

Sygn. akt: KIO 1337/18

**WYROK**

**z dnia 23 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Norbert Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez **wykonawcę OneMed Polska Sp. z o.o., ul. Kolisty 25, 40-486 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, 20-081 Lublin**

przy udziale **wykonawcy Mercator Medical S.A., ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 1 w Lublinie unieważnienie czynności badania i oceny ofert w Zadaniu 3 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 3, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w Zadaniu 3, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mercator Medical S.A., ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę OneMed Polska Sp. z o.o., ul. Kolisty 25, 40-486 Katowice tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od wykonawcy Mercator Medical S.A., ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków na rzecz wykonawcy OneMed Polska Sp. z o.o., ul. Kolisty 25, 40-486 Katowice kwotę 19 085 zł 60 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemdziesiąt pięć**

złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 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 w Lublinie.

**Przewodniczący :** .....

## **Uzasadnienie**

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę obłożeń operacyjnych oraz folii operacyjnej bakteriobójczej dla potrzeb bloków operacyjnych Klinik SPSK nr 1. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2018 r. pod pozycją 2018/S 034-073478.

W dniu 9 lipca 2018 r. wykonawca OneMed Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Mercator Medical S.A., pomimo zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i w konsekwencji dokonania wyboru oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. jako najkorzystniejszej, niezgodnie z przepisami ustawy, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp oraz innych przepisów podanych w uzasadnieniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zażądał próbek od wykonawców w celu potwierdzenia, że zaoferowana dostawa odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że zbadanie, czy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada parametrom wskazanym w SIWZ jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego. W przypadku zażądania w postępowaniu dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, Zamawiający winien dokonać ich oceny, w tym oceny dostarczonych próbek. Zdaniem Odwołującego, złożone przez Mercator Medical S.A. w przedmiotowym postępowaniu próbki nie potwierdzają spełnienia wymagań wskazanych w SIWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że analiza oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. jednoznacznie wskazuje na niezgodności z treścią specyfikacji w następujących elementach:

1) Rozmiar fartucha oznaczony na dwa sposoby (załącznik nr 3 do SIWZ — pozycja 1 i 2) - zgodnie z treścią szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia rozmiar fartucha winien być oznaczony na dwa sposoby - w centymetrach oznaczających jego długość: a) 120 cm - e)170 cm oraz literowo a) M, b) L, c) XL, d) XXL, e)XXXL/XXL poszerzone. Odwołujący zauważył, że próbka załączona przez Mercator Medical S.A. nie posiada oznaczenia w centymetrach, a jedynie oznaczenie literowe, a co za tym idzie, w ocenie Odwołującego, jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, co z kolei winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał, jak powinno wyglądać oznaczenie w części dotyczącej rozmiaru fartucha. W przekonaniu Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia w tej części nie może budzić żadnych wątpliwości. Oferowane wyroby są wyrobami medycznymi i winny posiadać wszystkie oznaczenia wymagane przez Zamawiającego.

2) Minimalna długość rękawa (załącznik nr 3 do SIWZ - pozycja 112) — Zamawiający wskazał minimalne długości rękawa dla poszczególnych rozmiarów fartucha (M, L, XL, XXL). Jednocześnie, Zamawiający wskazał tolerancję rozmiaru +/- 2 cm. W przypadku oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. zaoferowane produkty nie spełniają wymagań SIWZ, tj.:

a. Pozycja 1 - minimalna wymagana długość rękawa dla rozmiaru M — 75,5-81 cm. Długość rękawa dostarczonej próbki Mercator Medical S.A. to 70 cm:

b. Pozycja 1 — minimalna wymagana długość rękawa dla rozmiaru L - 77-81 cm. Długość rękawa dostarczonej próbki Mercator Medical S.A. to 75 cm:

c. Pozycja 1 — minimalna wymagana długość fartucha dla rozmiaru XL - 150cm (+ /-5cm). Długość dostarczonej próbki zmierzona przez Zamawiającego dla rozmiaru XL to 137- 139 cm;

d. Pozycja 2 - minimalna wymagana długość fartucha dla rozmiaru XL - 150cm (+ / -5cm). Długość dostarczonej próbki zmierzona przez Zamawiającego dla rozmiaru XL to

133 cm przód, 138,5 cm tył;

e. Pozycja 2 - maksymalna wymagana długość rękawa dla rozmiaru XXL/XXXL - 84-89 cm. Długość rękawa dostarczonej próbki Mercator Medical S.A. w rozmiarze XXL to 90 cm;

3) Minimalne wymiary rzepa (załącznik nr 3 do SIWZ - pozycja 1 i 2) - Zamawiający wskazał rozmiar rzepa poprzez podanie parametrów od - do. W przypadku oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. zaoferowane produkty nie spełniają wymagań SIWZ, tj:

a. Pozycja 1 - minimalne wymiary rzepa 3 cm x 2.5-6 cm i 3 cm x 10-13 cm. Wymiary rzepa dostarczonej próbki Mercator Medical S.A. – 2 cm x 10 cm i 2 cm x 10 cm,

b. Pozycja 2 - minimalne wymiary rzepa 3 cm x 2.5-6 cm i 3 cm x 10-13 cm. Wymiary rzepa dostarczonej próbki Mercator Medical S.A. - 2cm x 10 cm i 2 cm x 10 cm.

4) Zaoferowanie fartuchów z dodatkowym ręcznikiem i serwetą, w którą fartuch jest zawinięty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał fartuchów bez dodatkowego ręcznika i bez dodatkowej serwety, w którą fartuch jest zawinięty. W ocenie Odwołującego, zaoferowanie produktu posiadającego ww. elementy jest zaoferowaniem przedmiotu niezgodnego z treścią specyfikacji. Zdaniem Odwołującego, nie można takiej oferty uznać za prawidłową ze względu na oferowanie dodatkowych elementów korzystnych dla Zamawiającego. Zaoferowanie fartuchów z dodatkowymi ręcznikami zmienia procedurę wykonywania zabiegów z zachowaniem zasad aseptyki, a ponadto produkty dodane (zarówno ręczniki, jak i serweta) generują dodatkowe koszty dla Zamawiającego w postaci konieczności ich utylizacji. Jak wskazał Odwołujący, z uwagi na ilość fartuchów, jaką Zamawiający szacował zakupić, koszt utylizacji dodatkowych ręczników oraz dodatkowych serwet znacznie zawyża koszty wykonywanych procedur medycznych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający celowo sporządził opis przedmiotu zamówienia wskazujący na fartuchy bez dodatkowych ręczników i serwety. W konsekwencji, jak stwierdził Odwołujący, przedmiot zamówienia zaoferowany przez Mercator Medical S.A. należy uznać za niezgodny z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu, w szczególności próbek złożonych przez wykonawcę Mercator Medical S.A.,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert w Zadaniu 3 postępowania,

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Zadaniu 3 i odrzucenia oferty złożonej przez Mercator Medical S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Mercator Medical S.A.

W dniu 23 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Na posiedzeniu Mercator Medical S.A. wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu objętego zamówieniem, jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i in. zawiera załącznik „formularz oferty” nr 1 do nr 49 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie rozdziału VII pkt 6 SIWZ zażądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, tj.:

a. oryginalnych katalogów zawierających dokładne opisy oferowanego

asortymentu z zaznaczeniem którego zadania dany katalog dotyczy - zadania od 1-49,

b. arkuszy danych technicznych produktu, potwierdzających spełnianie normy EN 13795-1, 2, 3 - zadania od 1-49,

c. Próbkki w ilości po 1 sztuce do każdej pozycji w zadaniu w zakresie zadań od 1-49.

Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ – Formularz oferty-Formularz cenowy dla Zadania 3 Zamawiający postawił następujące wymagania wobec przedmiotu zamówienia:

Jednorazowe jałowe uniwersalne fartuchy operacyjne, pełno - barierowe, wykonane z włókniny SMMMS, pięciowarstwowe, posiadające miękkie poliestrowe mankiety (min. 7 cm) nie powodujące ucisku na skórę, podwójny szew na szerokich rękawach, zapewniających swobodę ruchów. Fartuch o gramaturze 35g/m<sup>2</sup>, przy szyi zapinany na rzep, w pasie wiązany na trok. Fartuch wyposażony w 2 troki zewnętrzne i 2 wewnętrzne, troki zewnętrzne połączone kartonikiem. Odporność na przenikanie cieczy > 40cm H<sub>2</sub>O. Odporność na rozerwanie na sucho 200kPa Odporność na rozerwanie na mokro 200kPa IB – 2,9 Produkt sterylny, pakowany w sposób gwarantujący aseptyczny sposób aplikacji. Zapakowany w opakowanie pośrednie kartonowe – dyspenser z perforowanym jednym brzegiem oraz karton transportowy (zawiera etykietę produktu) – w celu zapewnienia bezpieczeństwa transportu i przechowywania w warunkach bloku operacyjnego. Na opakowaniu minimum 4 repositionowalne etykiety samoprzylepne zawierające numer katalogowy, serię, datę ważności oraz informację o producencie służące do archiwizacji danych.

Rozmiary : M, L, XL.

Jednorazowe jałowe uniwersalne fartuchy operacyjne, wzmocnione, pełnobarierowe, wykonane z włókniny SMMMS, pięciowarstwowe, posiadające miękkie poliestrowe mankiety (min. 7cm) nie powodujące ucisku na skórę, podwójny szew na szerokich rękawach, zapewniających swobodę ruchów. Fartuch o gramaturze 35g/m<sup>2</sup>, przy szyi zapinany na rzep, w pasie wiązany na trok. Posiadający przepuszczające powietrze wzmocnienia z laminatu w części przedniej i na rękawach o gramaturze 50g/m<sup>2</sup>. Fartuch wyposażony w 2 troki zewnętrzne i 2 wewnętrzne, troki zewnętrzne połączone kartonikiem. operatora. Odporność

na przenikanie cieczy > 100cm H<sub>2</sub>O. Odporność na rozerwanie na sucho 200kPa. Odporność na rozerwanie na mokro 200kPaIB – 6,0 Produkt sterylny, pakowany w sposób gwarantujący aseptyczny sposób aplikacji. Zapakowany w opakowanie pośrednie kartonowe – dyspenser z perforowanym jednym brzegiem oraz karton transportowy (zawiera etykietę produktu) – w celu zapewnienia bezpieczeństwa transportu i przechowywania w warunkach bloku operacyjnego. Na opakowaniu minimum 4 repositionowalne etykiety samoprzylepne zawierające numer katalogowy, serię, datę ważności oraz informację o producencie służące do archiwizacji danych.

Rozmiary: L, XL, XXL, XXXL.

Modyfikacją SIWZ z dnia 9 marca 2018 r. w zakresie zadania nr 3 Zamawiający zmienił wymagania wobec przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

#### Sterylny fartuch chirurgiczny

Fartuch wykonany z włókniny SMMS o gramaturze 35 g/m<sup>2</sup>. Złożony w sposób zapewniający aseptyczną aplikację i zachowujący sterylny obszar na plecach. Wiązany na troki wewnętrzne oraz troki zewnętrzne z kartonikiem; z tyłu, w okolicach szyi, zapięcie na rzep min. 3 cm x 6 cm i 3 cm x 13 cm. Mankiety wykonane z poliestru o długości 8 – 10 cm. Szwy wykonane techniką ultradźwiękową. Zgodny z normą PN EN 13795 wymagania wysokie dla strefy krytycznej i mniej krytycznej. Odporność na rozerwanie na sucho i mokro badana metodą EN ISO 13938-1 > 140 kPa, IB >3 .Oznakowanie rozmiaru w postaci naklejki naklejonej na fartuchu, pozwalające na identyfikację przed rozłożeniem. Zapakowany w opakowanie papierowo - foliowe posiadające dwie etykiety samoprzylepne dla potrzeb dokumentacji zawierające nr katalogowy, LOT, datę ważności oraz dane producenta. Wewnętrzne opakowanie transportowe stanowił torba polietylenowa zabezpieczająca przed przedostaniem się wilgoci ( zagwarantuje pełną aseptykę produktu ).

Rozmiar fartucha oznaczony na dwa sposoby : w centymetrach oznaczających jego długość – a) 120 cm, b)130cm, c)150 cm ,d) 150 cm ,e) 170 cm oraz literowo – a) M ,b) L, c) XL , d) XXL ,e) XXXL//XXL poszerzone.

Tolerancja rozmiaru+/-5 cm

Minimalna długość rękawa od wycięcia pod szyją do mankietu analogicznie do



rozmiarów fartucha:

a) 79cm, b) 79cm, c) 85cm ,d) 94cm, e) 86cm.

Tolerancja rozmiaru (długość rękawa)

+/-2 cm

Rozmiary: M, L, XL, XXXL/XXL poszerzone.

Sterylny fartuch chirurgiczny wzmocniony

Fartuch wykonany z włókniny SMMS o gramaturze 35 g/m<sup>2</sup>. Nieprzemakalne wzmocnienia wykonane z laminatu dwuwarstwowego: włóknina polipropylenowa i folia polietylenowa, w części przedniej i na rękawach. Gramatura wzmocnienia w części przedniej fartucha 42 g/m<sup>2</sup> , na rękawach 40,5 g/m<sup>2</sup>.

Złożony w sposób zapewniający aseptyczną aplikację i zachowujący sterylny obszar na plecach, wiązany na troki wewnętrzne oraz troki zewnętrzne z kartonikiem; z tyłu, w okolicach szyi, zapięcie na rzep min. 3 cm x 6 cm i 3 cm x 13 cm, mankiety o długości 8 - 10 cm wykonane z poliestru. Szwy łączące rękaw z korpusem czterościenne wykonane techniką ultradźwiękową. Zgodny z normą PN EN 13795 wymagania wysokie dla strefy krytycznej i mniej krytycznej. Odporność na przenikanie cieczy > 40cm H<sub>2</sub>O a w strefie krytycznej >120 cm H<sub>2</sub>O. Odporność na rozerwanie na sucho i mokro badana metodą EN ISO 13938-1 > 142kPa. IB > 3 na całej powierzchni, a w obszarach wzmocnionych IB na poziomie 6. Oznakowanie rozmiaru w postaci naklejki naklejone na fartuchu, pozwalające na identyfikację przed rozłożeniem. Zapakowany w opakowanie papierowo - foliowe posiadające dwie etykiety samoprzylepne dla potrzeb dokumentacji zawierające nr katalogowy, LOT, datę ważności oraz dane producenta. Wewnętrzne opakowanie transportowe stanowił torba polietylenowa zabezpieczająca przed przedostaniem się wilgoci i tym samym zagwarantuje pełną aseptykę produktu.

Rozmiar fartucha oznaczony na dwa sposoby np. : w centymetrach oznaczających jego długość – a) 130, b) 150 cm , c) 150 cm, d) 170 oraz literowo – a) L, b) XL, c) XXL, d) XXXL/XXL poszerzone. Minimalna długość rękawa od wycięcia pod szyją do mankietu analogicznie do w/w rozmiarów: a) 79 cm, b) 85cm, c) 94 cm, d) 86 cm. Tolerancja rozmiaru

(długość rękawa) +/-2 cm

Wymiary materiału wzmocnienia przodu analogicznie do w/w rozmiarów w cm, tolerancja rozmiaru +/-5 cm a) 100x50 cm b) 105x55 cm, c) 105x55 cm, d) 105x55 cm. Minimalna długość materiału wzmocnienia rękawa w analogicznie do w/w rozmiarów w cm a) 40 cm, b) 42 cm, c) 42cm, d) 42 cm.

Tolerancja rozmiaru (długość) wzmocnienia rękawa +/-2 cm

L, XL, XXL, XXXL.

W dniu 21 marca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ.

Zapytanie 134:

Dotyczy zadania 3 poz. 1

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o dopuszczenie w powyższym pakiecie w pozycji 1 fartuchów o poniższych parametrach:

Jednorazowe uniwersalne fartuchy operacyjne, pełnobarierowe, wykonane z włókniny SMMMS, pięciowarstwowe, posiadające miękkie poliestrowe mankiety (min. 7 cm) nie powodujące ucisku na skórę, mocniejszy poczwórny szew na szerokich rękawach typu reglan, zapewniających swobodę ruchów. Fartuch o gramaturze 35g/m<sup>2</sup>, przy szyi zapinany na rzep, w pasie wiązany na trok. Fartuch wyposażony w 2 troki zewnętrzne (połączone kartonikiem) i 2 troki wewnętrzne. Odporność na przenikanie cieczy 49,5 cm H<sub>2</sub>O. Odporność na rozerwanie na sucho 140 kPa i na mokro 130 kPa, IB – 3. Produkt sterylny, pakowany w sposób gwarantujący aseptyczny sposób aplikacji. Zapakowany pojedynczo w zgrzewaną kopertę papierowo-foliową posiadającą wskaźnik sterylizacji i 2 naklejki transferowe typu TAG zawierające numer katalogowy, serię, datę ważności oraz nazwę importera - służące do archiwizacji danych. Pakowanie: 1 sztuka w kopercie, 50 sztuk w kartonie zabezpieczonym od wewnątrz folią. Rozmiary M, L, XL.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza.

Zapytanie 135:

Dotyczy zadania 3 poz. 2

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o dopuszczenie w powyższym pakiecie w pozycji 2 fartuchów o poniższych parametrach:

Jednorazowe uniwersalne fartuchy operacyjne, pełnobarierowe, wykonane z włókniny SMMMS, pięciowarstwowe, posiadające miękkie poliestrowe mankiety (min. 7 cm) nie powodujące ucisku na skórę, mocniejszy poczwórny szew na szerokich rękawach typu reglan, zapewniających swobodę ruchów. Fartuch o gramaturze 35g/m<sup>2</sup>, przy szyi zapinany na rzep, w pasie wiązany na trok. Posiadający przepuszczające powietrze wzmocnienia z laminatu w części przedniej i na rękawach o gramaturze 40g/m<sup>2</sup>. Fartuch wyposażony w 2 troki zewnętrzne (połączone kartonikiem) i 2 troki wewnętrzne. Odporność na przenikanie cieczy w obszarze krytycznym 215 cm H<sub>2</sub>O. Odporność na rozerwanie w strefie krytycznej na sucho 150 kPa i na mokro 140 kPa, IB – 6. Produkt sterylny, pakowany w sposób gwarantujący aseptyczny sposób aplikacji. Zapakowany pojedynczo w zgrzewaną kopertę papierowo-foliową posiadającą wskaźnik sterylizacji i 2 naklejki transferowe typu TAG zawierające numer katalogowy, serię, datę ważności oraz nazwę importera - służące do archiwizacji danych. Pakowanie: 1 sztuka w kopercie, 50 sztuk w kartonie zabezpieczonym od wewnątrz folią. Rozmiary L, XL, XXL, XXXL.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dopuszcza.

Pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Mercator Medical S.A. do uzupełnienia próbek w zadaniu 3 pozycja 1 i 2. Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten złożył próbki niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że dopuścił w odpowiedzi na zapytania parametry oferowanych fartuchów, natomiast przy braku zapytania o pozostałe parametry Zamawiający przyjmuje te opisane w SIWZ. Zamawiający poinformował, że złożone próbki nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie długości fartucha przy rozmiarze XL, długości rękawa przy rozmiarze XL, jak też rozmiaru rzepu w pozycji 1 i 2.

Wykonawca Mercator Medical S.A. pismem z dnia 18 czerwca odpowiedział na

wezwanie uznając je za niezasadne. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania nr 134 i 135 dopuścił zaoferowanie produktu o parametrach wskazanych w pytaniach w miejsce produktu o parametrach wskazanych w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Mercator Medical S.A., wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli zaoferować produkt zgodny z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia, alternatywnie, produkt o parametrach wskazanych w pytaniach 134 i 135. Za taką interpretacją przemawia, zdaniem Mercator Medical S.A., sposób sformułowania pytań, wskazujący, w opinii Mercator Medical S.A., że intencją pytającego było, żeby Zamawiający wypowiedział się co do możliwości zmiany całego opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, że pytający zaproponował kompletny opis. Mercator Medical S.A. zwróciła też uwagę na chronologię wydarzeń. Mercator Medical S.A. wskazała też, że zgodnie z utrwaloną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych zasadą, wszystkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców. Jak zauważyła Mercator Medical S.A., Zamawiający dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia już po upływie ustawowego terminu na zgłoszenie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Uniemożliwiło to wykonawcom, zdaniem Mercator Medical S.A., złożenie wniosków o wyjaśnienie bądź zmianę opisu przedmiotu zamówienia. Mercator Medical S.A. dla potwierdzenia zgodności produktów ponownie przekazał złożone już wcześniej próbki fartuchów w rozmiarze XL dla pozycji 1 i 2.

W dniu 28 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Mercator Medical S.A. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 3.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z jej modyfikacjami i odpowiedziami Zamawiającego na pytania co do jej treści, ofertę złożoną przez Mercator Medical S.A., wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2018 r., odpowiedź na ww. wezwanie Mercator Medical S.A. z dnia 18 czerwca 2018 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych przez Odwołującego zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

W przedmiotowej sprawie nie była sporna między stronami okoliczność, że próbki fartuchów zaoferowanych przez Mercator Medical S.A. nie posiadały parametrów, na które wskazał Odwołujący, dotyczących oznaczenia rozmiaru fartucha, długości rękawa, długości fartucha, wymiaru rzepa. Mercator Medical S.A. nie zaprzeczyła twierdzeniom Odwołującego w tym zakresie. Przedmiotem sporu była rola odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców i modyfikacji SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, że fakt zadania przez wykonawcę pytań do treści SIWZ, które dotyczyły wymienionych w nich parametrów produktu, nie unieważnia zakomunikowanych wykonawcom wymogów Zamawiającego dotyczących innych cech produktu, których pytania wykonawcy nie dotyczyły. Odpowiedź Zamawiającego na pytania nr 134 i 135 bez wątplenia należy czytać w ten sposób, że Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie produktu o parametrach wymienionych w pytaniach. Nie zmienia to jednak faktu, że treść SIWZ po modyfikacji z dnia 9 marca 2018 r. zawierała również inne wymogi co do przedmiotu zamówienia, które, jako nie objęte pytaniami wykonawcy, pozostały wiążące.

Bez wpływu na powyższe pozostaje chronologia zdarzeń i okoliczność, że Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ już po zadaniu pytań przez Mercator Medical S.A. i przed udzieleniem na nie odpowiedzi. Wprowadzone przez Zamawiającego wymagania, których nie dotyczyły pytania 134 i 135, są wiążące dla wszystkich wykonawców.

Na uwagę zasługuje także okoliczność, że fakt, iż Zamawiający dokonał zmiany SIWZ po upływie terminu na zadawanie pytań, nie wpływa na uprawnienie wykonawcy do

kierowania do Zamawiającego próśb o wyjaśnienie treści SIWZ. Art. 38 ust. 1 ustawy Pzp określa obowiązek Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi wykonawcy na pytania zadane w określonym terminie. Jednocześnie, art. 38 ust. 2 ustawy Pzp wprost wskazuje na uprawnienie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści SIWZ, jeżeli wniosek w tej sprawie wpłynął po terminie określonym w ust. 1 lub dotyczy udzielonych wyjaśnień. Mercator Medical S.A. była zatem uprawniona do skierowania do Zamawiającego prośby o wyjaśnienie kwestii wymagań wobec przedmiotu zamówienia nie objętych pytaniami 134 i 135. Dodatkowo, modyfikacja SIWZ mogła zostać zakwestionowana przez wykonawcę w trybie środków ochrony prawnej.

Z uwagi na fakt, że produkty zaoferowane przez Mercator Medical S.A. nie spełniają wymagań Zamawiającego w zakresie oznaczenia rozmiaru fartucha, długości rękawa, długości fartucha, oraz wymiaru rzepa, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. W konsekwencji, na uwzględnienie zasługuje również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący zaoferowania przez Mercator Medical S.A. fartuchów z dodatkowym ręcznikiem i serwetą, w którą fartuch jest zawinięty. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że dodatkowe produkty stanowią utrudnienie dla Zamawiającego i generują koszty w sposób znaczący zawyżające koszty wykonywanych procedur medycznych. Jednocześnie, Mercator Medical S.A. złożyła wyliczenie wskazujące na nieznaczne zwiększenie kosztów Zamawiającego z tego tytułu. Odwołujący wyliczenia tego nie podważył.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący :** .....