z następującym rozwiązaniem:

W razie potrzeby, czytnik 3M™ Attest™ Auto-reader 490 można podłączyć do komputera PC poprzez połączenie internetowe lub za pomocą kabla będącego w zestawie, dzięki czemu użytkownik zyskuje nowe możliwości:

- Zdalny przegląd stanu wskaźników biologicznych w czytniku 3M™ Attest™ Auto-reader 490 poprzez komputer PC lub urządzenie mobilne. Dla pełnej funkcjonalności należy używać przeglądarki kompatybilnej z HTML5 oraz z włączonym JavaScript.
- Zdalny przegląd i konfiguracja ustawień czytnika 3M™ Attest™ Auto-reader 490.
- Wyświetlenie ostatnich 100 wyników wskaźników biologicznych.
- Wydruk dokumentacji przy pomocy drukarki lokalnej lub sieciowej i / lub zapis dokumentacji w formacie elektronicznym. *

Zatem oferowane rozwiązanie odpowiada zmodyfikowanej przez Zamawiającego treści SWZ. Wskazać przy tym trzeba, że dopuszczone w toku odpowiedzi na pytania rozwiązanie w zakresie podłączenia systemowego w pełni koresponduje z pierwotnym celem parametrów, tj. umożliwia zapis i wydruk wyników.

11. Bezspornym jest, że treść wyjaśnień Specyfikacji Warunków Zamówienia staje się jej integralną częścią, a tak jak i wykonawcy, tak samo Zamawiający jest związany ich treścią w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak realizacji tego obowiązku doprowadziłby do zakłócenia naczelných zasad prowadzenia postępowania.

Powyższe znajduje także potwierdzenie stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej w m.in. w wyroku z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3809/21, zgodnie z którym:

„Wyjaśnienia treści SWZ w zakresie, w jakim stanowią doprecyzowanie tej treści, są wiążące dla wykonawców, którzy powinni wyjaśnienia uwzględnić składając ofertę.”

12. Jeśli Zamawiający w toku badania ofert w ramach zadania nr 10, miał wątpliwości co do treści oferty lub przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez 3M, powinien był wystosować wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, lub ewentualnie wezwać 3M do ewentualnego uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przewidzianego w treści SWZ.

13. Jeśli nawet chcieć przyjąć, że w zakresie powyżej opisanych parametrów mogły pojawić się jakiegokolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, to w świetle regulacji Prawa zamówień publicznych, przed podjęciem tak ważącej decyzję, jaka jest odrzucenie oferty, jego obowiązkiem jest wyjaśnienie wszystkich wątpliwości dotyczących oferty. Taki pogląd wielokrotnie był artykułowany i potwierdzony w rozstrzygnięciach Krajowej Izby Odwoławczej, która na gruncie przepisu art. 226 ustawy Pzp wskazywała, że odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami musi być jednoznaczne i poprzedzone starannymi działaniami Zamawiającego, aby uniknąć przedwczesnego odrzucenia oferty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 965/22.
14. Na marginesie, gdyby nawet założyć, że decyzja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty 3M mogła być jakkolwiek podyktowana interpretacją SWZ, niespójną z udzielonymi wyjaśnieniami, pozostawiającymi niejasność w tym zakresie, to nie może być tak, że to na Wykonawcę zostanie przerzucony ciężar braku precyzji w warunkach przygotowanych przez gospodarza zamówienia i autora dokumentacji. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2022 r. sygn. akt KIO 999/22.
15. Zgodnie z treścią art. 223 Ustawy, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składnych dokumentów lub oświadczeń*. Jednakże praktyka oraz stanowisko doktryny jasno wskazują na obowiązek ciążący na Zamawiającym w zakresie przeprowadzenia postępowania w sposób rzetelny. Tak więc nie jest dopuszczalna sytuacja odrzucenia oferty w okoliczności wątpliwości po stronie Zamawiającego i pominięcia ich wyjaśnienia. Taki pogląd wyrazili komentatorzy aktualnych przepisów m.in. w komentarzu wydanym pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych, tj.:
- „Regulacja art. 223 ust. 1 Pzp została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.”* (1. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. UZP. Warszawa 2021)
16. W stanowisku orzeczniczym Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert powinno być oparte o jednoznaczne potwierdzenie ziszczenia się przesłanek normy art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zanim Zamawiający zdecyduje o zastosowaniu sankcji w postaci odrzucenia oferty. Także zachowanie zasady uczciwej konkurencji, materializuje się w rzetelnym skrupulatnym badaniu ofert i wyjaśnieniu wszelkich okoliczności mających

determinujących decyzje Zamawiającego. Odwołujący przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r. sygn. akt KIO 543/22.

17. Nie kwestionując, że odrzucenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego, należy wskazać, że jego realizacja jest ściśle skorelowana z obowiązkiem dochowania staranności w toku badania i oceny ofert oraz wyjaśnienia wątpliwości, przed podjęciem tak daleko idącej sankcji. Na gruncie omawianego stanu faktycznego oczywistym jest, że w tym zakresie Zamawiający uchybił ciężącemu na nim obowiązkowi, zaniechał wezwania do wyjaśnień, względnie uzupełnienia oferty, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnej i przedwczesnej decyzji o odrzuceniu oferty 3M.

II. Naruszenie zasady wyboru oferty najkorzystniejszej – Odwołujący przedstawił następującą argumentację

18. Kryteria oceny ofert ustalone przez Zamawiającego i zawarte na str. 21 SWZ są następujące:

1) *Cena (C)* - 60 %

2) *Termin dostawy (dalej – „termin dostawy”)* (TD)* - 20 %

3) *Termin rozpatrzenia reklamacji wad jakościowych (dalej – „termin rozpatrzenia reklamacji”) (TRR)*

Zarówno 3M jak i Medilab, jedyni wykonawcy, którzy złożyli oferty w ramach zadania nr 10, zaoferowali te same parametry w ramach wskazanych wyżej kryteriów nr 2) i 3) tj. termin dostawy w liczbie 3 dni oraz termin rozpatrzenia reklamacji wad jakościowych w liczbie 7 dni roboczych. Jedyna różnica w ww. ofertach obejmowała cenę, a w tym kryterium cena zaoferowana przez 3M (166 384,56 zł brutto) jest korzystniejsza od ceny oferty Medilab (227 272,02 zł brutto).

19. Zamawiający uchybił wymaganiom nałożonym przepisami w toku prowadzonego Postępowania, przez swoje wadliwe czynności w ramach badania oceny ofert z zadaniu nr 10, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty najkorzystniejszej w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, natomiast dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Takie działania i zaniechania Zamawiającego nie są zgodne z normami Prawa zamówień publicznych, przede wszystkim godzą w zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

20. W przepisie art. 239 ustawy Pzp ustawodawca usankcjonował zasadę wyboru wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ustalone przez Zamawiającego dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyartykułowane w dokumentach zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, że te kryteria są wiążące dla Zamawiającego. Dodatkowo, nie bez znaczenia jest fakt, że oferta 3M, w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych przez Zamawianego w przedmiotowym Postępowaniu, jest ofertą

najkorzystniejszą, w tym jest ofertą korzystniejszą cenowo w stosunku do oferty Medilab. Taka okoliczność, w świetle niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, powoduje, że doszło do naruszenia zasady nakazującej Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 923/22.

21. W związku ze wskazanymi wyżej wadliwymi czynnościami i uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szczególną szkodę z uwagi na fakt, że jego oferta jest ofertą w pełni prawidłowa (w tym w szczególności w pełni zgodna z postawionymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia), a nadto – jest jedyną ofertą konkurencyjną w stosunku do oferty Medilab, tak więc w przypadku postępowania Zamawiającego zgodnego z ustawą Pzp – to oferta 3M zostałaaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza w zakresie zadania nr 10 w Postępowaniu.
22. Konkludując powyższe, ocena działań i zaniechań Zamawiającego w ramach przedmiotowego Postępowania, prowadzi do oczywistego wniosku, że doszło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a więc do wyboru z naruszeniem norm przepisanych Prawem zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów z dokumentów Postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie oraz o zasądzenie kosztów od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca MEDILAB Firma wytwórczo – Usługowa sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej Przystępujący lub MEDILAB). Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W związku ze złożeniem przez Zamawiającego, w treści odpowiedzi na odwołanie, oświadczenia, iż „Zamawiający, po zapoznaniu się z argumentacją podniesioną w uzasadnieniu odwołania, dokonał ponownej oceny zaoferowanego autoczytnika, potwierdzając, że w istocie spełnia on wymagania Zamawiającego, odnoszące się do utrzymania stałej temperatury oraz zaoferowania wbudowanej drukarki.” i zaakceptowaniu takiego stanowiska przez Przystępującego (brak sprzeciwu i argumentacji w tym zakresie na rozprawie), Izba uznała, że w zakresie dwóch okoliczności faktycznych leżących u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego tj. aspektu utrzymania stałej temperatury oraz wbudowanej drukarki nie ma sporu pomiędzy stronami. I chociażby, w związku z powyższym należało przyznać rację Odwołującemu, to fakt ten nie ma wpływu na wynik postępowania. Tak więc, rozpoznaniu podlegają zarzuty w zakresie związanym z trzecią okolicznością faktyczną leżącą u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego tj. co do zaoferowania autoczytnika do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 minut.

Izba ustaliła i zważyła, że:

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- Art. 16 pkt 2 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych zarzutów, które wpływały z czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia czynności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia muszą korespondować z brzmieniem SWZ ustalonym na moment składania ofert. To brzmienie jest obecnie niezmiennie. Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 3 SWZ opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SWZ. Zadanie 10, którego wynik jest przedmiotem odwołania obejmowało „Testy do pary oraz nadtlenu wodoru wraz z dzierżawą autoczytników”. Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale 8 SWZ zawarł następujące informacje o przedmiotowych środkach dowodowych:

„8.1. Zamawiający wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- kart katalogowych lub folderów lub ulotek informacyjnych lub kart technicznych opisujących oferowany asortyment.

8.2. Wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą.

8.3. W przypadku niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia niekompletnych lub wadliwych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający jednokrotnie wezwie Wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

8.4. W przypadku niezłożenia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia niekompletnych lub błędnych przedmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w pkt 8.3. powyżej oferta Wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu.”

Dalej Izba ustaliła, że opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 10 zawarty w załączniku nr 1 do SWZ miał następujące brzmienie:

Zadanie nr 10. Testy do pary oraz nadtlenu wodoru wraz z dzierżawą autoczytników
33.14.10.00-0

Lp. Opis przedmiotu dostawy

1. Wskaźnik biologiczny przeznaczony do sterylizacji w nasyconej parze wodnej w temp.121 °C oraz 134° C, potwierdzony Certyfikatem zgodności z ISO 11138-1 oraz ISO 11138-3 lub normami równoważnymi. Odczyt testu przy wykorzystaniu autoczytnika oferowanego w poz.3 w czasie nie dłuższym niż 24 min, z możliwością dokonania ponownego odczytu potwierdzającego w 24h. Zgodność wskaźnika znajdującego się w zestawie potwierdzona certyfikatem niezależnej jednostki

notyfikowanej z autoczytnikiem.

2. Wskaźnik przeznaczony do sterylizacji w H₂O₂ w temp. 50°C - 55° C Potwierdzona certyfikatem zgodność z ISO 11138-1 lub normą równoważną.
Odczyt testu przy wykorzystaniu autoczytnika oferowanego w poz.3, w czasie nie dłuższym niż 24 min, z możliwością dokonania ponownego odczytu potwierdzającego w 24 godz. Zgodność wskaźnika znajdującego się w zestawie potwierdzona certyfikatem niezależnej jednostki notyfikowanej z autoczytnikiem.
3. Dzierżawa autoczytnika do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 min. Kompatybilny z wskaźnikami przeznaczonymi do pary wodnej i sterylizacji niskotemperaturowej H₂O₂. Utrzymanie stałej temp. w zakresie 37° C- 60° C. Minimum 8 miejsc do umieszczania wskaźników. Kolorowy wyświetlacz o przekątnej min.5" prezentujący graficznie pozostały czas do dokonania odczytu. Graficzna prezentacja wyniku testu na wyświetlaczu oraz diody umieszczone na obudowie lub na spodzie obudowy pozwalające na szybkie sprawdzenie wyniku bez konieczności podchodzenia przez personel do urządzenia. Wbudowana drukarka. Wbudowany port USB pozwalający na podłączenie komputera PC lub skanera kodów kreskowych. Możliwość zapamiętania danych z wykonanych testów na karcie pamięci.

Izba ustaliła również, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu dzierżawę autoczytnika - 490 3M™ Attest™ autoczytnik do inkubacji testów biologicznych do pary i H₂O₂, oraz dostawę wskaźników: 3M™ Attest™ Super Rapid, 1492V oraz 3M™ Attest™ Super Rapid, 1295. Do oferty Odwołujący załączył karty katalogowe dla oferowanych produktów. W karcie katalogowej autoczytnika wskazano: „Autoczytnik 3M™ Attest™ Auto-reader 490 jest przeznaczony do inkubowania i automatycznego odczytywania wskaźników biologicznych szybkiego odczytu do sterylizacji parą wodną 3M Attest™ 1492V i 1496V oraz nadtlenu wodoru 3M Attest™ 1295 w temperaturze 60°C dla uzyskania ostatecznego wyniku inkubacji po 24 minutach. Inne wskaźniki biologiczne nie są kompatybilne z tym urządzeniem i nie mogą być z nim stosowane.” Dalej w karcie katalogowej zawarto informację „(...) Ostateczny ujemny wynik fluorescencji (-) dla poddanego obróbce wskaźnika biologicznego szybkiego odczytu 3M™ Attest™ po 24 minutach sygnalizuje akceptowalny proces sterylizacji.(...)”

Zamawiający w dniu 8 listopada 2022 r. poinformował o wyborze jako oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 10 oferty wykonawcy Medilab Firma Wytwórczo – Usługowa Sp. z o.o. , Ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego cyt. „Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, oferty nr 8 (2226/EP/220/45/2022) Wykonawcy 3M Poland Sp. z o.o., Al. Katowicka 117 Kajetany, 05-830 Nadarzyn w zakresie zadania nr 10.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ oraz Załącznikiem 2A do Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał zaoferowania dla zadania nr 10 do poz. nr 3:

- przedmiot dzierżawy- autoczytnik do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu.

Zamawiający wymagał autoczytnika do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 min.

Wykonawca zaoferował autoczytnik, gdzie ostateczny wynik inkubacji następuje po 24 min., a zatem w czasie dłuższym, aniżeli wymagany przez Zamawiającego.

- Zamawiający wymagał utrzymania stałej temp. w zakresie 37° C- 60° C.

Dopuszczono urządzenie z temperaturą dla inkubacji wymaganych wskaźników do pary wodnej i H₂O₂ tj. 55- 60° C

Wykonawca zaoferował urządzenie z temperaturą w zakresie 60 st. C +/- 2 st. C, a zatem – przy takich przedziałach – również w temperaturą 62 st. C czyli temperaturą wyższą, aniżeli dopuszczoną przez Zamawiającego.

- Zamawiający wymagał autoczytnika z wbudowaną drukarką.

Wykonawca zaoferował urządzenie bez drukarki, co pozostaje niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wymagał autoczytnika z możliwością zapamiętania danych z wykonanych testów na karcie pamięci.

Wykonawca zaoferował urządzenie bez możliwości zapamiętania danych z wykonanych testów na karcie pamięci, co pozostaje niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

W świetle powyższego ww. Wykonawca zaoferował produkty, które są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Powyższe skutkuje niezgodnością oferty Wykonawcy 3M Poland Sp. z o.o. z treścią warunków zamówienia, a w konsekwencji powoduje ziszczenie się określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty.”

W ocenie Izby, postępowanie odwoławcze potwierdziło zasadność czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Z literalnego brzmienia SWZ wynika, że przedmiotem dzierżawy jest autoczytnik do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 minut (...). Użyte przez Zamawiającego sformułowanie „w czasie do 24 minut”, skutkuje wymaganiami, aby odczyt wyniku był możliwy najpóźniej w ostatniej sekundzie 24 minuty od momentu rozpoczęcia wykonywania testu. W ocenie Izby dokumenty przedłożone przez Odwołującego (karta katalogowa, instrukcja obsługi oferowanego autoczytnika) są w tym zakresie spójne. W instrukcji obsługi zawarto następującą informację „Ostateczny negatywny wynik fluorescencji (-) po przetworzeniu wskaźnika biologicznego 3M™ Attest™ po 24 minutach inkubacji oznacza akceptowalny proces sterylizacji.”, w karcie katalogowej wskazano natomiast, że „Autoczytnik 3M™ Attest™ Auto-reader 490 jest przeznaczony do inkubowania i

automatycznego odczytywania wskaźników biologicznych szybkiego odczytu do sterylizacji parą wodną 3M Attest™ 1492V i 1496V oraz nadtlenu wodoru 3M Attest™ 1295 w temperaturze 60°C dla uzyskania ostatecznego wyniku inkubacji po 24 minutach.” Okoliczność wykonywania testu w ciągu pełnych 24 minut, potwierdza również informacja przekazana przez Odwołującego w toku rozprawy, że „oferowane urządzenie odlicza czas niezbędny do inkubacji od 24 minut w dół, więc nie ma możliwości, aby inkubacja trwała dłużej. Nie ma również możliwości zmiany czasu trwania inkubacji, więc czas inkubacji nigdy nie będzie dłuższy niż 24 minuty.” Wobec powyższego Izba doszła do wniosku, że w przywołanych powyżej dokumentach nie ma nieścisłości, a autoczytnik wykonuje inkubację w czasie pełnych 24 minut i dopiero po upływie 24 minut, kończy się proces inkubacji i istnieje możliwość odczytania wyniku., wbrew temu co zostało stwierdzone w złożonym przez Odwołującego oświadczeniu przedstawiciela jednej z jednostek firmy 3M. Tym samym, oferowany autoczytnik nie jest autoczytnikiem do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 min. (...) - nie ma możliwości zakończenia procesu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w czasie do 24 minut tj. do upływu ostatniej sekundy 24 minuty, gdyż kończy się on po upływie tej właśnie sekundy. W związku z tym Izba uznała, że w tym aspekcie oferta Odwołującego jest niezgodna z postanowieniem SWZ „opis przedmiotu dostawy – dzierżawa autoczytnika do wskaźników biologicznych szybkiego odczytu w czasie do 24 min. (...)” i jako taka podlega odrzuceniu.

Dostrzeżenia przy tym wymagało, że Izba na tym etapie postępowania, ocenia zgodność oferty z ustaloną treścią SWZ, wykonawca nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia na etapie przed składaniem ofert, tak więc jest ona wiążąca dla wszystkich stron postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w niniejszej sprawie nie ocenia racjonalności postanowień SWZ ani ich wpływu na konkurencję, lecz ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień oferty. Co do zasady słuszne było stanowisko Odwołującego, że Zamawiający mając wątpliwości do treści oferty wręcz jest zobligowany do wystosowania takich wyjaśnień, lecz taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Zamawiający na podstawie przedłożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych powziął informację, że złożona oferta nie odpowiada warunkom zamówienia, nie miał w tym zakresie wątpliwości, wobec tego brak było przesłanek do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Wobec ustaleń Izby, przedstawionych powyżej, oddaleniu podlegał, jak wyników, również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Ocenie ofert w oparciu o kryteria przewidziane przez Zamawiającego podlegają wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu, a contrario oferta Odwołującego jako

podlegająca odrzuceniu nie podlegała ocenie i nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) 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).

Przewodnicząca: