

WYROK
z dnia 26 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 roku przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale:

wykonawcy **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „Anmar” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tychach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez odwołującego **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Łodzi** na rzecz zamawiającego **Górnośląskiego Centrum Medycznego im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na realizację zadania pn.: *Dostawa jednorazowego sprzętu medycznego i kardiochirurgicznego*. Zamówienie jest podzielone na części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 152-370537.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp”).

Wykonawca SKAMEX Sp. z o.o. Sp. j. z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł w dniu 22 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania nr 7.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 7,
2. art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Anmar Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie zadania nr 7.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty P.H.U. Anmar Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie zadania nr 7;
3. dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zamawiający dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SIWZ dla pakietu/zadania nr 7 dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy Pzp, zawarte odpowiednio w art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 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 i również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wyboru oferty P.H.U. Anmar Sp. z o.o. Sp. k. w pakiecie/zadaniu nr 7 odwołujący wskazał, że w dniu 20.11.2020 r. zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy. Odwołujący przytoczył w odwołaniu treść odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Anmar Sp. z o.o. Sp. k.:

„oferta Wykonawcy PHU Anmar Sp. z o.o. Sp.k. (...) zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Uzasadnienie:

Zamawiający w zadaniu nr 7

- poz. 2 wymagał „Strzykawki j.uż. poj. 2 ml dwuczęściowa , centryczny stożek Luer , czytelna niezmaływalna oznaczona co 1ml lub 0,1 ml skala, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawki zaznaczona działka elementarna co 0,1 ml (pakowane w kartoniki pośrednie) (1 op=100szt)“. Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Braun j.uż. poj. 2 ml z rozszerzoną skalą do 3 ml co jest niezgodne z treścią SIWZ.

- poz. 3 wymagał „Strzykawki j.uż. poj. 5 ml dwuczęściowa , centryczny stożek Luer, czytelna niezmaływalna oznaczona co 1ml lub 0,2ml skala, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawki zaznaczona działka elementarna co 0,5 ml (pakowane w kartoniki pośrednie, działka 0,2ml kryza ogr. Wysunięcie się tłoka“. Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Braun j.uż. poj. 5 ml z rozszerzoną skalą do 6 ml co jest niezgodne z treścią SIWZ.

- poz. 4 wymagał „Strzykawkę j.uż. poj. 10 ml dwuczęściowa , centryczny stożek Luer, czytelna niezmazywalna, oznaczona co 2ml lub 0,5ml skala, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawkę zaznaczona działka elementarna co 0,5 ml (pakowane w kartoniki pośrednie) 1 op = 100szt Kryza ogr. Wysunięcie się tłoka”.

Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Braun j.uż. poj. 10 ml z rozszerzoną skalą do 12 ml co jest niezgodne z treścią SIWZ.

- poz. 5 wymagał „Strzykawkę j.uż. poj. 20 ml dwuczęściowa , asymetryczny stożek Luer, czytelna niezmazywalna, oznaczona skala co 5 ml lub 1 ml .długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawkę, zaznaczona działka elementarna co 1ml, kryza ograniczająca wysunięcie się tłoka, (pakowane kartoniki pośrednie) 1op=80 lub 100szt. Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Braun j.uż. poj. 20 ml z rozszerzoną skalą do 24 ml co jest niezgodne z treścią SIWZ.

- poz. 6 Strzykawkę j.uż. poj. 50 ml (lub z rozszerzeniem do 60ml) do pomp infuzyjnych posiadająca min. logo producenta i nazwę własną (typ) strzykawkę opisaną na cylindrze w celu łatwej identyfikacji używanej strzykawkę w pompie, wkalibrowane i wpisane przez producenta w oryginalną instrukcję obsługi pompy infuzyjnej. Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Margomed , która nie posiada logo i nazwy producenta, która opisana jest na cylindrze w celu łatwej identyfikacji używanej strzykawkę w pompie co jest niezgodne z treścią SIWZ.”.

Odwołujący stwierdził, że firma Anmar nie złożyła odwołania od ww. czynności zamawiającego, nie jest już zatem uczestnikiem postępowania.

Ponadto zauważył, że wskazane powyżej okoliczności i podstawy odrzucenia oferty firmy Anmar w zakresie pakietu/zadania nr 7 poz. 6 nadal istnieją, a tym samym, treść oferty złożonej przez wykonawcę - firmę Anmar odnośnie pakietu/zadania nr 7 nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ustawy Pzp.

Natomiast, odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku podstaw odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie/zadaniu nr 7, odwołujący podnosił, że zamawiający w pakiecie/zadaniu nr 7 poz. 1 wymagał zaofiarowania produktu o parametrach:

„Strzykawkę j.uż. do insuliny, poj.40 jm z igłą 0,40x13mm lub 0,33x12,7mm, symetrycznie umieszczony stożek Luer, gumowy tłoczek, czytelna, niezmazywalna oznaczona skala co 1 ml, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawkę, działka elementarna 0,05ml lub co 0,01ml lub 0,025ml, kryza ograniczająca wysunięcie tłoka (pakowane w kartoniki pośrednie) (1op=100szt).”.

Oferta odwołującego została odrzucona z następującym uzasadnieniem:

„a) SKAMEX SP. Z O.O. SP.K. (...) zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Uzasadnienie :

Zamawiający w dniu 27.10.2020r. wezwał w/w Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w odniesieniu do zadania nr 7 w ilości po 1 sztuki każdej pozycji w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SIWZ w terminie do dnia 02.11.2020r.

Zamawiający wymagał w zadaniu nr 7 poz. 1 wymagał Strzykawki j.uż. do insuliny, poj.40 jm z igłą 0,40x13mm, symetrycznie umieszczony stożek Luer, gumowy tłoczek, czytelna, niezmywalna oznaczona skala co 1 ml, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawki, działka elementarna 0,0Sml, kryza ograniczająca wysunięcie tłoka (pakowane w kartoniki pośrednie) (1op=100szt).

Kryza w załączonej próbce nie ogranicza przed wysunięciem tłoka. W związku z powyższym oferta nie spełnia wymagań zawartych w treści SIWZ.”

Odwołujący wskazał, że zaoferował strzykawkę do insuliny z igłą 0,4 x 13 mm produkcji Polfa Lublin, która wyposażona jest w kryzę ograniczającą wysuwanie się tłoka. Potwierdza to powszechnie dostępna ulotka producenta, dostępna na jego stronie. Odwołujący dodał, że dostarcza ten produkt do zamawiającego przynajmniej od 2014 roku, w tym na podstawie ostatniej umowy z 23.11.2018 roku, zawartej w wyniku poprzedniego postępowania na ten asortyment i nie zgłaszano w tym zakresie reklamacji. Odwołujący podkreślił także, iż w poprzednim postępowaniu zamawiający wezwał go do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu jego weryfikacji z opisami zawartymi w SIWZ i nie wskazał żadnych niezgodności. Wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą i zawarł umowę. Odwołujący stwierdził, że jego oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie powinna podlegać odrzuceniu, lecz powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Podsumowując, odwołujący wywodził, że aby dokonać odrzucenia oferty, zamawiający musi mieć pewność, że oferta podlega odrzuceniu, a nadto musi swoje ustalenia w tym zakresie uzewnętrznić wykonawcy w postaci podania dokładnej argumentacji, w oparciu o którą podjął czynność uznania, że dana oferta podlega odrzuceniu. Zdaniem odwołującego, zamawiający wskazując okoliczności odrzucenia oferty niezgodne ze stanem faktycznym, nie czyni zadość przepisom ustawy.

Odwołujący zauważył, iż 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.

W ocenie odwołującego odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2021 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 25 lutego 2021 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Anmar” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tychach (zwany dalej: „przystępującym” lub „wykonawcą Anmar”), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uznała, że wykonawca zgłaszający przystąpienie dokonał tego w sposób skuteczny, zgodny z dyspozycją art. 525 nPzp.

Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Anmar do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uznając, że wykonawca ten wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, a odwołujący nie uprawdopodobnił okoliczności przeciwnych. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż wykonawca Anmar nie jest już uczestnikiem postępowania, ponieważ jego oferta została skutecznie odrzucona w dniu 20.11.2020 r. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy Anmar z dnia 20.11.2020 r., na którą odwołujący się powoływał, została unieważniona, a zamawiający ponowił czynność badania i oceny wszystkich ofert złożonych w ramach zadania nr 7, w następstwie czego dokonał wyboru oferty wykonawcy Anmar jako najkorzystniejszej w dniu 11.02.2021 r. Druga z podstaw zgłoszonej opozycji, tj. brak związania przystępującego ofertą, a także brak zabezpieczenia jego oferty wadium (niezależnie od oceny zasadności tej podstawy przy wykazywaniu braku interesu w przystąpieniu), okazała się chybiona także z tych względów, gdyż jak wyjaśnił zamawiający, wykonawca Anmar dokonał samodzielnie przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłożył aneks do gwarancji wadialnej, tym samym jego oferta jest zabezpieczona wadium.

W dniu 23 marca 2021 roku, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wykonawca Anmar złożył stanowisko pisemne w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy w dniu 23 marca 2021 roku strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 23 marca 2021 roku na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania, informacji z otwarcia ofert, oferty odwołującego i przystępującego, wezwań do złożenia próbek, wyjaśnień przystępującego, informacji zamawiającego z czynności podjętych w toku postępowania (w tym z 20.11.2020 r., 1.12.2020 r., 21.12.2020 r. i 11.02.2021r.), a także dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na okoliczności przez nich wskazywane.

Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z okazania próbek strzykawek, złożonych zamawiającemu przez odwołującego i przystępującego w ramach zadania nr 7, okazania oferowanej strzykawki przez odwołującego, jak i z oprogramowania pompy insulinowej posiadanej przez zamawiającego.

Izba wzięła także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 marca 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 3.1. SIWZ jest dostawa jednorazowego sprzętu medycznego i kardiochirurgicznego w podziale na zadania (łącznie 84), przy czym w ramach zadania nr 7, którego dotyczy odwołanie, przedmiotem zamówienia są: strzykawki,

igły j.uż. Jednocześnie zamawiający podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik 2b do SIWZ.

W pkt 3.5. SIWZ zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawców w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SIWZ. Nie złożenie wymaganego próbek lub złożenie próbek niespełniających wymagań określonych w SIWZ spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. W przypadku zaoferowania produktu przez Wykonawcę, co do którego Zamawiający ma wątpliwości w zakresie spełniania wymogów technicznych określonych w załączniku nr 2b Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania prezentacji oferowanego produktu w celu jego weryfikacji, m.in. poprzez wystąpienie do Wykonawcy o prezentację oferowanego sprzętu przed rozstrzygnięciem przetargu w terminie do 10 dni od daty dostarczenia wezwania.”

Zgodnie z załącznikiem 2b do SIWZ – Formularz cenowy dot. zadania nr 7:

- poz. 1: „Strzykawki j.uż. do insuliny, poj.40 jm z igłą 0,40x13mm lub 0,33x12,7mm, symetrycznie umieszczony stożek Luer, gumowy tłoczek, czytelna, niezmywalna oznaczona skala co 1 ml, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawki, działka elementarna 0,05ml lub co 0,01ml lub 0,025ml, kryza ograniczająca wysunięcie tłoka (pakowane w kartoniki pośrednie) (1op=100szt)
- poz. 6: „Strzykawki j.uż. poj. 50 ml (lub z rozszerzeniem do 60ml) do pomp infuzyjnych posiadająca min. logo producenta i nazwę własną (typ) strzykawki opisaną na cylindrze w celu łatwej identyfikacji używanej strzykawki w pompie, wkalibrowane i wpisane przez producenta w oryginalną instrukcję obsługi pompy infuzyjnej.”

Odpowiedź na pytanie nr 120 z dnia 23.09.2020 r.: „Zadanie 7, poz. 6 Prosimy aby zamawiający dopuścił strzykawki bez nazwy producenta występującej bezpośrednio na cylindrze oraz typu strzykawki. Takie rozwiązanie nie ma wpływu na jakość produktu oraz jego cechy użytkowe. Cylinder posiada naniesioną nazwę IMPORTERA/DYSTRYBUTORA. Natomiast pełną identyfikację zapewnia oznakowanie na opakowaniu indywidualnym, opakowanie posiada nazwę producenta, podstawowe dane techniczne. Typ strzykawki jest widoczny na opakowaniu indywidualnym, więc przy użytkowaniu (z założenia) przez wykwalifikowaną kadrę pracowniczą nie ma potrzeby dodatkowo umieszczać nazwy strzykawki na produkcie. Wymóg ten znacząco ogranicza konkurencję, co prowadzi do uzyskania zawyżonej wyceny na dany produkt. Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z SIWZ.”

Dnia 20.10.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, a dnia 23.10.2020 r. odwołującego, do złożenia próbek oferowanego asortymentu w odniesieniu do zadania nr 7 w ilości po 1 sztuce każdej pozycji w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SIWZ.

W dniu 20.11.2020 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu zadania nr 7 zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazując, iż wszystkie oferty złożone w odniesieniu do tego zadania podlegają odrzuceniu. W dniu 1.12.2020 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności unieważnienia w odniesieniu do zadania nr 7 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdził to w informacji z dnia 21.12.2020 r., w której stwierdził, że w ramach unieważnienia czynności unieważnienia w odniesieniu do zadania nr 7 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał unieważnienia czynności odrzucenia wszystkich ofert, a jednocześnie dokona ponownego badania i oceny wszystkich ofert w postępowaniu.

W dniu 11.02.2021 roku zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty m.in. w odniesieniu do zadania nr 7, tj. oferty złożonej przez P.H.U. ANMAR Sp. z o.o. Sp. k. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do zadania nr 7, wskazując w uzasadnieniu, iż: *„Zamawiający w dniu 27.10.2020r. wezwał w/w Wykonawcę do złożenia próbek oferowanego asortymentu w odniesieniu do zadania nr 7 w ilości po 1 sztuki każdej pozycji w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SIWZ w terminie do dnia 02.11.2020r. Zamawiający wymagał w zadaniu nr 7 poz. 1 wymagał Strzykawki j.uż. do insuliny, poj.40 jm z igłą 0,40x13mm, symetrycznie umieszczony stożek Luer, gumowy tłoczek, czytelna, niezmywalna oznaczona skala co 1 ml, długość skali na cylindrze odpowiadająca pojemności nominalnej strzykawki, działka elementarna 0,05ml, kryza ograniczająca wysunięcie tłoka (pakowane w kartoniki pośrednie) (1op=100szt). Kryza w załączonej próbce nie ogranicza przed wysunięciem tłoka. W związku z powyższym oferta nie spełnia wymagań zawartych w treści SIWZ.”*

Od powyższej decyzji odwołujący wniósł odwołanie w dniu 22.02.2021 r.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Jak Izba wskazała na wstępie uzasadnienia niniejszego wyroku, do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą nPzp”).

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż 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.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania nr 7.

Zamawiający w załączniku 2b do SIWZ – Formularz cenowy dotyczący zadania nr 7 - w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zawarł w poz. 1 m.in. wymaganie, aby strzykawkę do insuliny posiadały kryzę ograniczającą wysunięcie tłoka. Tym samym, zamawiający wprost określił funkcję, jaką ma spełniać kryza.

Zgodnie z pkt 3.5. SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo do wezwania wykonawców do złożenia próbek oferowanego asortymentu w celu weryfikacji jego zgodności z opisami zawartymi w SIWZ i na tej podstawie wezwał odwołującego do złożenia próbki oferowanego przedmiotu zamówienia, którą to próbkę odwołujący złożył. Podobne wezwanie zamawiający wystosował do przystępującego. Zamawiający w toku rozprawy okazał próbki złożone przez odwołującego i przystępującego. Odwołujący nie kwestionował, że okazana strzykawka jest próbką przez niego złożoną na potwierdzenie spełniania wymagań SIWZ. Jednocześnie do akt sprawy strony złożyli analogiczne strzykawkę, jaką odwołujący zaoferował w zadaniu nr 7 dla poz. 1.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzając, że kryza w załączonej próbce nie ogranicza przed wysunięciem tłoka.

Izba w składzie orzekającym podzieliła stanowisko zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego.

Zauważyć należy, że przedłożona próbka jest wprawdzie wyposażona w kryzę, ale nie spełnia ona wymaganej funkcjonalności, tj. nie ogranicza ona przed wysunięciem tłoka. Zamawiający słusznie wskazywał, iż przy próbce przekazanej przez odwołującego nie jest wymagana żadna siła fizyczna, by bezwiednie wysunąć strzykawkę z próbki. W przypadku produktu oferowanego przez odwołującego tłok strzykawkę często wysuwa się bezwiednie, bez żadnych ograniczeń. Nie ma zatem faktycznego ograniczenia wymaganego

przez zamawiającego, pomimo odmiennych deklaracji producenta (w tym na przedstawionej ulotce producenta, czy w odpowiedzi na zgłoszenie reklamacyjne).

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający rozszerzył swoje wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia na etapie rozprawy, wskazując na nowe funkcjonalności. Wymagana funkcjonalność wyposażenia strzykawki do insuliny w kryzę ograniczającą wysunięcie tłoka, a więc tym samym zabezpieczającą przed jego przypadkowym wysunięciem, była opisana od samego początku. Tymczasem, jak wynika z eksperymentu, jaki zamawiający przeprowadził we własnym zakresie, jak i w toku rozprawy, wynika, że oferowany produkt nie spełnia wymagań zamawiającego, opisanych w SIWZ, co do wymaganej funkcjonalności. Przy próbie przekazanej przez odwołującego nie wymagana jest żadna siła fizyczna, by bezwiednie wysunąć strzykawkę z próbówki, może to nastąpić także przy delikatnym, płynnym ruchu, co w konsekwencji będzie powodować wylanie leku i konieczność ponowienia procedury podania leku.

Odnosząc się do powoływanej przez odwołującego kwestii poprzednio prowadzonego postępowania i zawartej umowy z zamawiającym na analogiczny asortyment medyczny, Izba zauważa, że okoliczność ta nie może stanowić podstawy oceny w zakresie zgodności oferty z SIWZ w kwestionowanym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jest bezzasadny.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Anmar (przystępującego) w zakresie zadania nr 7.

Zarzut nie potwierdził się.

Przede wszystkim, nie jest tak jak twierdzi odwołujący, że czynność odrzucenia oferty przystępującego z dnia 20.11.2020 r., wobec nie wniesienia odwołania przez tego wykonawcę, jest skuteczna, a wykonawca Anmar nie jest już uczestnikiem postępowania.

Z sekwencji czynności przeprowadzonych przez zamawiającego w postępowaniu w odniesieniu do zadania nr 7 wynika, że zamawiający unieważnił czynność odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a jednocześnie zamierzał przeprowadzić czynność ponownego badania i oceny wszystkich ofert złożonych w ramach zadania nr 7, co wynika z czynności podjętej w dniu 1.12.2020 roku, jak i z informacji z dnia 21.12.2020 r. A zatem, czynność odrzucenia oferty przystępującego straciła swój byt (została unieważniona), a zamawiający zgodnie ze swoją zapowiedzią ponowił czynność badania i oceny wszystkich ofert, także w stosunku do oferty przystępującego, w następstwie której dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Z tych też względów zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego, iż podstawy odrzucenia oferty przystępującego w zakresie pakietu/zadania nr 7 poz. 6, wskazywane przez zamawiającego w decyzji z dnia 20.11.2020 r., nadal istnieją, a tym samym treść oferty wykonawcy Anmar nie odpowiada treści SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający odrzucając ofertę przystępującego w dniu 20.11.2020 r., powołał się na wymagania opisane w poz. 6 załącznika 2b do SIWZ – Formularz cenowy i wskazywał, że: *„Wykonawca w swojej ofercie zaproponował strzykawkę producenta Margomed, która nie posiada logo i nazwy producenta, która opisana jest na cylindrze w celu łatwej identyfikacji używanej strzykawki w pompie co jest niezgodne z treścią SIWZ”*. Tylko i wyłącznie na te okoliczności odwołujący powołał się w swoim odwołaniu, powtarzając za zamawiającym podstawę odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie przywoływał własnych, dodatkowych okoliczności, w tym braku określenia „nazwy własnej”/„typu” strzykawki.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego i zamawiającego, iż zarzut w tym zakresie jest chybiony, albowiem zaoferowana przez przystępującego strzykawka posiada logo, będące jednocześnie nazwą producenta umieszczoną na cylindrze, tj. określenie „MARGOMED”.

Ponadto, jak wywodził zamawiający, i co potwierdza opis wymagań zawartych w SIWZ, wymaganie to było postawione w celu *„łatwej identyfikacji używanej strzykawki w pompie”*. Mianowicie dla zadania 7 w poz. 6 załącznika 2b do SIWZ zamawiający zawarł następujący opis wymagań: *„Strzykawki j.uż. poj. 50 ml (lub z rozszerzeniem do 60ml) do pomp infuzyjnych posiadająca min. logo producenta i nazwę własną (typ) strzykawki opisaną na cylindrze w celu łatwej identyfikacji używanej strzykawki w pompie, wkalibrowane i wpisane przez producenta w oryginalną instrukcję obsługi pompy infuzyjnej.”*

Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego (poparte okazaniem pompy insulinowej w toku rozprawy i zaprezentowaniem biblioteczki oprogramowania tego urządzenia), że oznaczenie „MARGOMED” pozwala na jednoznaczną identyfikację używanej strzykawki przez pompę infuzyjną, z uwagi na to, że jest to jedyny typ/rodzaj strzykawek tego producenta o poj. 50 ml. W przypadku, gdy jest kilka typów, podanie ich nazw jest niezbędne, gdyż bez tych danych, utrudniałoby to ich łatwą identyfikację i kalibrację. Skoro, w przypadku produktu oferowanego przez przystępującego nie ma innych typów strzykawek, a odwołujący nie wskazywał twierdzeń przeciwnych i producent nie nadał odrębnej nazwy własnej dla tej strzykawki, to trudno w takim przypadku, mówić o merytorycznej niezgodności

treści oferty z treścią specyfikacji. W tym zakresie warto przywołać pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2019 roku, sygn. akt: KIO 1728/19, iż: *„Wskazać bowiem należy, iż kwestionowana przez odwołującego wadliwość treści oferty przystępującego polegająca na nie wpisaniu w kolumnie nr 3 nazw handlowych oferowanych produktów, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sensie merytorycznym, a stanowi jedynie wadliwość oferty w płaszczyźnie formalnej, która z kolei nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)*

Natomiast sam wymóg braku podania nazwy handlowej, w sytuacji kiedy producent takiej nazwy nie nadał, nie może wywołać skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU.”.

a także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 3530/20, iż: *„Dlatego też w takim przypadku w odniesieniu do formularzy ofert przyjęła się praktyka że jeśli zamawiający wymaga podania symbolu/modelu lub innego oznaczenia produktu, a producent nie nadał owego modelu/symbolu lub innego powszechnie używanego oznaczenia, wystarczające jest wskazanie typu: „brak modelu”, „na zamówienie” lub podobnego. Potwierdzeniem takiej praktyki jest wskazywanie przez innych zamawiających w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia podobnych instrukcji, na co powoływał się Odwołujący podczas rozprawy.”.*

Reasumując, Izba uznała ww. zarzut za bezzasadny, ponieważ podziela pogląd przystępującego, że widniejące na cylindrze strzykawki oznaczenie to jednocześnie logo i nazwa producenta, których brak zarzucał odwołujący. A nawet, jeśliby uznać, za nieuprawnione utożsamianie tych dwóch pojęć, to oznaczenie to spełnia cel, dla którego zamawiający go wymagał, tzn. umożliwia łatwą identyfikację używanej strzykawki w pompie i wkalibrowanie, albowiem jest to tylko jeden typ produktu tego producenta.

Dodatkowo, wskazać należy, że odpowiedź na pytanie nr 120 do treści SIWZ z dnia 23.09.2020 r., na którą powoływał się odwołujący, dotyczyła braku możliwości dopuszczenia strzykawki bez nazwy producenta występującej bezpośrednio na cylindrze oraz typu strzykawki, w sytuacji, gdy cylinder posiada naniesioną nazwę Importera/Dystrybutora, a pełna identyfikacja była możliwa w oparciu o dane opisane na opakowaniu. W odniesieniu do strzykawki oferowanej przez przystępującego taka sytuacja nie występuje.

III. W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie zaś do treści art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. określa wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym, określonym w art. 3 ust. 1 ustawy nPzp, lub przekraczającej te progi na kwotę 15.000,00 zł.

Z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis, a także uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Działając na podstawie powyżej powołanych przepisów ustawy nPzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: