

Sygn. akt: KIO 2215/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 listopada 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 4 listopada 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2014 r. przez **Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus z siedzibą w Warszawie, ul. Lindleya 2**

przy udziale **wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2215/14 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A i :**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sterylnych zestawów operacyjnych i zabiegowych wraz z materiałami opatrunkowymi dla bloków operacyjnych i sal zabiegowych, pieluchomajtek zostało wszczęte przez zamawiającego Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus z siedzibą w Warszawie, ul. Lindleya 4 ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2014r. za numerem 2014/S 137-245485.

W dniu 15 października 2014r. zamawiający poinformował drogą elektroniczną o wynikach postępowania w tym m. in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu w pakiecie 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 jako najkorzystniejszej oferty Paul Hartmann Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pabianicach, ul. Partyzancka 133/151 w pakiecie nr 8 poz. 12 oraz o odrzuceniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A i Nettle Kancelaria Prawno-Finansowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pakiecie 8 poz. 1, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22.

W dniu 24 października 2014r. pisemne odwołanie wniosła Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A (dalej odwołujący). Odwołanie zostało podpisane przez profesjonalnego pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 października 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Pełnomocnictwo upoważniało pełnomocnika do wniesienia odwołania na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty spółki częściowo w zakresie pakietu nr 8 i wyborze w tym pakiecie częściowo oferty złożonej przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 października 2014r. faksem.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty spółki Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. w Białymstoku, złożoną na pakiet 8 poz. 1, 4, 5, 6, 7, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 22 zamówienia,

2) wyborze w pakiecie 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., która nie jest zgodna z wymogami postawionymi w siwz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, a w szczególności:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne i dowolne uznanie sprzeczności oferty z postanowieniami siwz w zakresie dokonanych przez zamawiającego własnych pomiarów serwet oraz braku równoważności wyrobów zaoferowanych przez odwołującego oraz poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty nie odpowiadającej wymaganiom siwz i nie odpowiadającej wymaganiom stawianym przez zamawiającego ofercie odwołującego,
- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego.
- 3) naruszenie 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad udzielania zamówienia, w tym nierówne traktowanie wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w pakiecie nr 8 poz. 1, 4, 5, 6, 7, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 22 zamówienia
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i nakazanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 zamówienia, złożonej przez odwołującego,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania wywołanego odwołaniem.

Ponadto o:

- 4) dopuszczenie na rozprawie dowodów w postaci:
  - a. Protokołu z pomiaru serwet zaoferowanych przez Molnlycke Health Care Polska Sp. z o.o., Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych SA oraz Paul Hartmann Polska Sp. z o.o na okoliczność wykazania stosowanej przez zamawiającego metody pomiaru, wyników tych pomiarów i nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.
  - b. Protokołów z wyników badań zamawiającego dotyczących innych właściwości oferowanych w postępowaniu wyrobów na Pakiet 8 w zakresie np. gramatury, rodzaju użytych materiałów.
  - c. Referencji wystawionych przez zamawiających, którzy używają tożsamyh wyrobów odwołującego z przedmiotem zamówienia na okoliczność, że wyroby oferowane przez odwołującego mają charakter równoważny zgodnie z ich przeznaczeniem medycznym,

d. Zobowiązania zamawiającego do przedłożenia na rozprawie próbek wyrobów oferowanych w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego i dopuszczenia tych próbek na okoliczność spełnienia przez odwołującego wymogów siwz,

e. Zobowiązania zamawiającego do przedłożenia na rozprawie próbek wyrobów oferowanych w przedmiotowym postępowaniu przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych SA i dopuszczenia tych próbek na okoliczność nie spełnienia przez tego wykonawcę wymogów zamawiającego określonych w specyfikacji, np. wymogu umieszczenia na opakowaniu zewnętrznym/metce odlepnej kodu kreskowego, co jest niezgodne z zapisami siwz.

Odwołującemu wskazał, że przysługuje mu interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy bowiem złożył w postępowaniu ważną ofertę na pakiet nr 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 zamówienia, w konsekwencji zaś naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania, pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia w części będącej przedmiotem odwołania, co skutkuje potencjalną możliwością poniesienia szkody w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w postępowaniu w zakresie Pakietu Nr 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców: Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. w Białymstoku oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu. W zakresie pakietu nr 8 poz. 12 ofertę złożyło trzech wykonawców: Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. w Białymstoku, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu oraz Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 8 zamawiający dopuścił możliwość składania oferty na poszczególne pozycje (Rozdz. II pkt. 4 siwz) a oferowana cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert (Rozdz. IX siwz).

Podniósł, że zamawiający w Rozdz. I pkt. 3 siwz dopuścił możliwość składania ofert równoważnych i wskazał, iż za asortyment równoważny zamawiający uzna ten, który posiada te same lub lepsze od opisanych w siwz parametrów technicznych i jakościowych, a jego zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie asortymentu zgodnie z przeznaczeniem medycznym" Jednocześnie w formularzu asortymentowo cenowym w zakresie pakietu nr 8 zamawiający, w ocenie odwołującego, doprecyzował, iż przez wyroby równoważne rozumie wyroby, których skład, rozmiar i parametry mieszczą się w zakresie podanych w opisie przedmiotu zamówienia tolerancjach. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dla każdej pozycji w pakiecie 8 wskazał, iż są to „minimalne skład i wymiary" dopuszczając tym samym możliwość złożenia oferty na wyroby o składach i rozmiarach większych niż wskazane w siwz, nie wskazał bowiem w siwz parametrów

maksymalnych przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zdaniem odwołującego, w siwz nie wskazał żadnych dodatkowych parametrów i wielkości granicznych pod którymi rozumiał będzie spełnienie wymogu równoważności oraz jego ocenę.

Odwołujący stwierdził, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę na pakiet nr 8 poz. 1, 4, 5, 6,7, 12, 15,16, 17,18,19,20, 22 zamówienia oferując wyroby zgodne z wymogami siwz. Na potwierdzenie faktu, iż zaoferowana dostawa spełnia wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia przedłożył próbki oferowanych wyrobów (vide Rozdz. III część C pkt. 16 siwz). Po ocenie i badaniu oferty zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w części pozycji.

Odwołujący uznał tę czynność zamawiającego za wadliwą, która winna ulec zmianie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne i dowolne uznanie sprzeczności oferty z postanowieniami siwz w zakresie dokonanych przez zamawiającego własnych pomiarów serwet oraz braku równoważności wyrobów zaoferowanych przez odwołującego,

a) W zakresie pakietu nr 8 poz. 1, 4, 5, 6, 7, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 22 :

Zamawiający wymagał: „fartuch chirurgiczny ( ... ) szwy szyte metodą ultradźwiękową. Dopuszcza się szycie tradycyjne w miejscu mocowania rzepów i troków” Zdaniem zamawiającego oferowany fartuch jedynie w niewielkiej części rękawa jest szyty metodą ultradźwiękową, w pozostałych miejscach metodą tradycyjną i tym samym nie spełnia on wymogów SIWZ. Ponadto w odpowiedziach na pytania wykonawców (pismo z dnia 05.09.2014 ) w pytaniu nr 32 zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania fartuchów w których tylko „rękawy są szyte metodą ultradźwiękową” (!). Tym samym uznał tak szyte fartuchy za spełniające wymóg równoważności.

Oferowany przez odwołującego fartuch posiada szycie szwów metodą ultradźwiękową w rękawach, tak jak dopuścił zamawiający, do wysokości łokcia, co w przypadku tego wyrobu medycznego jest uznane za strefę krytyczną, mającą kluczowe znaczenie dla funkcjonalności fartucha (dowód: próbka fartucha z przedmiotowego postępowania). Zamawiający w siwz nie sprecyzował ( również w wyjaśnieniach na zapytania wykonawców), iż szwy rękawów powinny być szyte metodą ultradźwiękową na całej swojej długości (dowód: opis przedmiotu zamówienia). Ponadto oferowany fartuch spełnia wszystkie wymagania normy PN EN 13795 odnoszącej się m.in. do fartuchów chirurgicznych i ma te same właściwości.

Zaoferowane przez Mölnlycke Health Carre Polska Sp. z o.o. wyroby, w zakresie w jakim odbiegają od wymogów granicznych wymagań siwz, w pełni, zdaniem odwołującego, wyczerpują znamiona warunku równoważności postawionego przez zamawiającego w siwz. Zamawiający precyzyjnie określił, iż za asortyment równoważny zamawiający uzna ten, który posiada te same lub lepsze od opisanych w siwz parametrów technicznych i jakościowych a

jego zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie asortymentu zgodnie z przeznaczeniem medycznym. Zamawiający w treści siwz nie wskazał żadnych określonych wartości (czy też zakresów), które definiowałyby to czy wyrób oferowany jest „lepszy” pod względem konstrukcji, składu materiałów, szwów czy rozmiarów. Tym samym zamawiający pozostawił decyzję po stronie wykonawców, które z oferowanych przez nich wyrobów można uznać za „lepsze”. Odwołujący podkreślił także, iż sposób szycia szwów nie ma żadnego wpływu na funkcjonowanie asortymentu zgodnie z przeznaczeniem medycznym.

Wyroby proponowane w ofercie równoważnej nie muszą cechować się dokładnie takimi samymi parametrami jak te, które podane były w siwz. Kwestię tę przesądziło, zdaniem odwołującego, w sposób jednoznaczny orzecznictwo KIO np. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1400/08 czy sygn. akt KIO/UZP 967/09).

Równoważność złożonej oferty, w ocenie odwołującego, oznacza, że nie jest to oferta identyczna, a jedynie jest ona pod względem parametrów technicznych lub jakościowych zbliżona do produktów przedstawianych w specyfikacji, jak tego wymagał zamawiający w postępowaniu .

Odwołujący podkreślił, iż składając ofertę kierował się postanowieniami siwz. Zgodnie z wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2011 r. KIO - wątpliwości dotyczące treści siwz, należy, badając i oceniając oferty, rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Nie można na niekorzyść wykonawców, jak uczynił to względem odwołującego zamawiający, interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji. Zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji – tak wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie KIO/UZP 48/09.

Kwestionowanie równoważności oferowanych wyrobów w oparciu o subiektywną decyzję zamawiającego nie znajdującą odzwierciedlenia w wymaganiach specyfikacji jest, w ocenie odwołującego, wadliwe i niezgodne z ustawą.

Oдноśnie pakietu nr 8 poz. 1, 4, 5, 6, 7, 16, 17, 18, 19, 20, 22 odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę zarzucając, iż oferowane rozmiary serwet czy też osłony na przewody, w poszczególnych pozycjach tego pakietu, mają inny wymiar niż wskazane przez zamawiającego w siwz. Rozbieżność w skalkulowanych przez zamawiającego wymiarach wynika z informacji zawartych w notatce z przeglądu ofert konkurencji złożonej przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. i dokonanych przez zamawiającego własnoręcznych pomiarów. W ocenie odwołującego pomiary takie są wadliwe i nie mogą stanowić przyczyny odrzucenia oferty. Aby pomiar mógł zostać uznany za właściwy musi być

przeprowadzony w ściśle określonych warunkach, przy odpowiednim naprężeniu serwet (materiałów), certyfikowanymi przyrządami mierniczymi. Sam fakt, iż np. serweta w pakiecie nr 8 poz. 1, która wg informacji na etykiecie posiada wymiar 150 x 190 cm - wg notatki wykonawcy - TZMO posiada wymiar 150 x 186 cm, a z pomiaru zamawiającego uzyskano 150 x 188 cm, podczas gdy taka sama serweta (tzn. serweta która wg etykiety ma wymiar 150 x 190 cm) po pomiarach zamawiającego w kolejnych pozycjach pakietu osiągnęła poniższe wyniki, odpowiednio:

- pakiet 8 poz. 4, 5, 6, 7 wg zamawiającego 185,5 cm x 150 cm podczas gdy wg pomiaru TZMO jest to 186 x 150 cm

- pakiet 8 poz. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22 wg zamawiającego 186 x 150 cm.

W ocenie odwołującego to wskazuje, że takie pomiary są wadliwe i nieobiektywne. Zamawiający podał również fakt, iż przedmiotowych pomiarów, które miałyby być „weryfikacją” zgodności oferowanych wyrobów z zapisami w siwz dokonano wyłącznie w stosunku do wyrobów odwołującego, pomijając w ogóle badanie próbek innych wykonawców. Z takiego pomiaru (jak wynikało z informacji przedstawicieli zamawiającego) nie sporządzono żadnego protokołu, który wskazywałby na sposób dokonywania pomiarów czy też rodzaj użytych narzędzi. W dokumentacji przetargowej nie ma również żadnego protokołu z pomiarów dokonanych na wyrobach pozostały wykonawców.

W wyroku KIO z 4 maja 2010 648/10 zaaprobowanym przez Sąd Okręgowy w Gliwicach (sygn. akt: X Ga 143/10/za) wskazał, iż wadą SIWZ jest brak określenia w niej metody badania wyrobu medycznego, gdyż wpływa to na niemożność dokonania oceny i wyboru ofert w tym zakresie. Bez określenia metodologii pomiaru (narzędzi pomiarowych) zamawiający nie ma możliwości skutecznej weryfikacji, czy wymiar serwety faktycznie jest zgodny z określonym przez zamawiającego. Różne bowiem próby pomiaru dają prowadzą do rozbieżności uzyskiwanych wyników.

Co do pakietu nr 8 poz. 4, 5, 6, 7, 16, 17, 18, 19, 20, 22 odwołujący podał, że zamawiający wymagał aby serweta na stolik Mayo była składana teleskopowo. W ocenie zamawiającego oferowana przez odwołującego serweta na stolik Mayo nie jest składana teleskopowo, co utrudnia założenie na stolik i prowadzi do zabrudzenia. Zamawiający wymagał, aby składana była do środka. W odpowiedziach na pytania wykonawców zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania serwety na stolik Mayo składanej teleskopowo z zachowaniem wszelkich zasad aseptycznej aplikacji (odpowiedzi z dnia 05.09.2014r). Tym samym, zdaniem odwołującego, dopuścił możliwość zaoferowania serwety składanej teleskopowo ale nie do środka. Oferowana przez odwołującego serweta na stolik Mayo jest złożona teleskopowo - warstwy serwety wsunięte są pod brzegi serwet, a sposób aplikacji umożliwia aseptyczne zabezpieczenie stolika Mayo. Ponadto ponownie odwołujący wskazał, że zamawiający

dopuszczył możliwość oferowania wyrobów równoważnych, a zatem odrzucenie oferty odwołującego jest w tym zakresie również wadliwe.

W zakresie pakietu nr 8 doz. 4, 5, 6, 7, to zamawiający wymagał zaoferowania setonu "rozmiar 2 m x 5 cm". Zdaniem zamawiającego zaoferowany seton o szerokości 6 cm nie spełnia wymagań siwz. W ocenie odwołującego takie stwierdzenie jest wadliwe, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał iż podane składy i wymiary są minimalne. A zatem w sytuacji, gdy opisane w siwz 5 cm jest wartością minimalną to 6 cm wypełnia warunek graniczny jako wartość wyższa niż wskazana w siwz.

Odnosnie pakietu nr 8 poz. 1 odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał zaoferowania "opatrunku ocznego z wkładem chłonnym zawiniętym całkowicie w gazę". Zdaniem zamawiającego oferowany opatrunek nie jest zawinięty w gazę. W ocenie odwołującego z zapisu siwz wynika, iż to nie cały opatrunek miał być zawinięty w gazę a jedynie wkład chłonny miał być otoczony gazą. W tym aspekcie opatrunek zaoferowany przez odwołującego wypełnia w pełni przedmiotowy warunek, gdyż część chłonna opatrunku jest osłonięta gazą, tak jak wymagał tego zamawiający. Ponadto zamawiający wymagał zaoferowania pokrowca na podłokietnik z gumką 60 x 35 cm. Zdaniem zamawiającego brak gumki w oferowanym przez odwołującego pokrowcu dyskwalifikuje ten wyrób jako niezgodny z zapisami siwz. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dopuścił możliwość oferowania wyrobów równoważnych i w tym zakresie oferowany przez odwołującego pokrowiec na podłokietnik spełnia swoje funkcje w pełni zabezpieczając powierzchnie podłokietników metodą inną niż mocowanie na gumkę. Zamawiający nie wskazał przyczyn dla których nie uznał, iż wyrób ten spełnia wymóg równoważności.

Co do pakietu nr 8 doz. 4, 6, to zamawiający wymagał zaoferowania "raspatora metalowego dł. 18 cm". Zdaniem zamawiającego oferowany przez odwołującego respator wyglądem przypomina wymagany produkt, jednakże nie spełnia podstawowych funkcji, do których ma służyć - obydwie końcówki są zbyt grube, żeby można było sprawnie oddzielić tkanki miękkie od kości do czego jest faktycznie przeznaczony. W ocenie zamawiającego jest bezużyteczny. W ocenie zaś odwołującego uznanie złożonej w tym zakresie oferty za niezgodną z zapisami SIWZ jest wadliwe gdyż w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający odniósł się tylko do długości raspatora nie precyzując żadnych wymagań dotyczących grubości końcówek. Jednocześnie w zakresie tego pakietu zamawiający uznał jako najkorzystniejszą ofertę Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. która zaoferowała respator ze znacznie grubszyimi końcówkami, co można stwierdzić w badaniu organoleptycznym. Taki sposób oceny i badania ofert w postępowaniu to dowolność zamawiającego, wykraczająca poza ramy wymagań siwz i zasady jakimi winien się kierować w postępowaniu.



W zakresie pakietu nr 8 poz. 4, 5 odwołujący podał, że zamawiający wymagał zaoferowania serwety z (...) wycięciem U przy szyi o wymiarze dł. 50 cm x szer. 20 cm. Zdaniem zamawiającego oferowana serweta posiada wycięcie w rozmiarze 97 x 20 cm, co jest zdecydowanie za duże. W ocenie odwołującego takie stwierdzenie jest wadliwe, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał iż podane składy i wymiary są minimalne. A zatem w sytuacji, gdy opisane w SIWZ 50 cm jest wartością minimalną, to 97 cm wypełnia warunek graniczny jako wartość wyższa niż wskazana w siwz.

Odnosnie pakietu nr 8 poz. 7 zamawiający wymagał zaoferowania serwety (...) rozmiar 295 cm x 230 cm (...) z wycięciem w kształcie litery U o rozmiarze 63-65 x 7x8 cm. Zdaniem zamawiającego wycięcie U w rozmiarze 70 cm x 9 cm jest niezgodne z zapisami siwz. W ocenie odwołującego takie stwierdzenie jest wadliwe, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż podane składy i wymiary są minimalne. A zatem w sytuacji, gdy opisane w SIWZ 63-65 cm i odpowiednio 7x8 cm jest wartością minimalną to 70 cm i 9 cm wypełnia warunek graniczny jako wartość wyższa niż wskazana w siwz.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, to odwołujący podniósł, że zamawiający powziął informację o niezgodnościach w ofercie odwołującego wskutek notatki z przeglądu ofert konkurencji złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. i wykorzystał bezkrytycznie wiele z przytoczonych tam argumentów w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający pomimo możliwości stworzonych przez ustawę nie podjął stosownych czynności zmierzających do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Odwołujący wskazał, iż zamawiający zastrzegł sobie również możliwość wezwania wykonawców do przedłożenia (w wyznaczonym terminie) kart technicznych oferowanych wyrobów w celu weryfikacji zgodności oferowanych wyrobów z wymaganiami siwz (Rozdz. III część C pkt. 18 siwz). Tym samym nie dołożył należytej staranności przy prowadzeniu postępowania, a swoje tezy uzasadniające odrzucenie oparł o „pasującą” mu do odrzucenia interpretację zapisów siwz oraz o argumenty wskazane w notatce złożonej przez TZMO.

Wprawdzie odwołujący wie, że art. 87 ust. 1 ustawy statuuje uprawnienie zamawiającego uzyskania wyjaśnień od wykonawcy co do treści złożonej oferty (przesłanka pozytywna), a nie jego obowiązek, tym nie mniej uważa, że narządzie to powinno być wykorzystywane w każdej sytuacji budzącej ryzyko wadliwego rozstrzygnięcia. Nie można też pominąć, że wykorzystanie trybu wskazanego w art. 87 ust. 1 ustawy pozwala na wykazanie przez wykonawców poważnego charakteru ich oferty, zapobiega arbitralności ocen zamawiającego i sprzyja zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (tak wyrok sygn. akt KIO 1250/13 ).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, odwołujący wskazał, iż pomiarów o których mowa wyżej niniejszego odwołania a które miałyby być „weryfikacją” zgodności oferowanych wyrobów z zapisami w SIWZ dokonano wyłącznie w stosunku do wyrobów odwołującego. Z takiego pomiaru nie sporządzono żadnego protokołu, który wskazywałby na sposób dokonywania pomiarów czy też rodzaj użytych narzędzi. W dokumentacji przetargowej nie ma również żadnego protokołu z pomiarów dokonanych na wyrobach pozostałych wykonawców. Ponadto brak protokołów z badania próbek na inne wymagane właściwości wyrobów, np. wytrzymałość, nieprzemakalność, itp. co, w ocenie odwołującego, wskazuje, iż przedmiotowe „badanie” było powierzchowne i wybiórcze.

Równocześnie odwołujący podniósł, że zamawiający nie odrzucił oferty pakiecie nr 8 w poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą mimo, iż oferował on wyroby w rozmiarach odbiegających od wymogów stawianych przez zamawiającego ofercie odwołującego.

Takie działanie, w ocenie odwołującego, godzi w fundamentalne reguły rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że zarzuty dotyczące oferty Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych w zakresie pakietu nr 8 poz. 6.7. 13. 14. 15. 16 dotyczą tego, że wykonawca ten zaoferował taśmy lepne w rozmiarze 9 x 50 cm - w sytuacji gdy w SIWZ wymagane były taśmy w rozmiarze 9 x 49 cm. Zamawiający kwestionuje więc prawidłowość oferty odwołującego w zakresie oferowania wyrobów o rozmiarach większych niż wskazane w SIWZ uznając jednocześnie tę samą „rozbieżność” w ofercie innego wykonawcy jako spełniającą w pełni wymagania siwz.

Co do pakietu nr 8 poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 - wszystkie oferowane przez TZMO wyroby nie spełniają warunku posiadania na opakowaniu zewnętrznym / metce odlepnej kodu kreskowego, mimo to oferta została uznana jako zgodna z zapisami siwz.

Odnosnie pakietu nr 8 poz. 4 TZMO zaoferowało serwetę z włókniny podfoliowanej o gramaturze min. 56 g/m<sup>2</sup> w rozmiarze 130 x 80 cm która była wyposażona w przylepiec w rozmiarze 5 c 5 cm umieszczony w centralnej części serwety - podczas gdy zamawiający w tym względzie wymagał zaoferowania serwety bez przylepca.

W zakresie pakietu nr 8 poz. 6, 7 - zgodnie z wymogiem w siwz w zakresie pakowanych osobno fartuchów metka odlepną powinna być „zawierająca symbol” - osobno pakowane fartuchy nie zawierają symbol , ponadto błędnie oznakowano wyrób – TZMO zaoferował fartuch chirurgiczny, co wynika z rysunku na opakowaniu wyrobu, podczas gdy opis wskazuje na „zestaw do operacji szczęki”

Co do pakietu nr 8 poz. 13 TZMO zaoferowało zestaw w którym butla Redona jest elementem sterylnym odrębnie zapakowanym umieszczonym poza zestawem, podczas gdy zamawiający wymagał, aby poza zestawem były wyłącznie fartuchy, pozostałe elementy zestawu powinny być zapakowane w owinięcie stołu instrumentariuszki. Na butelce Redona jest również błędne oznaczenie wyrobu - opis „zestaw do operacji stawu biodrowego nr 1 "fl W zakresie pakietu nr 8 poz. 14 TZMO zaoferowało zestaw, w którym butla Redona poza elementem sterylnym, odrębnie zapakowanym, umieszczonym poza zestawem, dodatkowo z opakowania butli wynika iż jej producentem jest firma inna niż producent wskazany dla całego zestawu w formularzu cenowym (firma PRIMED, brak w ofercie TZMO dokumentacji dopuszczeniowej tj. CE i deklaracji zgodności od tego producenta) - podczas gdy zamawiający wymagał aby poza zestawem były wyłącznie fartuchy, pozostałe elementy zestawu powinny być zapakowane w owinięcie stołu instrumentariuszki.

W odniesieniu do pakietu nr 8 poz. 19 – odwołujący zauważył, że zamawiający wymagał, aby bandaż miał wymiar 10 cm x 4 m, natomiast z pomiaru przez odwołującego dokonanego wynika iż jest on w rozmiarze 9 cm x 3,85 m.

W zakresie pakietu nr 8 poz. 8, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 22 – odwołujący stwierdził, że zamawiający w rozdz. III siwz część C pkt. 17 wymagał załączenia do oferty „deklaracji zgodności wyrobu medycznego z określonymi dla niego wymaganiami zasadniczymi wystawionej przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela". W ofercie TZMO na stronie 80 oferty załączono deklarację zgodności, która nie obejmuje wyrobów zaoferowanych w pakiecie 8 poz. 8, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 22.

Podsumowując odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie zamawiający dokonał oceny oferty i postanowień swej specyfikacji w sposób dowolny, arbitralny, niekonsekwentny, odbiegający od jej postanowień. Dodatkowo zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego nie w oparciu o stan faktyczny - zgodnie z wymaganiami siwz - a w oparciu o sugestie innego wykonawcy.

W dniu 27 października 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, ul. Żółkiewskiego 20/26. Wskazał, że jako wykonawca wybrany w pakiecie 8 w poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 i 22 ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może pozbawić go zamówienia publicznego. Wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 sierpnia 2014r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym do zgłoszenia odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom postępowania.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Przepis ten stanowi bowiem, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania określa art. 179 ustawy stanowiąc, że środki ochrony prawnej przysługują:

- a) wykonawcy,
- b) uczestnikowi konkursu,
- c) innemu podmiotowi,
- d) organizacjom wpisanym na listę Prezesa UZP – okoliczność bezsporna – odwołanie nie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu ani treści siwz.

Analizując tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do odwołującego Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wymienionych kategorii.

Nie jest niewątpliwie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, gdyż choć jest osobą prawną, to nie on złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyła bowiem jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej złożona z dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ustawy działająca w formie konsorcjum - Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A i Nettle Kancelaria Prawno-Finansowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 wynika to z załączonego do odwołania dokumentu – informacja o wyniku postępowania, a także z oferty konsorcjum przekazanej przez zamawiającego w kopii poświadczonej ze zgodność z oryginałem.

Odwołujący nie jest także uczestnikiem konkursu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 110 i następne ustawy tj. konkursu.

Nie można uznać także odwołującego za inny podmiot, gdyż pod pojęciem innego podmiotu należy definiować jednostkę organizacyjną, czy osobę prawną lub fizyczną, która nie jest ani

wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11, ani uczestnikiem konkursu, ale skarży czynność zastosowania przez zamawiającego wyboru trybu niekonkurencyjnego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę podnosząc zaniechanie zaproszenia do udziału w trybie niekonkurencyjnym albo podnosi naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy na etapie po zawarciu z innym podmiotem umowy o zamówienie publiczne. Nie można bowiem interpretować art. 179 ust. 1 ustawy w sposób dowolny i przyznać prawo do składania środków ochrony prawnej także wykonawcom, którzy choć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działają wspólnie składając jedną ofertę, w postępowaniu odwoławczym samodzielnie korzystają ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby na przeszkodzie takiej interpretacji stoi przede wszystkim art. 23 ust. 3 ustawy nakazujący stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. Tym samym to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a takie prawo nie przysługuje samodzielnie działającym podmiotom wchodzącym w skład tej wspólnoty. W niniejszej sprawie z treści odwołania, a także pełnomocnictwa i odpisu z KRS załączonego do oferty wynika, że odwołujący uważa, że to oferta jego spółki - Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 17A została odrzucona: wynika to z oznaczenia odwołującego w nagłówku odwołania, ostatnich 2 liniach str. 1, pkt. 4 lit. a str. 2, 10 wiersza od góry str. 3, 8 i 10 wiersza od dołu str. 3, wiersza 4 od góry str. 5 odwołania oraz z treści pełnomocnictwa udzielonego radcy prawnemu I. P. . Z żadnego natomiast z powołanych wyżej dokumentów nie wynika wola odwołującego do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum - Nettle Kancelaria Prawno-Finansowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubaska 44. Do odwołania nie załączono także jakichkolwiek dokumentów z których można byłoby wywieść wolę działania odwołującego w imieniu innym niż własne. Natomiast z treści informacji o wyniku postępowania wynika, że odwołujący nie składał samodzielnej oferty z żadnym z kwestionowanych pozycji pakietu nr 8, potwierdza to także treść złożonej przez konsorcjum oferty, stąd samodzielnie wniesione przez odwołującego odwołanie należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania z powodu braku legitymacji procesowej czynnej po stronie odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....