Sygn. akt: KIO 241/20

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2020 r. przez wykonawcę: Schulke Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 132, 02-305 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Wojewódzki i. Kardynała Stefana Wyszyńskiego al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. dokonać zwrotu kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: Schulke Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 132, 02-305 Warszawa uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Łomży.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 241/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Szpital Wojewódzki im Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia nieprzekraczającej równowaźności kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Dostawa chemicznych środków dezynfekcyjnych, antyseptycznych i myjących do stosowania w obszarze medycznym dla Szpitala Wojewódzkiego w Łomży". Przedmiot zamówienia został podzielony na 18 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 628326-N-2019 w dniu 27 listopada 2019 r..

Wykonawca Schulke Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie części nr 1 zamówienia, tj.:

1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo przedłożenia wszystkich dokumentów, tj. certyfikatów oraz oświadczeń, w zakresie zgodnym z żądaniem treści SIWZ, potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt wszystkich cech wskazanych przez Zamawiającego;

2. zaniechania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści przedłożonych dokumentów przed odrzuceniem oferty, mimo iż na Zamawiającym taki obowiązek spoczywał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

3. czynności żądania od Odwołującego przedłożenia dowodów w zakresie niewskazanym w treści SIWZ, tj. raportów badań ujawniających nazwę handlową oferowanego produktu;

4. zaniechania czynności wskazania okoliczności prawnych i faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem w treści dokumentu „Informacja o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 1 oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 6" Zamawiający ograniczył się jedynie do lakonicznego wskazania, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89

ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, zwanej dalej „Pzp":

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż oferta odpowiada wymaganiom SIWZ, pomimo że złożone przez Odwołującego dowody były zgodne z treścią SIWZ i potwierdzały skuteczność działania biobójczego oferowanego produktu w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, a zatem oferta Odwołującego była zgodna z treścią SIWZ;

2. art 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, tj. naruszenie zasady przejrzystości postępowania poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów, bowiem Zamawiający przed odrzuceniem oferty winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany produkt warunków treści SIWZ:

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania poprzez wezwanie Odwołującego do przedłożenia dokumentów niewskazanych w treści SIWZ, tj. raportów z badań wskazujących nazwę handlową oferowanego produktu, bowiem zgodnie z częścią VI sekcja C pkt. 2 lit. b SIWZ Zamawiający żądał „raportów badań potwierdzających skuteczność działania biobójczego w wymaganym powyżej zakresie wg norm zawartych w PN-EN 14885", nie żądał zatem aby certyfikaty i raporty ujawniały nazwę handlową oferowanego produktu.

Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego treści,

2. wyłączenie jawności rozprawy w zakresie, w jakim będzie to konieczne do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego,

3. nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w pakiecie nr 1;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w pakiecie

nr 1;

3. unieważnienia czynności oceny ofert;

4. uwzględnienia przedłożonych przez Odwołującego certyfikatów w toku oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

5. powtórzenia czynności oceny ofert, wyboru i publikacji informacji o wyborze

oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w zadaniu nr 1, jednakże Zamawiający, poprzez dokonanie czynności niezgodnych z przepisami prawa zamówień publicznych, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy, mimo iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i jest również ofertą o najniższej cenie.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2020 r. opublikował na stronie internetowej „Informację o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 1 oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 6" oraz przesłał Odwołującemu ww. dokument.

Odwołujący wyjaśnił, że informacje zawarte w odwołaniu, a także w dokumencie stanowiącym do niego załącznik, jako prezentujące wartość gospodarczą dla konkurentów Odwołującego będące informacjami organizacyjnymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu przepisów uznk, nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz Odwołujący podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a zatem spełnione zostały przesłanki kwalifikacji tych informacji z art 11 ust 4 uznk, i w konsekwencji zastosowania art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa badania w zakresie biobójczym (załączniki wskazane w niniejszym piśmie), zatem zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie podlegają one ujawnieniu do publicznej wiadomości. Odwołujący wyjaśnił, że przedłożył dwie wersie odwołania: podlegającą udostępnieniu innym wykonawcom i niepodlegającym udostępnieniu innym wykonawcom.

Zgodnie z brzmieniem treści SIWZ (załącznik nr 4 do SIWZ oraz część VI sekcja C pkt. 2 lit. b SIWZ), Zamawiający żądał przedłożenia na swoje wezwanie „raportów badań potwierdzających skuteczność działania biobójczego w wymaganym powyżej zakresie wg norm zawartych w PN-EN 14885". Należy podkreślić, że w żadnej części SIWZ Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do złożenia w zadaniu 1 raportów z badań wykonanych z wykorzystaniem produktu o tej samej nazwie co produkt oferowany przez Wykonawcę ani również badań ujawniających nazwę handlową badanego produktu.

W dniu 13 grudnia 2019 r., działając na podstawie części VI sekcja C SIWZ, Zamawiający wezwał wykonawców do przedłożenia dokumentów potwierdzających: brak podstaw do wykluczenia oraz przedłożenia dowodów z dokumentów określonych w części VI sekcja C pkt 2 lit.b na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający na realizację ww. zobowiązania zakreślił termin 19 grudnia 2019 r.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 17 grudnia 2019 r. przedłożył następujące dokumenty:

1. Decyzje Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o numerach: UR.PB.7324.18; PB.7324.18 zl:271.2019;

- dotyczących pozwolenia na dopuszczenie do obrotu nr 7324/18 z dnia 27 lutego 2018 roku, na dopuszczenie do obrotu produktu biobójczego o nazwie desderman care,

2. Ulotka produktowa i karta charakterystyki produktu biobójczego desderman care;

3. Certyfikaty i ekspertyzy wydane przez uprawnione jednostki certyfikujące przełożone

w tłumaczeniu przysięgłym na język polski dla produktu opisanego kodem tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego do ponownego złożenia dowodów z dokumentów, tj. raportów badań z ujawnioną w ich treści

nazwą oferowanego produktu, mimo iż żądanie dostarczenia raportów badań z ujawnioną

nazwą oferowanego produktu nie zostało określone w treści SIWZ.

Odwołujący w odpowiedzi złożył w dniu 7 stycznia 2020 r. oświadczenie, iż „preparat

desderman care jest tożsamy z produktem o nazwie tajemnica przedsiębiorstwa. Rozbieżności w nazwach własnych wynikają z faktu, iż nazwa tajemnica przedsiębiorstwa jest wewnętrznym kodem formulacji, która handlowo dostępna jestm.in. pod nazwą desderman care. W związku z powyższym wszystkie dane (włączając w to badania skuteczności biobójczej] dotyczące produktu tajemnica przedsiębiorstwa mają pełne zastosowań/e również do produktu o nazwie handlowej desderman care". Do przedmiotowego oświadczenia Odwołujący załączył dokument „certyfikat identyczności"

wytwórcy produktu desderman care.

W dniu 31 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego w pakiecie nr 1 zamieszczając informację o treści: „oferta nr 5

Wykonawcy Schulke Polska Sp. z o.o., Al. jerozolimskie 132, 02-305 Warszawa podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt2) Ustawy" nie podając uzasadnienia faktycznego ani prawnego.

Ad Zarzut 1.

Na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust 2 pkt 3. Przepis ten jest skorelowany z art 82 ust 3 Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 KC, stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nawet w przypadku postępowania prowadzonego w trybie zapytania o cenę wymagane jest przynajmniej zidentyfikowanie oferowanego przedmiotu. Ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy. W konsekwencji tej zgodności, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 Pzp).

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu raporty z badań potwierdzających skuteczność działania biobójczego w wymaganym powyżej zakresie wg norm zawartych w PN-EN 14885 oraz oświadczenie własne „Potwierdzenie tożsamości" opatrzone datą 19 października 2019 r., z którego wynika, iż produkt (tajemnica przedsiębiorstwa) jest tożsamy pod względem jakościowym i ilościowym z produktem desderman care.

Zgodnie ze słownikiem Języka Polskiego PWN słowo tożsamy oznacza: ten sam, taki sam. Tę wątpliwość rozwiewa sam Odwołujący, składając w dniu 7 stycznia 2020 r. kolejne oświadczenie o tożsamości opatrzone datą 10 października 2019 r., zgodnie z którym „preparat desderman care jest tożsamy z produktem o nazwie (tajemnica przedsiębiorstwa). Rozbieżności w nazwach własnych wynikają z faktu, iż nazwa (tajemnica przedsiębiorstwa) jest wewnętrznym kodem formulacji, która handlowo dostępna jest m.in. pod nazwą desderman care. W związku z powyższym wszystkie dane (włączając w to badania skuteczności biobójczej) dotyczące produktu (tajemnica przedsiębiorstwa) mają pełne zastosowanie również do produktu o nazwie handlowej desderman care".

Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający nie żądał w treści SIWZ, aby w raportach badań ujawniona była nazwa handlowa oferowanego produktu, to raporty i oświadczenia przedstawione przez Odwołującego potwierdzają, iż oferta merytorycznie jest zgodna z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, a tym samym nie podlega odrzuceniu.

Ad zarzut 2.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W przypadku niejasności przedłożonych przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków o charakterze przedmiotowym (na potwierdzenie spełniania wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w celu ustalenia rzeczywistego brzmienia złożonych w nich oświadczeń.

Oświadczenia i dokumenty, które stanowią doprecyzowanie oferowanego przedmiotu zamówienia, składające się na treść oferty, nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp dotyczą niejasności oświadczeń lub dokumentów, nie służą zaś doprowadzeniu do zmiany treści oferty polegającej na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca nie zaoferował wymaganego przedmiotu w ofercie jak również nie służą uzyskaniu przez Zamawiającego dokumentów o innych cechach niż zostały wskazane w treści SIWZ (por. KIO 990/16, LEX nr 2111702). Skoro zatem Zamawiający nie miał rozeznania co do treści przedłożonych certyfikatów i oświadczeń winien wezwań Odwołującego do wyjaśnień.

Zamawiający, mimo iż miał wątpliwości w zakresie tego jak należy rozumieć wskazane w certyfikatach pojęcie: (tajemnica przedsiębiorstwa) w kontekście złożonego przez Odwołującego oświadczenia o potwierdzeniu tożsamości, zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnień i rozpoznał wątpliwość na niekorzyść Odwołującego odrzucając jego ofertę, mimo że Odwołujący przedstawił raporty z badań zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ.

Ad Zarzut 3.

Zgodnie z art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. A contrario_należy przyjąć, iż Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawców innych dokumentów lub oświadczeń niż te które określił w treści SIWZ.

Zgodnie z art 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tym samym Zamawiający ma prawo żądać złożenia tylko tych dokumentów, które wskazał w treści SIWZ.

Skoro Zamawiający nie wskazał w treści części VI sekcja C pkt 2 lit. b SIWZ, iż raporty badań mają ujawniać nazwę handlową oferowanego produktu, to brak jest podstawy prawnej do żądania raportów badań o takiej treści. Tym samym żądanie Zamawiającego (pismo z dnia 2 stycznia 2020 r.) dostarczenia raportów badań ujawniających nazwę handlową produktu, tj. „desderman care" wykracza poza zakres żądań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lutego 2020 r. do zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia

w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp,.

W dniu 14 lutego 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 14 lutego 2020 r. zawierające oświadczenie Zamawiającego, iż uwzględnia odwołanie, tj. uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 2 Pzp. W takim przypadku Zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit.a 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: .....