

Sygn. akt: KIO 1210/18

WYROK
z dnia 30 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Artur Szmigiel
Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2018 r. oraz w dniu 12 lipca 2018 r. i 24 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum Firm: Medline Sp. z o.o. (Lider) oraz Boxmet Medical Sp. z o.o. i J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D.** (z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65 - 410 Zielona Góra) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie (ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów),**

przy udziale wykonawcy: **B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S., (ul. Kajki 18, 05-501 Piaseczno),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym pozycji 2 załącznika 5b) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru w pakiecie numer 6 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. z siedzibą w Piasecznie oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych;

2. Kosztami postępowania obciąża zgłaszającego przystąpienie wykonawcę: **B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S., ul. Kajki 18, 05-501 Piaseczno** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. na rzecz odwołującego kwotę **19 524 zł 23 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset dwadzieścia cztery złote dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 925 zł 23 gr.

3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w zakresie Pakietu 6 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Dostawa zestawów medycznych, Plecak Ratownika Medycznego (PRM), Plecak Ratownika Sanitariusza (PRS) oraz Torba Lekarza (TL), oznaczenie sprawy: WOFiTM/2/2018/PN. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji WE za nr 2017/S 247 - 517652 z 23.12.2017 r. przez Zamawiającego - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie.

Wnoszący odwołanie – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm: Medline sp. z o.o. (Lider), Boxmet Medical sp. z o.o. (Uczestnik), J. D. Paramedyk (Uczestnik) – podniósł zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty nr 5 złożonej przez Neomed B. S. z Piaseczna w Pakiecie nr 6 i dokonania wyboru tej oferty w tym Pakiecie w miejsce wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 4 złożonej przez wnoszące odwołanie Konsorcjum firm. Zaskarżonym czynnościom zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w związku z powołanymi niżej przepisami i postanowieniami Wymagań Taktyczno - Technicznych stanowiących załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) (odpowiednio: WTT i SIWZ) z uwagi na jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Neomed w Pakiecie 6, która nie odpowiada:

a. treści SIWZ, a konkretnie WTT w następującym zakresie:

- i. w pozycji 44 WTT zestawu Plecaka Ratownika Medycznego (PRM) i Zestawu Torba Lekarza (TL) oraz pozycji nr 23 WTT Zestawu Plecaka Ratownika Sanitariusza (PRS) punkt 4 w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego do treści SIWZ z 1 lutego 2018 r.: odpowiedź na pytanie 19 - Zamawiający wymagał markera permanentnego z grubością kreski od 3 do 6 mm. a Neomed zaoferował marker N50 firmy Pentel o grubości kreski 1,5 mm;
- ii. certyfikat CE obejmujący swoim zakresem m. in. produkty: Medical Hydrogel Dressing, Soluble Hemostatic Gauze, czyli „rozpuszczalna gaza hemostatyczna ” zaś na załączonym tłumaczeniu certyfikatu figuruje zupełnie inny produkt, tj. „sterylna gaza hemostatyczna”; - nie wiadomo zatem, jaki w ogóle produkt zaoferował Neomed;
- iii. Neomed zaoferował produkt o nazwie OptiLube - sterylny żel poślizgowy Optimu Medical Solutions, jednak załączony do niego certyfikat CE deklarujący badanie poniżej wymienionego pełnego systemu „zapewnienia jakości”, tymczasem certyfikat CE powinien potwierdzić, iż nadzorem objęta jest produkcja tego sterylnego wyrobu (żelu) a nie system zarządzania jakością, a zatem produkt ten nie spełnia wymogów dopuszczenia do obrotu;

- iv. w pozycji 5 punkt 1 WTT dla zestawu Pieca Ratownika Sanitariusza (PRS) - Zamawiający wymagał gazy wypełniającej o następującym zastosowaniu - zaopatrzenie rany poprzez wypełnienie rany gazą i tamowanie krwotoku przez wywieranie uścisku, tymczasem zaoferowana przez Neomed gaza nie jest gazą przeznaczoną w ogóle do zaopatrzenia rany i tamowania krwotoku, nie nadaje się do umieszczenia w głębszych ranach w celu tamowania krwawienia (zaklasyfikowana została do klasy wyrobów medycznych I (sterylne), a aby wyrób spełniał wymagania Zamawiającego musi mieć klasyfikację co najmniej IIa (choć wprost nie zostało to wskazane w treści SIWZ, to jest to oczywiste w świetle zasad klasyfikacji wyrobów medycznych przewidzianych w Dyrektywie o Wyrobach Medycznych);
- v. w pozycji 2 WTT pkt 1, 4 lit. b) oraz pkt 5 - dla zestawu Plecak Ratownika Sanitariusza (PRS) - Zamawiający wymagał gazy hemostatycznej przeznaczonej do tamowania zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich, środek hemostatyczny opatrunku miał być nie wchłaniany przez organizm (co w świetle poprzedniego wyroku KIO oznacza wymóg nierozpuszczalności gazy - Neomed zaoferował w rzeczywistości gazę Suntouch Soluble Hemostatic Gauze (a nie jak twierdzi: „wersja wojskowa” tej gazy występującą pod zupełnie inną nazwą to jest Suntouch Military Gauze), która to nie spełnia wymogów Zamawiającego, w szczególności nie jest przeznaczona do tamowania zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich;

b. oczekiwaniom Zamawiającego - co dotyczy w szczególności pozycji 5 (gaza wypełniająca) oraz pozycji 2 (opatrunek hemostatyczny) WTT dla Plecaka Ratownika Sanitariusza, Zamawiający wymagał gaz i opatrunków przeznaczonych do zastosowania na polu walki, do ratowania życia żołnierzy zagrożonego przez intensywne krwotoki z ran głębokich, tymczasem zaoferowane przez Neomed produkty przeznaczone są do tamowania krwawień powierzchniowych, z drobnych ran;

2. art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w szczególności Zamawiający w sposób dowolny i bezkrytyczny ocenia dokumenty złożone przez Neomed i daje wiarę, iż zaoferował on gazę hemostatyczną „w wersji wojskowej” (występująca na stronie producenta jako „Suntouch Military Gauze”), podczas gdy z oceny materiału złożonego przez Neomed jednoznacznie wynika, iż takiej gazy nie zaoferował, zaoferowana przez Neomed gaza hemostatyczna to inny produkt „Suntouch Soluble Hemostatic Gauze”, która to nie spełnia wymogów Zamawiającego; (jedyne co mają ze sobą wspólnego te dwie gazy to to, iż są oznaczone znakiem towarowym „Suntouch”);

3. art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania (w szczególności oceny i badania oferty NEOMED) w sposób pobieżny, nieuważny, co doprowadziło do tego, iż w rezultacie w przypadku podtrzymania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zostanie zawarta umowa, która nie będzie umową ważną i podlegać będzie unieważnieniu i zagrażać będzie bezpieczeństwu publicznemu, zdrowiu i życiu polskich żołnierzy - zostaną zaopatrzeni na polu walki w sprzęt, który nie spełni swojej roli. Na wagę i przeznaczenie opatrunków zwróciła uwagę już Izba w poprzednim wyroku w tej sprawie z 28 kwietnia 2018 r. - strona 23 uzasadnienia). W szczególności gaza wypełniająca (pkt 5 WTT) oraz opatrunek hemostatyczny (pkt 2 WTT) wymagane przez Zamawiającego mają za zadanie tamować intensywne, zagrażające życiu krwotoki, tymczasem zaoferowany przez Neomed sprzęt nadaje się jedynie do tamowania drobnych krwawień z ran powierzchniowych. Tym samym następstwem podtrzymania wyboru oferty Neomed będzie sytuacja zagrażająca życiu i zdrowiu żołnierzy, albowiem od jakości i przeznaczenia opatrunku może zależeć uratowanie życia rannego na polu walki żołnierza;

4. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w związku z jej art. 2 pkt 5 z uwagi na wybór oferty, która w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą, mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w SIWZ. Co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Neomed, uznania jej za najkorzystniejszą, wyboru jej i niewybraniu oferty Odwołującego, która w rzeczywistości była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: (1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie zaskarżonej czynności polegającej na dokonaniu wyboru w pakiecie numer 6 wyboru jako najkorzystniejszej oferty Neomed; (2) nakazanie Zamawiającemu: (a) dokonania powtórnego badania ofert i ich oceny; (b) odrzucenia oferty Neomed; (c) dokonania w pakiecie numer 6 wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 4 złożonej przez Odwołującego;

Wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego, solidarnie, kosztów postępowania, w tym równowartości wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Odwołujący wniósł ponadto o zaliczenie w poczet materiału dowodowego wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach sprawy zakończonej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2018 r. sygnatura akt KIO 670/18 (wydanym na skutek odwołania od poprzedniego rozstrzygnięcia tego samego postępowania) na okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu.

Odwołujący podał, że powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego, od których składa niniejsze odwołanie w dniu 8 czerwca 2018 r. (dzień otrzymania Informacji o wyborze ofert). Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej 130 000 euro. Termin do złożenia odwołania upływa w dniu 18 czerwca 2018 r. stąd też niniejsze odwołanie wykonawca składa w terminie. Odwołujący podał także, że (...) posiada interes w rozpoznaniu niniejszego odwołania. W pakiecie nr 6, którego dotyczy Odwołanie, na obecnym etapie, badaniu i ocenie podlegają tylko dwie oferty - oferta nr 5 złożona przez Neomed oraz oferta nr 4 złożona przez Odwołującego. W razie uwzględnienia odwołania i wykluczenia z postępowania Neomed lub odrzucenia jego oferty, oferta nr 4 Odwołującego pozostanie jedyną spełniającą wymogi SIWZ i tym samym zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

Odwołanie dotyczy pakietu nr 6 i ta sprawa była już raz przedmiotem postępowania zakończonego wyrokiem KIO. W dniu 30 marca 2018 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 6 Konsorcjum Firm: Medline sp zoo (Lider), Boxmet Medical sp. z o.o. (Uczestnik), J. D. Paramedyk (Uczestnik) oraz odrzuceniu w pakiecie nr 6 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty nr 5 złożonej przez Neomed jako, że oferta nie spełniała wymogów SIWZ - Zamawiający wskazywał na niezgodności dotyczące zaoferowanego przez Neomed produktu w postaci gazy hemostatycznej - pozycji nr 2 zestawu komponentów do Plecaka Ratownika Sanitariusza (PRS). Na skutek odwołania wniesionego przez Neomed wyrokiem z 25 kwietnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła je w części i nakazała:

1. Unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 30 marca 2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 6 oraz odrzucenia w pakiecie 6 oferty Odwołującego;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiającemu nakazała wezwanie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 P.z.p. do dodatkowych wyjaśnień popartych dowodami (w wypadku złożenia oświadczeń producenta wraz z dokumentami pozwalającymi na weryfikację umocowania) dotyczących treści złożonej oferty w pakiecie nr 6 w zakresie opatrunku hemostatycznego, w szczególności:
 - a) Czy opatrunek hemostatyczny ma charakter rozpuszczalnego czy też nierozpuszczalnego gazowego opatrunku?
 - b) Jaką formę ma środek hemostatyczny (np. żel, płyn czy inny);
 - c) Jaką ilość środka hemostatycznego ma zaoferowany produkt oraz
 - d) Jaki ma skład środek hemostatyczny w zaoferowanym produkcie z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie.

Jednocześnie nakazała Zamawiającemu w ramach nakazanego wezwania do wyjaśnień wezwanie do przedstawienia przez Neomed jako dowodu wiążącej próbki zaoferowanego produktu o Nr katalogowym JK023 (w nienaruszonym opakowaniu firmowym). Dowód: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2018 r. z uzasadnieniem, sygnatura akt KIO 670/18 - załącznik nr 2

W dniu 8 czerwca br. Zamawiający po ponownym badaniu i ocenie ofert zakomunikował Wykonawcom o unieważnieniu poprzednich czynności (odrzuconiu oferty Neomed, wyboru oferty Konsorcjum) i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Neomed. Zaskarżone czynności Zamawiającego są wadliwe i nie mogą się ostać z następujących względów. Dowód: Informacja Zamawiającego o wyborze ofert - zał. 3

Odnosząc się do podstawowej kwestii, mianowicie tego, w jakim zakresie Zamawiający winien był przeprowadzić ponowne badanie i ocenę ofert - czy tylko w takim, w jakim nakazała mu KIO w wyroku z 25 kwietnia 2018 r. czy też w szerszym, stwierdził, (powołując się na stanowisko w orzecznictwie i praktyce), że Zamawiający (dostrzegając swój błąd po wyborze najkorzystniejszej oferty) może nawet ponowić ocenę ofert z własnej inicjatywy i to nawet jeżeli nie wpływa żadne odwołanie lub informacja o naruszeniach. Zamawiający może także dokonać ponownej oceny ofert w zakresie szerszym niż wynika z wyroku KIO. Wskazał na orzeczenie KIO 1939/10, w którym Izba wskazała, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp nie jest Zamawiający, lecz KIO, która rozpatruje określone odwołanie w zakresie zaskarżonej czynności i podniesionych zarzutów. Zatem przepis ten określa uprawnienia Izby w zakresie czynności do dokonania których może zobowiązać Zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania. W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. W przytoczonym wyroku, (a także w wyroku KIO 2685/10 i KIO 2686/10) wskazuje się na prawo Zamawiającego do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nawet jeśli taki obowiązek nie wynika z wyroku KIO

albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie pod legającej unieważnieniu umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Zatem Zamawiający, która ma do wykonania wyrok KIO, nakazujący przeprowadzenie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego ma prawo (i zarazem obowiązek) przeprowadzić ponowną ocenę ofert w zakresie szerszym i dokonać ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ofert, które wcześniej odrzucił i to nawet jeśli Wykonawcy nie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę niezgodną z SIWZ. Nawet zatem jeśli wyrok KIO nakazywał Zamawiającemu zbadanie oferty Neomed w zakresie opatrunku hemostatycznego, to Zamawiający miał obowiązek odrzucić ją, jeśli w ofercie tej istniały niezgodności dotyczące: (1) opatrunku hemostatycznego - w zakresie tych podstaw odrzucenia oferty, które pierwotnie Zamawiający wskazał (i które to badała KIO); (2) opatrunku hemostatycznego w zakresie innych podstaw odrzucenia oferty w zakresie tego opatrunku, których Zamawiający nie wskazał, a które to wskazał Przystępujący (Konsorcjum Firm) w swoim przystąpieniu do postępowania odwoławczego i sprzeciwie (których to KIO nie mogła badać będąc ograniczona ramami postępowania odwoławczego, ale która to - będąc świadoma rangi opatrunków i ich przeznaczenia - również nakazała zbadać); (3) Wszystkich innych kwestii, w tym także innych elementów wyposażenia.

Zdaniem Odwołującego, analizując treść korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Neomed po wyroku KIO widać, że Zamawiający badał ofertę Neomed także co do innych elementów wyposażenia, niemniej jednak uczynił to w sposób nieprawidłowy i popełnił liczne błędy, których skutkiem było zaniechanie odrzucenia oferty Neomed, a które to podniesione zostały także w niniejszym odwołaniu. Podsumowując, Odwołujący ma w niniejszym odwołaniu prawo do kwestionowania niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Neomed i to nie tylko z powodu niezgodności opatrunku hemostatycznego z SIWZ w zakresie wskazanym w wyroku KIO, ale z powodu każdej innej niezgodności, którą to Zamawiający miał obowiązek dostrzec i z tego powodu ofertę odrzucić.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty NEOMED z wymogami SIWZ wskazał na:

- (1) Pozycję 44 zestawu Plecaka Ratownika Medycznego (PRM) i Zestaw Torba Lekarza (TL) oraz pozycji nr 23 Zestaw Plecaka Ratownika Sanitariusza (PRS)

Zamawiający wymagał: blok notes wodoodporny, niezadrukowane kartki, format zbliżony do A6, marker permanentny, pkt 4) końcówka okrągła, grubość kreski od 3 mm do 6 mm. Zaoferowany przez Neomed marker (marker permanentny N50 firmy Pentel) nie spełnia wymogu co do grubości kreski, ponieważ ma grubość kreski 1,5 mm. Dowód: wydruk ze

strony producenta wraz z oświadczeniem producenta - firmy Pentel Poland sp. z o.o. dotyczącym grubości linii pisania (kreski) - zał. 4. Warto wskazać, że powyższa kwestia była przedmiotem zapytania Wykonawców. Pismem z dnia 1 lutego 2018 r. Zamawiający na pytanie 19: dotyczy WTT na zestaw Plecaka Ratownika Medycznego (PRM) i Zestaw Torba Lekarza (TL) - Pozycja nr 44 oraz Zestaw Plecaka Ratownika Sanitariusza (PRS) - pozycja nr 23. Czy Zamawiający dopuści marker permanentny z końcówką ściętą o grubości kreski 3 mm? Na które udziela się następującej odpowiedzi: Zamawiający pozostaje przy wymaganiach SIWZ.

(2)Certyfikat CE obejmujący swoim zakresem m. in. produkty: Medical Hydrogel Dressing, Soluble Hemostatic Gauze, Amorphous Hydrogel Dressing, Poam Dressing, Alginate Dressing, Sterile Sillicons Foam Dressing, Super Absorbent Dressing, Silicone Wound Contact Dressing.

Produkt "Soluble Hemostatic Gauze" oznacza rozpuszczalną gazę hemostatyczną, tymczasem na załączonym tłumaczeniu certyfikatu figuruje „sterylna gaza hemostatyczna”. Słowo „soluble” w żadnym wypadku nie oznacza „sterylny”. Na załączonej deklaracji zgodności pojawia się znów produkt „Soluble Hemostatic Gauze” tłumaczony jako „gaza hemostatyczna”. A zatem nie wiadomo, jakiej gazy tak naprawdę dotyczy certyfikat CE, tłumaczenie deklaracji jest błędne i nie wiadomo w ogóle czy dotyczy tej deklaracji, skoro mowa jest o sterylnej gazie hemostatycznej, zaś na oryginalnym dokumencie mowa jest o rozpuszczalnej gazie hemostatycznej. Nadto oryginalna deklaracja zgodności znów używa terminu „soluble hemostatic gauze”, a w załączonym tłumaczeniu występuje tylko „gaza hemostatyczna”, - tak więc znów musi to być inna deklaracja. Podsumowując - z dokumentów tych nie sposób dowiedzieć, się czy objęte nimi produkty w ogóle są dopuszczone do obrotu. Dowód: certyfikat CE dotyczący soluble hemostatic gauze wraz z tłumaczeniem i deklaracją zgodności na soluble hemostatic gauze -zał. 5.

(3)Produkt o nazwie OptiLube - sterylny żel poślizgowy Optimum Medical Solutions.

Załączony certyfikat CE deklarujący badanie poniżej wymienionego pełnego systemu „zapewnienia jakości” zostało przeprowadzone zgodnie z wymaganiami ustawodawstwa krajowego Wielkiej Brytanii. Tymczasem certyfikat CE powinien potwierdzić, iż nadzorem objęta jest produkcja tego sterylnego wyrobu (żelu), a nie system zarządzania jakością. Dowód: certyfikat CE i deklaracja zgodności dostarczone przez Neomed na produkt OptiLube - sterylny żel poślizgowy - zał. 6. Jeszcze większe wątpliwości co do treści oferty pojawiają się jednak po nadesłaniu przez Neomed dodatkowych dokumentów i złożeniu wyjaśnień w toku ponownej oceny i badania oferty przez Zamawiającego.

(4) Pozycję 5 PRS (Plecak Sanitariusza)

W pkt 5 WTT a Zamawiający wymagał gazy wypełniającej o następującym zastosowaniu:

Pkt 1 - zastosowanie: zaopatrzenie rany poprzez wypełnienie rany gazą i tamowanie krwotoku przez wywieranie ucisku. Neomed zaoferował gazę wypełniającą, na którą to przedstawił dwa sprzeczne ze sobą dokumenty co do klasyfikacji wyrobu, tj. certyfikat CE G2S15075673201, który to odnosi się do klasy I sterylnej; deklarację zgodności, która to odnosi się do klasy IIa. Zamawiający (pismem z dnia 7.06.2018 r.) zwrócił się do Neomed o wyjaśnienie tych rozbieżności. Dowód: pismo Zamawiającego do Neomed z dnia 7 czerwca 2018 r. - zał. 7. W odpowiedzi na to pismo Neomed wskazał, iż „firma Taizhou Xinkang Medical Materials Co. LTD” omyłkowo wpisała klasę wyrobu IIa w Deklaracji Zgodności. Właściwa klasa wyrobu (I sterylna) została określona przez Jednostkę Notyfikującą w Certyfikacie CE na podstawie której producent wystawia Deklarację. W załączeniu deklaracja z prawidłową klasą wyrobu, tj. 1s sterylna). Dowód: Odpowiedź NEOMED z dnia 8 czerwca 2016 r. wraz z deklaracją zgodności w jęz. angielskim i tłumaczeniu na jęz. polski dla gazy wypełniającej - zał. 8. Po rzekomym poprawieniu omyłki wiemy, że Neomed zaoferował gazę zaklasyfikowaną do klasy Is - wyroby medyczne sterylne. Taki wyrób nie spełnia w oczywisty sposób wymagań Zamawiającego, ponieważ klasą I oznacza się gazy o zupełnie innym przeznaczeniu Gazy wypełniającej, która trzeba umieszczać w głębokich ranach w celu tamowania krwawienia muszą mieć klasę IIa. W Wymaganiach Taktyczno-Technicznych był wyraźny wymóg co do gazy: „zaopatrzenie rany poprzez wypełnienie rany gazą i tamowanie krwotoku”. Odwołujący stwierdził, że kwestia przydatności produktów o klasie I była już przedmiotem analizy Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, a więc organu najbardziej kompetentnego i to właśnie wykonywanej w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego przy okazji innego przetargu. Jak wskazał Urząd w tym piśmie: Jeśli wyrób jest przeznaczony wyłącznie do opatrywania ran, to jest nieinwazyjnym wyrobem medycznym, który wchodzi w kontakt ze zranioną skórą i przeznaczony jest do użycia jako bariera mechaniczna, do ucisku lub absorpcji wysięków. Klasyfikowany powinien być według reguły 4 podanej w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych jako wyrób medyczny klasy IIa. Jeśli jednak gaza przeznaczona jest do umieszczania w głębokich ranach w celu tamowania krwawienia, to jako chirurgicznie inwazyjny wyrób medyczny do chwilowego użytku powinna być klasyfikowana według reguły 6 w/w rozporządzeniu do klasy I. Natomiast z deklaracji zgodności i certyfikatu zgodności wynika, iż przedmiotowa gaza jest wyrobem medycznym klasy I sterylnym. Dowód: Pismo z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 11.12.2017. - zał. 9

(5) Pozycję 2 PRS - gaza hemostatyczna (opatrunek hemostatyczny)

W zakresie dotyczącym dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Neomed i dokumentów w zakresie pozycji nr 2 Plecaka Ratownika Sanitariusza - tj. gazy hemostatycznej (która ta

pozycja była przedmiotem badania przez KIO, zakończonego wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2018 r.), również doskonale widoczna jest sprzeczność oferty z treścią SIWZ. W pkt 2 Wymagań Zamawiający wskazał wyraźnie: opatrunek hemostatyczny: 1) Zastosowanie: tamowanie zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich; 2) Wysoka efektywność hemostatyczna; 3) Natychmiastowa gotowość do użycia; 4) Bezpieczeństwo stosowania: a. Brak efektów ubocznych występujących przy stosowaniu zagrażających zdrowiu (w szczególności brak lub ograniczona reakcja egzotermiczna); b. Środek hemostatyczny opatrunku nie jest wchłaniany przez organizm; c. Łatwy do usunięcia (opatrunek nie przykleja się do rany); 5) Forma opatrunku: gaza z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego, szerokość 6-10 cm i długości 3-4 m, dopuszczalna jest inna długość gazy z dodatkiem środka hemostatycznego w ilości minimum 9g. (...) 12) okres ważności: minimum 5 lat. Dowód: wymagania taktyczno-techniczne - pkt 2 - załącznik nr 10. Neomed - zdaniem Odwołującego w toku wyjaśnień - zdaje się twierdzić, że zaoferował gazę hemostatyczną SUNTOUCH SOLUBLE HEMOSTATIC GAUZE rzekomo - w „wersji wojskowej” (militarnej) - która to ma spełniać wymagania Zamawiającego. Jest to nieprawda, gdyż w rzeczywistości Neomed nigdy takiej gazy nie zaoferował, zaoferował on bowiem inną gazę - SUNTOUCH SOLUBLE HEMOSTATIC GAUZE, która to nie spełnia wymagań Zamawiającego. I tak w pierwszej kolejności trzeba cofnąć się jeszcze do pierwszej oceny i badania ofert: Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący załączył deklarację zgodności (Declaration of Conformity), z której wynikało, iż zaoferowana gaza to „Soluble Hemostatic Gauze” chińskiego producenta Hui Zhou Foryou Medical Devices Co Ltd.. Odwołujący nie przedłożył prawidłowego tłumaczenia tej deklaracji. W deklaracji zgodności w oryginale wskazano w języku angielskim: Product Name: SOLUBLE Hemostatic Gauze. W tłumaczeniu: Nazwa produktu: gaza hemostatyczna. Odwołujący pominął słowo „SOLUBLE”, które to znaczy „rozpuszczalna”. Prawidłowe tłumaczenie to „Rozpuszczalna gaza hemostatyczna. Dowód: deklaracja zgodności wraz z tłumaczeniem na język polski - załącznik nr 11 Wydruk z internetowego słownika języka angielskiego zawierający tłumaczenie słowa „soluble” - załącznik nr 12. Jednocześnie Odwołujący zgłosił nieprawidłowo produkt do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W załączonym powiadomieniu do urzędu, załącznik nr 4 wskazano jedynie „gaza hemostatyczna”, gdy tymczasem z angielskiego brzmienia deklaracji zgodności wynika, iż chodzi o „rozpuszczalną gazę hemostatyczną”. Dowód: powiadomienie do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dotyczące „gazy hemostatycznej” - zał. nr 13. Twierdzenie Odwołującego, skąd Zamawiający wiedział, iż oferuje on gazę rozpuszczalną jest zatem albo ewidentną próbą wprowadzenia

Zamawiającego w błąd albo też świadectwem kompletnego niezapoznania się sporządzającego odwołanie z dokumentacją sprawy, względnie - nieznajomości języka angielskiego. Sam Odwołujący przedstawił declaration of conformity produktu o nazwie „Soluble Hemostatic Gauze”, czyli „Rozpuszczalna Gaza Hemostatyczna”. Odwołujący podniósł, że zgłoszenie do rejestracji wyrobów medycznych powinno wskazywać nazwę handlową produktu (zgodnie z formularzem zgłoszenia) a nie na ogólną nazwę grupy asortymentowej pod którą można podstawić dowolny produkt (w załączeniu kopia dokumentu zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych na opatrunek hemostatyczny przedłożona przez firmę Neomed). Na polskim rynku funkcjonuje obecnie minimum 10-15 różnych opatrunków (gaz) hemostatycznych. zaklasyfikowanych w zależności od przeznaczenia od klasy I do klasy III wyrobów medycznych. Następnie w wyniku powziętych wątpliwości Zamawiający pismem z 13 marca 2018 r. wezwał NEOMED do wyjaśnienia: Czy zaoferowany opatrunek hemostatyczny wyprodukowany przez firmę Huizhou Foryou Medical Devices Co Ltd jest opatrunkiem SUNTOUCH® Soluble Hemostatic Gauze? Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13.03.2018 r. do Odwołującego - zał.14 W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił: „Zaoferowany opatrunek hemostatyczny wyprodukowany przez firmę Hizhou Foryou Medical Devices Co. Ltd występujący pod nazwą handlową SUNTOUCH® Soluble Hemostatic Gauze na polskim rynku jest sprzedawany pod nazwą handlową „opatrunek hemostatyczny” (hemostatic dressing), natomiast podany w naszej ofercie numer katalogowy JK023 oznacza wersie wojskowa w/w opatrunku, spełniająca wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SiWZ. Wersja wojskowa w/w opatrunku, oznaczona numerem katalogowym JK023, została wyprodukowana przez firmę Huizhou Foryou Medical Devices Co. Ltd na specjalne zamówienie wykonawcy Neomed”. Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 14.03.2018 r. (w aktach sprawy). Już tutaj daje się zauważyć głęboko idącą sprzeczność. Odwołujący najpierw dołącza deklarację zgodności, na której widnieje nazwa angielska produktu „Soluble Hemostatic Gauze” oraz nieprawidłowe i niepełne polskie tłumaczenie, gdzie pojawia się tylko nazwa „Hemostatic Gauze” (Gaza hemostatyczna). Taką gazę rzekomo zgłasza do Urzędu. Potem w wyjaśnieniach do Zamawiającego twierdzi, iż zaoferował on gazę „SUNTOUCH © Soluble Hemostatic Gauze”, która jednak w Polsce jest oferowana pod nazwą „gaza hemostatyczna” i podaje angielskie tłumaczenie „hemostatic dressing”, mimo iż ze wcześniejszych dokumentów wynika, iż nazwa angielska to „Soluble Hemostatic Gauze”. Załączona deklaracja zgodności nie dotyczy zatem ani produktu o nazwie „SUNTOUCH © Soluble Hemostatic Gauze” ani produktu o nazwie „hemostatic dressing” (gaza hemostayczna”), tylko gazy hemostatycznej rozpuszczalnej. Wreszcie, w treści poprzedniego odwołania usiłuje przekonać Izbę i Zamawiającego, że znikąd nie wynika, że zaoferował on gazę „rozpuszczalna”, choć sam

wskazuje, iż zaoferował on właśnie Soluble (rozpuszczalna) Hemostatic Gauze”, licząc na to, że Zamawiający tego nie wychwyci i oprze się na nieudolnym i nieprawidłowym tłumaczeniu deklaracji zgodności (gdzie brak adnotacji, iż gaza jest rozpuszczalna (I)). Odwołujący wskazując na oferowany produkt Neomed [SUNTOUCH ® Soluble Hemostatic Gauze] podał, że: „Ze znajdującego się w aktach przetargowych Zamawiającego pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 6 czerwca 2018 r. do Zamawiającego wynika, iż na stronie internetowej producenta: firmy Huizhou Foryou Medical Devices Co Ltd są dwie gazy:

- Suntouch Soluble Hemostatic Gauze - jest to wyrób dostępny w różnych rozmiarach, z czego największy to 100 x 100 mm, i jest przeznaczony do pierwszej pomocy w drobnych krwawieniach oraz stosowania śródoperacyjnie;
- Suntouch Military Gauze - ma wymiary 7,5 cm x 3,7 m i jest przeznaczony do tamowania masywnych krwawień.

Jego zdaniem, doskonale widać, że chodzi tutaj o dwie różne gazy, mimo podobnej nazwy - bo jedna występuje w różnych rozmiarach, przeznaczona jest do drobnych krwawień, druga zaś występuje w jednym rozmiarze (7.5 cm x 3.7 m) i przeznaczona jest do tamowania masywnych krwawień. Dowód: Pismo z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 8 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami, tj. - wydrukiem ze strony internetowej wytwórcy Suntouch Military Gauze; - wydrukiem ze strony internetowej wytwórcy - Sountouch Soluble Hemostatic Gauze. (załącznik nr 15) i być może „Suntouch Military Gauze” mógłby spełniać wymagania Zamawiającego, ale nie jest to produkt, który to Neomed zaoferował. Dlaczego? Wystarczy przeanalizować, jaka deklarację zgodności załączył Neomed dla gazy hemostatycznej - na oryginalnej deklaracji widać nazwę Soluble Hemostatic Gauze - nie ma mowy o wersji wojskowej (która to nazywa się Suntouch Military Gauze). Dodatkowo z deklaracji wynika, iż produkt występuje „w różnych rozmiarach i kształtach”. Pokrywa się to z wydrukami ze strony internetowej producenta - zob. wyżej - załączniki do pisma z Urzędu Rejestracji. Produkt Suntouch Military Gauze występuje tylko w jednym rozmiarze, tj. 375 x 75 mm, zaś produkt Suntouch Soluble Hemostatic Gauze występuje właśnie w różnych rozmiarach (od 30 x 30 mm do 100 x 100 mm). Dowód: deklaracja zgodności przedłożona przez Neomed dla Soluble Hemostatic Gauze wraz z tłumaczeniem- załącznik nr 11. Wątpliwości musi budzić także fakt, iż z jednej strony Neomed wskazuje, iż wersja wojskowa została wyprodukowana „na specjalne zamówienie Neomed” (tak by spełniać wymagania Zamawiającego), z drugiej zaś strony - gaza ta jest publicznie dostępna na stronie internetowej Sprzedawcy. Tymczasem jak wiadomo, produktów dedykowanych, na specjalne zamówienie, raczej nie udostępnia się w publicznej, otwartej sprzedaży. Wątpliwości wzrastają dodatkowo w świetle

oświadczeń przedłożonych przez Neomed na poprzedniej rozprawie przed KIO- m. in. załączono oświadczenie producenta dotyczące znaczenia słowa „soluble”, podczas gdy w nazwie „wersji wojskowej” w ogóle takie słowo nie występuje (nazwa to Suntouch Military Gauze), słowo „soluble” występuje w pierwszym produkcie. A zatem na tym etapie, przy pierwszym postępowaniu odwoławczym, gdy nie było jeszcze znane stanowisko KIO, sam Neomed przedkładał oświadczenia dotyczące właśnie gazy „Suntouch Soluble Hemostatic Gauze” (gdyby zaoferował inną, tj. militarną - po cóż przedkładałby takie oświadczenie producenta? Skoro w wersji militarnej nawet nie ma słowa „soluble”). Dowód: oświadczenia producenta dotyczące znaczenia słowa „soluble” złożone przez Neomed na poprzedniej rozprawie wraz z tłumaczeniem - zał. 16. Tymczasem jedyną cechą, która łączy obie gazy jest tylko i wyłącznie oznaczenie ich znakiem towarowym „Suntouch”. A zatem Neomed nie oferował w rzeczywistości gazy Suntouch Military Gauze. Zaoferowany przez Neomed produkt to Suntouch Soluble Military Gauze - a ten, co oczywiste nie spełnia wymogów Zamawiającego, w szczególności nie jest przeznaczony do tamowania intensywnych krwawień”. Odwołujący stwierdził, że (...) na podstawie notatki z badania opatrunku hemostatycznego przeprowadzonego przez Zamawiającego również nie można ustalić, jaki produkt tak naprawdę Zamawiający badał bowiem: 1. Brak jest nazwy handlowej opatrunku; 2. Brak jest potwierdzenia numeru katalogowego na potwierdzenie zgodności z zaoferowany numerem katalogowym; 3. Z notatki wynika, że opatrunek jest zbudowany głównie ze środka hemostatycznego - co przeczy wymaganiom WTT - opatrunek hemostatyczny ma się składać z gazy z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego. Dowód: notatka z badania przez Zamawiającego opatrunku hemostatycznego zaoferowanego przez firmę Neomed pod kątem zgodności z SIWZ - zał. 17”. A zatem oferta Neomed jako nieodpowiadająca treści SIWZ powinna być odrzucona.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 3 lipca 2018 r.) podał, że na podstawie art. 186 ust.1 ustawy Pzp uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. z siedzibą w Piasecznie (wykonawca Neomed), który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania, ale w pierwszej kolejności wniósł o jego odrzucenie. Wskazał w jako podstawy odrzucenia tego odwołania pkt 3 i pkt 5 art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu, w tym na wskazywanej przez Przystępującego wykonawcę Neomed podstawie prawnej, a mianowicie art. 189 ust.2 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp, jednakże rozpoznaniu może podlegać tylko zarzut dotyczący Pozycji 2 WTT PRS (str. 9 odwołania pkt 5) opatrunku hemostatycznego. Izba odnośnie tego zarzutu nie zgodziła się z twierdzeniami Przystępującego, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 25 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 670/18, a o której to okoliczności – jako podstawie odrzucenia - stanowi powoływany przez wykonawcę Neomed art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp. W sentencji powołanego orzeczenia (sygn. akt: KIO 670/18) skład orzekający Izby nakazał: (...) *wezwanie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do dodatkowych wyjaśnień popartych dowodami (w wypadku złożenia oświadczeń producenta wraz z dokumentami pozwalającymi na weryfikację umocowania) dotyczących treści złożonej oferty w pakiecie 6 w zakresie opatrunku hemostatycznego, w szczególności czy opatrunek hemostatyczny ma charakter rozpuszczalnego, czy też nierozpuszczalnego gazowego opatrunku, jaką formę ma środek hemostatyczny /np. żel, płyn, czy inny/, jaką ilość środka hemostatycznego ma zaoferowany produkt oraz jaki ma skład środek hemostatyczny w zaoferowanym produkcie, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. Jednocześnie, Izba w ramach nakazanego wezwania do wyjaśnień nakazuje Zamawiającemu wezwanie do przedstawienia przez Odwołującego jako dowodu wiążącej próbki zaoferowanego produktu o Nr katalogowym JK023 (w nienaruszonym opakowaniu firmowym)*". W odwołaniu z dnia 18 czerwca 2018 r. rozpoznawanym przez ten skład orzekający Izby kwestionowany jest wynik tej oceny, a nie fakt wykonania takiej czynności. Zatem ujawnione w toku procedury wyjaśniającej okoliczności podlegają ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym.

Izba natomiast uwzględniła w całości argumentację Przystępującego, co do podstawy odrzucenia wskazanej w art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, odnośnie pozostałych zarzutów z punktu 1 i 4 odwołania, a dotyczących pozycji 5 i 44 WTT (pkt 1 i 4) oraz certyfikatu wskazanego w odwołaniu w punkcie 2 i w punkcie 3 - żelu Optimum Medical Solutions, stwierdzając, że te zarzuty zostały wniesione po upływie terminów wskazanych w art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Tak jak słusznie podnosił Przystępujący, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Jednocześnie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób

określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Niewątpliwie w piśmie z dnia 30 marca 2018 r. Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał z jakich powodów uznał, że treść oferty Neomed nie odpowiada treści SIWZ i jakie są podstawy jej odrzucenia. Jeżeli zatem Odwołujący uważał, że oprócz przyczyn odrzucenia oferty Przystępującego podanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 marca 2018 r. są jeszcze inne, niewskazane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia, to mógł i powinien w ustawowym terminie, liczonym od dnia otrzymania pisma Zamawiającego z dnia 30 marca 2018 r., wnieść odwołanie i postawić w nim wszystkie zarzuty dotyczące treści oferty Przystępującego, które nie zostały wskazane w podstawie faktycznej odrzucenia tej oferty. Niewątpliwie z pisma z dnia 30 marca 2018 r. mógł dowiedzieć się jakie było uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Przystępującego i w jakim zakresie Zamawiający uznał ją za niezgodną z treścią SIWZ. W stanie faktycznym tej sprawy Odwołujący powinien bowiem liczyć się z tym, że Przystępujący wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Tym samym Odwołujący mógł (nawet powinien) zabezpieczyć swój interes wnosząc odwołanie wobec pierwotnych wyników badania i oceny oferty Przystępującego, co wynika z przyjętej w przepisach Pzp zasady koncentracji środków odwoławczych. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych – tak jak podkreślał Przystępujący - nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący pośrednio przyznał w odwołaniu, że według orzeczenia KIO z 23 kwietnia 2018 r. nakaz dotyczył zbadania oferty Neomed tylko co do opatrunku hemostatycznego w zakresie wskazanym w jego sentencji, następnie powtórzonym i omówionym w uzasadnieniu tego wyroku.

Wobec powyższych ustaleń, w związku z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, Izba postanowiła wobec zgłaszanego przez Przystępującego w toku posiedzenia sprzeciwu (wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów z odwołania) skierować do rozpoznania na rozprawie odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego opatrunku hemostatycznego - Pozycja 2 WTT PRS (str. 9 odwołania pkt 5) w zakresie jak wskazano poniżej.

Izba, rozpoznając zarzut dotyczący opatrunku hemostatycznego według Pozycji 2 WTT PRS (str. 9 odwołania pkt 5) załącznika nr 5b do SIWZ stwierdziła, że zarzut ten podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z załącznikiem 5b do specyfikacji [Wymagania Taktyczno-Techniczne(WTT) - Plecaka Ratownika Sanitariusza (PRS) dla Opatrunku hemostatycznego w Pozycji nr 2 PRS opisano wymagania w punktach od 1 do 5. Podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczy wymagań z pozycji 2 WTT punktu 1 oraz pkt 4 tiret drugie i pkt 5. Stosownie do punktu 1 zastosowaniem opatrunku jest: *„tamowanie zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich”*. Dla tego opatrunku w punkcie 5 określono wymaganą formę (Forma opatrunku) podając: *„gaza z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego, szerokość 6-10 cm i długości 3-4 m, dopuszczalna jest inna długość gazy z dodatkiem środka hemostatycznego w ilości minimum 9g.”*

Odnosnie punktu 5) dla poz. 2 WTT Izba stwierdza, że zgodnie z opisem co do wymaganej formy opatrunku, miał on składać się z dwóch elementów: gazy oraz dodatku środka leczniczego – środka hemostatycznego. Wymagana gaza (sensu stricte) jest najpopularniejszym środkiem opatrunkowym, który ma postać rzadkiej tkaniny i której z kolei struktura nie pozwala na przyklejenie się do rany (nie jest w żadnym stopniu rozpuszczalna). Środek hemostatyczny w przypadku tego WTT miał być dodatkowo nie wchłaniany przez ranę (organizm - pkt 4 tiret 2). Cały z kolei opatrunek (pkt 4 tiret 3) ma być łatwy do usunięcia - opatrunek nie może przyklejać się do rany – a tym samym z całą pewnością nie może być rozpuszczalny.

Oferowany przez Przystępującego Neomed produkt „SOUNTOUCH Soluble Hemostatic Gauze o numerze katalogowym JK023 nie ma spełnia wymaganej formy. Ten opatrunek składa się z jednego stałego elementu - warstwy karboksymetylocelulozy, która pod wpływem kontaktu z krwią (osoczem), płynami ustrojowymi zmienia stan skupienia w żel. Zdaniem Izby ta okoliczność była przyznana także przez Przystępującego, który w toku rozprawy i w składanych pismach (także z 23.07.2018 r.) nie kwestionował tej okoliczności. Zamawiający zatem skutkiem powtórzenia w Pakiecie 6 w zakresie opatrunku hemostatycznego czynności badania i oceny oferty - zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 670/18) i z uwzględnieniem przedstawionej jako dowód wiążącej próbki zaoferowanego produktu o Nr katalogowym JK023 - prawidłowo stwierdził, że oferowany opatrunek hemostatyczny nie spełnia – co przyznał wprost na rozprawie w dniu 24 lipca 2018 r. przedkładając także dodatkowy wynik testu z dnia 11.07.2018 r. próbki

(z dnia 15.05.2018 r) - wymagań z pozycji 2 WTT. Oferowany produkt bowiem ma formę rozpuszczalnego opatrunku, czego dowodzą wyniki testu z 11 lipca br (pkt 3). Zgodnie z wynikiem testu cyt.: „Zwinięta część opatrunku częściowo rozpuściła się w fizjologicznym roztworze soli. Do roztworu soli przeszła część Karboksymetylocelulozy tworząc „zol” i sprawiając, że roztwór soli stał się lepki; Reszta opatrunku stworzyła dość zbity, lepki żel; W roztworze można było dostrzec bardzo cienkie włókna pierwotnej gazy”. Należy zgodzić się także z Zamawiającym, że z pewnością szczątkowe fragmenty pozostałego rdzenia gazy, nie pozwolą na łatwe usunięcie takiego opatrunku, co jest wymagane w WTT.

Powyższe ustalenia powodują zatem, że Izba za zasadny uznała podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem oferta wykonawcy Neomed co do wskazywanego dla pozycji 2 WTT produktu SUNTOUCH@Soluble Hemostatic Gauze oznaczonego numerem katalogowym JK023 nie spełnia wymagań z pkt 4 lit. b) oraz pkt 5. Z tego też względu Izba nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy w Pakiecie 6, a tym samym z tego powodu uwzględniła zarzut naruszenia art. 91 ust.1 i 2 Pzp w związku z jej art. 2 pkt 5 oraz zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i ust.2 Pzp.

Nie podlegał natomiast rozpoznaniu zarzut dotyczący punktu 1 pozycji 2 WTT. W tym przypadku bowiem miał także odpowiednie zastosowanie wskazany na wstępie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Ten zarzut podniesiony w odwołaniu z dnia 18 czerwca br jest zarzutem podniesionym po upływie terminu określonego w art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Tak jak Izba wskazała powyżej, Odwołujący mógł już z pisma z dnia 30 marca 2018 r. dowiedzieć się jakie było uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Przystępującego i w jakim zakresie Zamawiający uznał ją za niezgodną z treścią SIWZ. W sprawie KIO 670/18 okoliczność nie spełniania wymagania z punktu 1 dla poz. 2 nie była rozpoznawana przez Izbę. Należy przypomnieć tylko, że dotyczy on zastosowania opatrunku do tamowania zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich. Ta okoliczność, podobnie jak i pozostawione w tej sprawie bez rozpoznania zarzuty w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 Pzp - była podniesiona przez Odwołującego w jego piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia br. Niewątpliwie Zamawiający (dostrzegając nawet błąd po wyborze najkorzystniejszej oferty) nie tylko może ale powinien ponowić ocenę ofert z własnej inicjatywy bez względu na wniesione odwołanie czy jego brak a zatem w zakresie szerszym niż to wynika z wyroku KIO. Jednakże KIO rozpoznając dane odwołanie musi mieć na względzie reguły ustalone art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i stwierdzając okoliczność uchybienia terminowi, o której mowa w art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może rozpoznawać takiego zarzutu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy, uwzględniając odpowiednio przepisy rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba w tym przypadku miała na uwadze art. 186 ust. 6 pkt 3) lit. b) Pzp. Zgodnie z tym przepisem koszty postępowania odwoławczego ponosi: „b) *wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę (...)*. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego z dnia 4 lipca 2018 r. (data wpływu pisma w dniu 6.07.2018 r.) o zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika. W tym wniosku radca prawny powołując się na § 5 ust.3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (...) wniósł o zasądzenie takich kosztów tylko od Odwołującego w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę, a takie rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie nie zapadło.

.....