

Sygn. akt KIO 928/21

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę **Polmil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Polmil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Polmil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania.

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 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.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Sukcesywną dostawę wyrobów medycznych dla Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach* w podziale na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 września 2020 r. pod numerem 2020/S 182-436889.

W dniu 22 marca 2021 r. wykonawca Polmil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 20, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 20;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 20;
3. art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 20, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 20, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 20, a w konsekwencji czego uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

Odwołujący podnosił, iż zaoferowany produkt BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 jest wyposażony w zastawkę antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w

momencie wkłucia. Natomiast Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, wskazał za oświadczeniem Konsorcjum Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. i Bard Poland Sp. z o.o., że zaoferowana kaniula nie posiada „zastawki antyzwrotnej”, pomijając w ww. uzasadnieniu istotny w sprawie opis funkcjonalny ww. elementu, tj. „zastawkę antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w momencie wkłucia”.

Odwołujący podkreślał, że zaoferowana kaniula Neoflon prod. Beckon Disckinson o nr katalogowym 391350, zawsze posiadała i posiada nadal element konstrukcyjny, służący do „zapobiegania wypływowi krwi w momencie wkłucia”. Powodem odrzucenia oferty nie może być fakt próby podważania własnych oświadczeń przez stronę trzecią - przedstawiciela producenta w Polsce. Oświadczenie BD Polska z 2010 r. załączone w trakcie wyjaśnień udzielanych Zamawiającemu, jak i dostępna literatura naukowa oraz opisy w postępowaniach przetargowych potwierdzają fakt, że element kaniuli dożylny służący do „zapobiegania wypływowi krwi w momencie wkłucia” mógł być i był w praktyce rynkowej określany jako „zastawka antyzwrotna” z następowym dookreśleniem jego funkcjonalności.

Określenie to było i jest rozumiane w środowisku profesjonalnym, zarówno przez wykonawców, jak i zamawiających. Świadczy o tym fakt, że sam Becton Dickinson Polska Sp. z o. o.o. składał oferty w postępowaniach przetargowych zawierających analogiczny opis, nie wnosząc o jego sprostowanie. Dopiero w niniejszym postępowaniu, w partykularnym interesie uzyskania zamówienia, w postępowaniu, w którym jego oferta została odrzucona, dokonuje próby interpretacji nazwy elementu kaniuli dożylny dla noworodków służącego do „zapobiegania wypływowi krwi w momencie wkłucia”.

Odnosząc się do oświadczenia Associate Director Global Marketing, które jak się wydaje było powodem odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący zauważał, że parametry budowy produktu BD Neoflon nie uległy zmianie, gdyż posiada ten sam numer katalogowy, tj. 391350, od momentu wprowadzenia na rynek, co wskazuje, że nie wprowadzono w nim istotnych zmian. Odwołujący otrzymał ww. oświadczenie od spółki Skamex, z którą współpracuje i która była partnerem i dystrybutorem Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. Załączony do ww. pisma mail podpisany przez Associate Director Global Marketing BD potwierdza brak zastawki kontroli wypływu krwi w kaniuli Neoflon a nie brak „zastawki antyzwrotnej zapobiegającej wypływowi krwi w momencie wkłucia”, jaką dopuścił Zamawiający. Oświadczenie dotyczy produktu Venflon, nie Neoflon, który został dopuszczony (a są to dwie różne kaniule). Wobec powyższego nie dotyczy produktu będącego przedmiotem sporu. Ponadto oświadczenie jest odpowiedzią na pytanie, którego treści nie zna Odwołujący.

Reasumując, wszystkie cechy i funkcjonalności dopuszczonego produktu były znane Zamawiającemu, a zaoferowany produkt BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 je spełniał. Zatem oferta Odwołującego winna być przyjęta, a nie odrzucona.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, ofert wykonawców, wyjaśnień Odwołującego złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 kwietnia 2021 r.

W odniesieniu do wniosku Zamawiającego o przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka p. S. B. należy wskazać, iż jako tezę dowodową Zamawiający wskazał wymogi technologiczne oferowanego produktu. Wymagania techniczne uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winny być określone przede wszystkim w dokumentacji tego postępowania, a nie w oparciu o zeznania świadka. Z tych też względów Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. S. B. . Dodatkowo, Izba uznała, iż wnioskowany dowód spowodowałby nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego oraz Zamawiającego w toku rozprawy. Izba nie dopuściła natomiast dowodu z prezentowanych filmów przez Zamawiającego, bowiem sam Zamawiający przyznał, iż zostały one zaprezentowane jedynie w celach poglądowych.

Następnie, Izba nie zaliczyła w poczet materiału sprawy pisma wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2021 r. z uwagi na okoliczność, iż ww. pismo wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej po zamknięciu rozprawy

w niniejszej sprawie (16 kwietnia 2021 r.). Izba wskazuje, że uznaje przedkładanie Izbie pism procesowych przez wykonawcę, niebędącym ani stroną, ani uczestnikiem postępowania odwoławczego (Izba uwzględniła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, a na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga do sądu, stosownie do art. 526 ust. 4 ustawy nPzp) po zamknięciu rozprawy za nieuprawnione. Zgodnie bowiem z art. 535 ustawy nPzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 22 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba uwzględniła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ww. wykonawcy. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez

Odwołującego, iż wykonawca ten nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Skład orzekający uznał, że przedmiot sporu w niniejszym postępowaniu dotyczy wyłącznie Zamawiającego i Odwołującego, a jego rozstrzygnięcie nie wpłynie w żaden sposób na sytuację wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do niniejszego postępowania. Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie została odrzucona, a od tej czynności wykonawcy nie odwołali się. Zatem, oferty wykonawców zgłaszających przystąpienia zostały przez zamawiającego prawomocnie odrzucone, minął termin ustawowy na wniesienie odwołań w tym zakresie. W tym przypadku wykonawcy przystępując po stronie zamawiającego popierają odrzucenie ich własnych ofert, co należy uznać za sytuację sprzeczną z istotą udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż wykonawca składa ofertę w postępowaniu po to, aby została ona wybrana jako najkorzystniejsza, a nie została odrzucona. Inna byłaby sytuacja gdyby wykonawcy zgłaszający przystąpienia złożyli własne odwołania na odrzucenie ich ofert, gdyż to utrzymałoby ich oferty w tym postępowaniu do czasu wydania orzeczenia przez Izbę i równocześnie przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego, dążąc do utrzymania odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast zgłoszenie przystąpień według stanu faktycznego tego postępowania nie kreuje wystąpienia jakiegokolwiek interesu w tym postępowaniu.

Ponadto, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż ewentualny interes Przystępującego ma charakter warunkowy, uzależniony od ewentualnej przyszłej negatywnej oceny oferty Odwołującego. Przystępujący opiera więc swój rzekomy interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego na zdarzeniach przyszłych i niepewnych. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 14 lutego 2017 r., o sygn. akt KIO 261/17, w którym Izba stwierdziła, że *interes o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp winien mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2014 r. (KIO 5/14) stwierdzić należy iż interesu nie wykaże przystępujący powołujący się jedynie na możliwość wygrania powtórzonego postępowania po unieważnieniu obecnego, gdyż nie jest wiadomym czy do ponownego wszczęcia postępowania w ogóle dojdzie. W konsekwencji skład orzekający uznał, że wobec nie wykazania przez ww. wykonawców interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego opozycja Odwołującego jest zasadna.*

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 nPzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 SIWZ wymagał w pozycji nr 12 Kaniula dożylna przeznaczona do małych, delikatnych żył u pacjentów neonatologicznych, pediatrycznych i osób starszych. Posiadająca wyjmowany uchwyt, w którym schowane są skrzydełka kaniuli, ułatwiające kaniulację naczynia. Bez dodatkowego portu górnego. Kaniula widoczna w promieniach RTG, 6 wtopionych pasków radiocieniujących. Wykonana z unikalnego poliuretanu, biokompatybilnego, o potwierdzonym klinicznie wpływie na zmniejszenie ryzyka wystąpienia zakrzepowego zapalenia żył. Dodatkowy otwór przy ostrzu igły umożliwiający natychmiastowe wzrokowe potwierdzenie wejścia do naczynia podczas komutacji (system 3-krotnego potwierdzenia wypływu krwi). 24G-żółty - 0,7x 19 mm. -przepływ 19 ml/min.

Pismem z dnia 26 października 2020 r. Zamawiający na pytanie wykonawcy: *Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie Kaniuli dożylnej bez portu bocznego, w rozmiarze 0,7 x 19 mm, o przepływie 13m/(min, wykonanej z podwójnie oczyszczonego teflonu PTFE, bez pasków radiocieniujących, widocznej w USG, ze zdejmowanym uchwytem ułatwiającym wprowadzenie kaniuli do naczynia, z zastawką antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w momencie wkłucia, opakowanie sztywne zabezpieczające przed utratą jałowości, tak jak obecnie stosowana?* udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza.*

Dalej, Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu złożył między innymi Odwołujący, który w zakresie pozycji nr 12 zaoferował produkt BD Neoflon o numerze katalogowym 391350.

Zamawiający pismem z 1 lutego 2021 r. zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie informacji podanych w specyfikacji asortymentowo cenowej w zakresie przedmiotu zamówienia objętego zadaniem nr 20, prosząc m.in. o wyjaśnienie czy przedmiot zaoferowany w pozycji nr 12 o nazwie handlowej BD Neoflon 391350 spełnia opis przedmiotu zamówienia zawarty pierwotnie w SIWZ czy też opis dopuszczony w piśmie z 26

października 2020 r. w odpowiedzi na pytanie. Jeżeli zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada opisowi zawartemu pierwotnie w SIWZ, Zamawiający prosił o potwierdzenie spełniania wszystkich wymagań zawartych w opisie. Natomiast jeżeli zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada opisowi zawartemu w odpowiedzi na pytanie z 26 października 2020 r., Zamawiający prosił o potwierdzenie spełniania wszystkich wymagań zawartych w opisie, w tym o wskazanie miejsca znajdowania się zastawki antyzwrotnej zapobiegającej wypływowi krwi w momencie wkłucia.

Odwołujący pismem z 5 lutego 2021 r. wskazał, że zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada opisowi zawartemu w odpowiedzi na pytanie z 26 października 2020 r. i spełnia wymagania zawarte w opisie. Przy użyciu strzałki wskazał miejsce, w którym w zaoferowanej kaniuli BD Neoflon, nr katalogowy 391350, znajduje się zastawka antyzwrotna zapobiegająca wypływowi krwi w momencie wkłucia.

Zamawiający pismem z 19 lutego 2021 r. zwrócił się do Odwołującego ponownie o złożenie wyjaśnień, bowiem z informacji, którą posiadał na temat budowy oferowanego przedmiotu zamówienia wynika, iż zaznaczony element jest nazywany komorą wypływu krwi (brak wzmianki o zastawce antyzwrotnej). W związku z powyższym Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy faktycznie w zaznaczonym miejscu znajduje się zastawka antyzwrotna, i jeżeli tak, prosił o informację z czego jest zbudowana i jakiej jest konstrukcji.

Odwołujący pismem z 24 lutego 2021 r. wskazał, że prośba Zamawiającego, żeby wskazać miejsce znajdowania się zastawki antyzwrotnej oraz by podać informację z czego jest wykonana i jakiej jest konstrukcji wykracza poza pierwotny opis SIWZ i opis z dopuszczenia. Tego typu szczegóły technologiczne należą do know-how producenta i stanowią zazwyczaj tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej, w ślad za posiadanymi dokumentami z Becton Dickinson wyjaśnił, że w zaznaczonym przy użyciu strzałki miejscu w zaoferowanej kaniuli BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 znajduje się zastawka antyzwrotna zapobiegająca wypływowi krwi w momencie wkłucia.

Do wyjaśnień załączono oświadczenie z 2010 r. Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (wydane dla Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi), gdzie wskazano, że kaniule BD Venflon™ PRO, BD Neoflon™, BD Venflon™ oraz BD Venflon™ PRO SAFETY posiadają zastawkę antyzwrotną.

Zamawiający pismem z 3 marca 2021 r. zwrócił się do Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie o potwierdzenie aktualności ww. oświadczenia oraz potwierdzenie, iż produkt BD Neoflon posiada zastawkę antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w momencie wkłucia.

10 marca 2021 r. Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie złożyli oświadczenie, że ww. zaświadczenie nie jest aktualne, a wyrób o ww. numerze katalogowym nie posiada zastawki antyzwrotnej. Na okoliczność, że wyrób o numerze katalogowym 391350 nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia załączono informację od Zastępcy dyrektora ds. Marketingu Globalnego zarządzania marketingowego w postaci wiadomości e-mail, gdzie podano, że Venflon jest cewnikiem portowym, który posiada zastawkę w łączniku, system jest zamknięty przed przepływem płynu, gdy Neoflon jest cewnikiem prostym bez zastawki kontroli wypływu krwi.

Pismem z dnia 12 marca 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp podnosząc, że ponieważ przedłożone przez wykonawcę, oświadczenie wystawione zostało z datą 24 września 2010 r. oraz nie było skierowane do posługującego się nim wykonawcy, Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do producenta produktu, tj. Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie aktualności ww. oświadczenia oraz potwierdzenie, że produkt BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 posiada zastawkę antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w momencie wkłucia. W odpowiedzi producent oświadczył, iż wyrób BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 nie posiada zastawki antyzwrotnej, a opisane wyżej oświadczenie nie jest aktualne i zostało wystawione pod wpływem błędu, przez pracownika który od 2017 r. nie jest już zatrudniony w firmie Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. Producent nadmieniał również, iż Odwołujący nie zwrócił się o uzyskanie aktualnej wiedzy w zakresie właściwości oferowanego produktu.

Równocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 20 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zostały złożone dwie oferty, które Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Bard Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie złożyli w ustawowym terminie odwołania do Prezesa KIO w zakresie powyższej decyzji Zamawiającego.

Odwołujący zaś w odwołaniu kwestionował odrzucenie jego oferty podnosząc, że zaoferował produkt dopuszczony w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie z 26 października 2020 r.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie dopuścił produkt o konkretnej funkcjonalności, a nie produkt o konkretnym numerze katalogowym. Okoliczność, że do tej pory Zamawiający korzystał z konkretnego produktu jest bez znaczenia, bowiem w niniejszym postępowaniu elementem wiążącym dla zamawiającego winna być treść dokumentacji postępowania, w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz udzielone odpowiedzi na pytania wykonawców, a nie dotychczasowa praktyka. Również fakt, że w

innych postępowaniach w przeszłości wykonawca Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oferował tożsamy produkt, co aktualnie Odwołujący, jest irrelevantne dla niniejszego postępowania. Dane te nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Zresztą nie jest też tak, że we wszystkich przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego formularzach z innych postępowań faktycznie zaoferowano produkt, który podał Odwołujący w swojej ofercie. Przykładowo w kalkulacji cenowej dla Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie podano numer katalogowy 391349, a nie produkt o numerze katalogowym 391350.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia czy produkt zaoferowany przez Odwołującego, tj. BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 posiada zastawkę antyzwrotną zapobiegającą wypływowi krwi w momencie wkłucia.

W ocenie Izby ww. produkt nie spełnia ww. wymagania, co potwierdza oświadczenie producenta z 26 marca 2021 r., a także dokumentacja zawierająca dane techniczne wyrobu medycznego. Zgodnie z oświadczeniem p. K. R., kierownika ds. zapewnienia jakości/zgodności z przepisami (uprawnionej do samodzielnej reprezentacji spółki Becton Dickinson Infusion Therapy Aktiebolag) kaniule dożylnie BD Neoflon nie posiadają zaworu antyzwrotnego; jak można zobaczyć na stronie 3 karty danych technicznych wykaz elementów składowych i materiałów nie zawiera zaworu antyzwrotnego; produkt nie jest wyposażony w technologię zaworu, a wymieniony „koreczek kontroli przepływu” jest koreczkiem końcowym i nie należy go mylić z zaworem antyzwrotnym.

W karcie danych technicznych kaniuli BD Neoflon 391349-391350 w pkt 1.2 Opis ogólny wskazano, że kaniula wyposażona jest w stożek żeński, w którym umieszczony jest koreczek kontroli przepływu (został on wymieniony również w pkt 1.4 Materiały). Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że korek kontroli przepływu powoduje jedynie, że krew nie wypłynie na pacjenta, ale istnieje możliwość, że wypłynie z boku.

Izba wskazuje również, że Odwołujący nie negował faktu, że Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest autoryzowanym dystrybutorem producenta Becton Dickinson, a zatem ponosi odpowiedzialność za dystrybuowane wyroby medyczne stosownie do art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 186 ze zm.), zgodnie z którym za wyrób, za wykonanie oceny zgodności wyrobu przed jego wprowadzeniem do obrotu oraz za wprowadzenie wyrobu do obrotu odpowiada wytwórca wyrobu. Jeżeli wytwórca nie ma miejsca zamieszkania lub siedziby w państwie członkowskim, odpowiedzialność tę ponosi autoryzowany przedstawiciel dla tego wyrobu. Jeżeli wytwórca nie wyznaczył autoryzowanego przedstawiciela albo jeżeli wyrób

nie jest wprowadzany do obrotu na odpowiedzialność wytwórcy lub autoryzowanego przedstawiciela, odpowiedzialność tę ponosi podmiot, który wprowadził wyrób do obrotu.

Oznacza to, że podmiot Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jest uprawniony do przekazywania aktualnych i rzeczywistych informacji o danym wyrobie medycznym. Odwołujący nie wykazał natomiast, że podjął jakiegokolwiek działania w celu uzyskania aktualnych informacji od producenta, że zaoferowany produkt spełnia wymogi Zamawiającego. Odwołujący posługuje się jedynie oświadczeniami Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi z 2010 r. oraz 2014 r.

Równocześnie Izba wskazuje, że opinia załączona przez Odwołującego do odwołania z 2004 r. prof. dr hab. n. medycznych T. S. „Porównanie komór wskaźnikowych kaniuli do nakłuwania naczyń obwodowych” dotyczy Venflonu o numerze katalogowym 391454, a nie Neoflonu o numerze katalogowym 391350, który zaoferował Odwołujący. Dalej, Izba wskazuje, że przedłożona przez Odwołującego na rozprawie deklaracja zgodności kaniuli BD Neoflon z 2014 r. mówi rzeczywiście m.in. o zgodności z normą ISO 10555-1:2009 i ISO 10555-5:1997. Karta danych technicznych ww. kaniuli z 2021 r. przedłożona przez Zamawiającego również przywołuje normę ISO 10555-1:2014. Zaprezentowany przez Odwołującego fragment normy mówi o zatyczce pozwalającej na niedopuszczeniu do wypływu krwi, a w karcie danych technicznych mowa o koreczku kontroli przepływu, który zapobiega wyciekowi krwi. Niewątpliwie można uznać, że są to pojęcia zamienne. Niemniej nie można ich utożsamiać z zastawką antyzwrotną, która stanowi dodatkowy element kaniuli.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, bowiem zaoferowany przez Odwołującego produkt BD Neoflon o numerze katalogowym 391350 nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego zastawki antyzwrotnej zapobiegającej wypływowi krwi w momencie wkłucia.

Nie potwierdził się również zarzut unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 20. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec uznania przez skład orzekający, że zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut nie potwierdził się. Zamawiający, nie dysponując żadną, niepodlegającą odrzuceniu ofertą (drugi z wykonawców nie zaskarżył czynności odrzucenia swojej oferty) zobowiązany był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp, co też uczynił. Przypisanie Zamawiającemu w takich okolicznościach naruszenia wskazanego przepisu nie może się ostać.

Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: