Sygn. akt: KIO 3555/21

WYROK

z dnia 20 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Skamex Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,

w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, w zakresie pakietu 35 poz. 23: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrzu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa rękawic jednorazowych, kompresów, opatrunków oraz innych wyrobów i produktów medycznych. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 marca 2021 r. pod nr 2021/S 048-120038.

W dniu 6 grudnia 2021 r. wykonawca Skamex Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zarys International Group Sp. z o.o. w zakresie

pakietu 35 poz. 23. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 104-107 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Zarys International Group Sp. z o.o.;

2) art. 107 ust. 2 i 4 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie za prawidłowe uzupełnienia i modyfikacji oferty złożonej przez ww. wykonawcę;

3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 223 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Zarys oraz zaniechanie wyjaśnienia treści oferty, mimo uzasadnionych wątpliwości co do zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego;

4) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania czynności ponownej oceny ofert spółki Zarys w zakresie pakietu nr 35 poz. 23, odrzucenia oferty tego wykonawcy i dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakres pakietu nr 35 poz. 23 (której dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci rękawic diagnostycznych nitrylowych bezpudrowych. W toku tego postępowania, w związku z jego wynikiem z dnia 24 września 2021 r. zostało już raz złożone odwołanie (sygn. akt: KIO 2947/21). Zamawiający pismem z 18 października 2021 r. unieważnił czynność oceny ofert i decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym Odwołujący Skamex cofnął odwołanie w sprawie sygn. akt: 2947/21 jako pozbawione substratu zaskarżenia. W toku kolejnych czynności Zamawiający dokonał ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Zarys jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a także wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty (pismo z 27 października 2021 r.). W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 listopada 2021 roku wykonawca Zarys przedstawił wyjaśnienia oraz przesłał nowe dokumenty przedmiotowe (Raport inspekcji z 9 sierpnia 2021 roku dla rozmiarów S,M,L,XL) oraz próbki rękawic w rozmiarach S i M. W udzielonych wyjaśnieniach wykonawca Zarys wskazał na błędne uprzednie przesłanie wraz z ofertą próbek innych rękawic niż obecnie przesłane i usprawiedliwił ten fakt „pomyłką logistyczną" polegającą na przedstawieniu wraz z ofertą innego produktu (poprzedniej wersji produktu). Wykonawca Zarys stwierdził jednocześnie, że przedmiotem oferty obecnie są rękawice w nowej wersji, wyprodukowane po październiku 2021 r. Zamawiający kolejnym pismem wezwał ponownie wykonawcę Zarys do wyjaśnienia treści oferty (pismo z 8 listopada 2021 r.). W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 10 listopada 2021 wykonawca Zarys przedstawił wyjaśnienia oraz przesłał po oraz kolejny nowe dokumenty przedmiotowe (Raport inspekcji z 15 września 2021 r.) potwierdzające wcześniejsze oświadczenia o zmianie przedmiotu oferty.

Odwołujący podał, że w ramach pakietu 35 poz. 23 Zamawiający wymagał zaoferowania następującego towaru:

Rękawiczka diagnostyczna (wyrób medyczny), niejałowa, nitrylowa bezpudrowa dostępność rozmiarów: "xs"; "s"; "m"; "l"; "xl". Wewnętrzna strona rękawic zapewniająca właściwe nakładanie rękawic na dłoń. Wykończenie mankietu równomiernie rolowane, powierzchnia lekko teksturowana dopuszcza się wyłącznie na palcach lub na całej powierzchni, kształt uniwersalny pasujący na lewą i prawą dłoń. Brak pękania rękawic przy nakładaniu oraz w trakcie wykonywania czynności pielęgniarskich i diagnostycznych - odporność na rozerwanie min. 7,0N po starzeniu. Miękkie elastyczne. Grubość dla pojedynczej ścianki w najcieńszym miejscu minimum 0,05mm z wyłączeniem palców =/> 0,09mm (dopuszcza się na palcach min. 0,10±0,02 mm). Minimalna długość rękawicy: 240mm. Rękawice spełniające

normę: EN 455-1-2-3-4; PN-EN 420+a1:2012 lub PN-EN 420+a1:2009. AQL max. 1,5 dla produktu finalnego (po zapakowaniu). Bez zawartości protein. Rozciągliwość min. 500% po starzeniu.

Zamawiający dopuszcza rękawice posiadające parametr rozciągliwości na rozerwanie po starzeniu min. 400%. Pod warunkiem posiadania przez nie znacznie wyższego od wymaganego parametru siły zrywu tj.; przed starzeniem min. 9,25 N, po starzeniu min. 8,15 N, zapewniając jednocześnie wysoką elastyczność rękawic. CPV: 18424300-0 LA23-9

Wykonawca Zarys zaoferował rękawice diagnostyczne nitrylowe marki easyCARE (numer katalogowy RNB-X-100, gdzie X oznacza rozmiar rękawic). Jednocześnie w niniejszym postępowaniu Wykonawca Zarys wraz z ofertą złożył próbki rękawic. Złożone próbki rękawic oznaczone były numerami LOT: 772011017N oraz, 772011018N.

Odwołujący podniósł, że dysponuje raportem z inspekcji dla rękawic easyCARE nitrile

o numerach LOT tożsamych ze złożonymi w niniejszym postępowaniu próbkami. Raport ten został przedstawiony przez spółkę Zarys w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdził, że z załączonego raportu wynika jasno, że rękawice zaoferowane przez spółkę Zarys, których próbki złożono w niniejszym postępowaniu, nie spełniają wymagań Zamawiającego w zakresie parametru 7 N - ze złożonego raportu wynika bowiem, że rękawice poza rozmiarem S nie osiągają minimum wymaganego przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego zaoferowane przez Wykonawcę Zarys rękawice nie spełniają wymagań Zamawiającego, w związku z czym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferta wykonawcy Zarys podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie

złożonych wraz z ofertą dokumentów, w tym wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, w tym: materiały informacyjne (karty danych technicznych, katalogi, prospekty itp.), w których zaleca się wskazanie wymaganych cech, próbki towaru w ilości określonej w części „Próbki" niniejszego załącznika [zał. nr 4 -przyp. SKAMEX] (nie dot. Pakiety Nr 35/3, 35/6, 35/12, 35/13). Zamawiający pierwotnie odmówił udostępnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych/technicznych z uwagi na objęcie tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa na wniosek Wykonawcy Zarys. Odwołujący w pierwszym odwołaniu (sygn. akt: 2947/21) podniósł, że działanie takie jest niezgodne z orzecznictwem KIO, zgodnie z którym dokumenty takie jak karty techniczne produktów nie spełniają przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zatem nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak zrobił to Zamawiający.

Odwołujący podał, że w toku postępowania zakończonego wynikiem z 24 września 2021 r., w odniesieniu do którego zostało już raz złożone odwołanie, Odwołujący informował Zamawiającego o nieprawidłowościach polegających na zaniechaniu i niewezwaniu wykonawcy Zarys do wyjaśnień i nieskorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych.

W toku kolejnych czynności dokonanych przez Zamawiającego po unieważnieniu wyniku z 24 września 2021 r. wezwał on wykonawcę Zarys do wyjaśnienia treści oferty (pismo z 27 października 2021 r.). W wezwaniu wskazano, że załączona do oferty karta techniczna stoi w sprzeczności z Raportem inspekcji (data raportu 14.11.2020r.) przekazanym Zamawiającemu przez Odwołującego Skamex, który dotyczył identycznych próbek, z tymi które zostały załączone do oferty wykonawcy Zarys. Raport inspekcji dotyczył niezgodności oferty Zarys w zakresie oferowanych rękawiczek w rozmiarze M i złożonych jako próbka. Nadmienić należy, że Zamawiający wymagał zaoferowania pełnego zakresu rozmiarów, tj. XS, S, M, L, XL, a z załączonego raportu wynika, że wyłącznie rozmiar S spełniał wymagania zamawiającego, podczas gdy wszystkie inne nie osiągały siły zrywania po starzeniu na poziomie min. 7N.

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 listopada 2021 r. wykonawca Zarys przedstawił wyjaśnienia oraz przesłał nowe dokumenty przedmiotowe (Raport inspekcji z 9 sierpnia 2021 r.) oraz nowe próbki rękawic (de facto pochodzące z produkcji z 12 sierpnia 2021 r., rozmiar S LOT 762108012N, rozmiar M LOT 762108011N), które posiadają 5 letni okres ważności, podczas gdy rękawiczki zaoferowane pierwotnie w ofercie, wg karty technicznej oraz opisu na opakowaniach dat produkcji i dat ważności, posiadały 3 lata ważności. W udzielonych wyjaśnieniach wykonawca Zarys wskazał na błędne przesłanie wraz z ofertą próbek innych rękawic niż przesłane z wyjaśnieniami i usprawiedliwił ten fakt „pomyłką logistyczną" polegającą na przedstawieniu wraz z ofertą innego produktu (poprzedniej jego wersji).

Wykonawca Zarys stwierdził jednocześnie, że przedmiotem oferty obecnie są rękawice w nowej wersji (wyprodukowane po październiku 2021 r. oraz przedstawił raport inspekcji z 9 sierpnia 2021 r. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z taką informacją rękawice te nie istniały w momencie otwarcia ofert, tj. 4 maja 2021 r.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający kolejnym pismem wezwał wykonawcę Zarys do wyjaśnienia treści oferty (pismo z 8 listopada 2021 r.). W wezwaniu wskazano, że załączony do wyjaśnień z 2 listopada 2021 r. Raport inspekcji nie dotyczył oferowanej rękawiczki o nr katalogowym RNB-XS-100 (rozmiar XS), badanie nie było reprezentatywne a także nie wykazano spełnienia parametru granicznej siły zrywu na poziomie minimum 7N. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 10 listopada 2021 wykonawca Zarys przedstawił wyjaśnienia oraz przesłał kolejne dokumenty przedmiotowe (Raport inspekcji z dnia 15 września 2021 roku).

Odwołujący podniósł, że odmiennie niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych (art. 128 Pzp), gdzie uzupełnianie dokumentów i oświadczeń podmiotowych jest obligatoryjnym ustawowym nakazem dla zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp może jednak zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu. W takim przypadku uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek wezwania o dokument przedmiotowy tylko wtedy, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Zdaniem Odwołującego, czynności Zamawiającego zostały dokonane w z naruszeniem ustawy prawo zamówień publicznych. Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część. Art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Wezwanie o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 ustawy Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c).

Odwołujący podniósł, że art. 107 ust. 3 ustawy Pzp kreuje katalog wyjątków, których ziszczenie się skutkuje niemożnością lub nie celowością wezwania o uzupełnienie brakującego przedmiotowego środka dowodowego. Przepis wprowadza bezwzględny zakaz uzupełniania środków dowodowych, które potwierdzają zgodność oferty z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przykładowo, jeżeli zamawiający wskaże, że parametry techniczne produktu będą jednym z kryteriów oceny ofert i zażąda celem ich potwierdzenia dokumentu przedmiotowego w postaci dokumentacji technicznej producenta, to wykonawca, nie załączając dokumentacji technicznej produktu, narazi się, w zależności od stanu faktycznego, na odrzucenie oferty lub nieprzyznanie mu punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, taki dokument nie podlega bowiem uzupełnieniu. Tymczasem w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do przedłożenia de facto nowej oferty na produkt nie objęty pierwszą ofertą złożoną w terminie i zbadany co do spełniania wymogów SWZ dopiero po terminie składania ofert. Obecnie, zgodnie z kolejnymi wyjaśnieniami wykonawcy Zarys przedmiotem oferty jest produkt nieistniejący w chwili składania oferty, czyli w dniu 4 maja 2021, natomiast w chwili składania ofert produkt nie spełniał wymogów SWZ.

Odwołujący podniósł, że Zarys na wezwanie do wyjaśnień w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych Zamawiającego dwukrotnie uzupełniał przedmiotowe środki dowodowe, choć można je uzupełniać tylko jeden raz. Nastąpiło to pomimo braku podstaw do ich uzupełnienia, gdyż pierwotnie dostarczone dokumenty i próbki były kompletne. Ponadto wykonawca pomimo braku wezwania uzupełnił próbki, choć były one już wcześniej złożone, przez co zmienił przedmiot zamówienia i zaoferował produkt nieistniejący w chwili składania ofert.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 35 poz. 23, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy Pzp, zawarte odpowiednio w art. 16 pkt 1 i 2 oraz 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 105-107, gdzie ustawodawca

zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach ustawy Pzp oraz odpowiednio zapisach SWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie, a w szczególności poprzez wybór oferty spółki Zarys.

Zamawiający, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k.. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ Zamawiający określił następujące wymagania dla pakietu 35 poz. 23:

Rękawiczka diagnostyczna (wyrób medyczny), niejałowa, nitrylowa bezpudrowa dostępność rozmiarów: "xs"; "s"; "m"; "l"; "xl". Wewnętrzna strona rękawic zapewniająca właściwe nakładanie rękawic na dłoń. Wykończenie mankietu równomiernie rolowane, powierzchnia lekko teksturowana dopuszcza się wyłącznie na palcach lub na całej powierzchni, kształt uniwersalny pasujący na lewą i prawą dłoń. Brak pękania rękawic przy nakładaniu oraz w trakcie wykonywania czynności pielęgniarskich i diagnostycznych - odporność na rozerwanie min. 7,0N po starzeniu. Miękkie elastyczne. Grubość dla pojedynczej ścianki w najcieńszym miejscu minimum 0,05mm z wyłączeniem palców =/> 0,09mm (dopuszcza się na palcach min. 0,10±0,02 mm). Minimalna długość rękawicy: 240mm. Rękawice spełniające normę: EN 455-1-2-3-4; PN-EN 420+a1:2012 lub PN-EN 420+a1:2009. AQL max. 1,5 dla produktu finalnego (po zapakowaniu). Bez zawartości protein. Rozciągliwość min. 500% po starzeniu.

Zamawiający dopuszcza rękawice posiadające parametr rozciągliwości na rozerwanie po starzeniu min. 400%. Pod warunkiem posiadania przez nie znacznie wyższego od wymaganego parametru siły zrywu tj.; przed starzeniem min. 9,25 N, po starzeniu min. 8,15 N, zapewniając jednocześnie wysoką elastyczność rękawic. CPV: 18424300-0 LA23-9

W rozdz. 8 SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące

przedmiotowych środków dowodowych:

1. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, zamawiający żąda od wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w załączniku nr 4 do swz.

2. Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Wezwania do ich złożenia lub uzupełnienia nie stosuje się, jeżeli przedmiotowe środki dowodowe służą do oceny punktowej zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający żądał złożenia dla wszystkich pakietów następujących środków dowodowych:

Lp.	Opis wymagania lub kryterium oceny	Rodzaj	Punktacja	Przedmiotowe środki dowodowe
1.	Oferowany towar posiada dokumenty dopuszczające do obrotu i używania zgodne z wymaganiami określonymi w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 175 ze zm.) - dot. Pakietów Nr 1, 2, 3, 4, 5 (poz. 1, 2), 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 (poz. 1, 2, 3, 4, 6), 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35/1, 35/2, 35/3, 35/4, 35/5, 35/6, 35/7, 35/8, 35/9, 35/10, 35/11, 35/12, 35/13, 35/14, 35/15, 35/16, 35/17, 35/19, 35/20, 35/21, 35/22; 35/23, 35/24, 35/25, 35/26, 35/27.	wymóg	0 pkt	oświadczenie wykonawcy o dopuszczeniu oferowanego towaru do obrotu i używania zgodnie z ustawą określoną przez zamawiającego (dla każdego oferowanego towaru podać: numer pakietu, numer pozycji w pakiecie, ustawę)
2.	Termin ważności oferowanego towaru w dniu dostawy: minimum 12 miesięcy.	wymóg	0 pkt	zobowiązanie wykonawcy złożone na „Formularzu oferty” - Załącznik Nr 1 do swz, pkt 11 ppkt c)
3.	Oferowany towar posiada cechy określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - Załącznik Nr 3 do swz.	wymóg	0 pkt	a) materiały informacyjne (karty danych technicznych, katalogi, prospekty, itp.), w których zaleca się wskazanie wymaganych cech b) próbki towaru w ilości określonej w części „Próbki” niniejszego załącznika do swz (nie dot. Pakiety Nr 35/3, 35/6, 35/12, 35/13)

Przystępujący zaoferował rękawice diagnostyczne nitrylowe marki easyCARE (nr katalogowy RNB-X-100), załączając do oferty złożył próbki rękawic, oznaczone numerami LOT: 772011017N i 772011018N.

Pismem z 27 października 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących zaoferowanych rękawic. Zamawiający wskazał:

a) (...)

b) Zgodnie ze złożoną przez Państwa (wraz z ofertą) Kartą techniczną „TD-49 easyCARE nitrile Rękawice diagnostyczne, nitrylowe, bezpudrowe” (Załącznik Nr 6 do punktu 1 pp. 1.1 Wydanie III z dnia 2021.03.10) oferowane rękawice o nazwie „easyCAREnitrrile” o numerach katalogowych RNB-XS-100, RNB-S-100, RNB-M-100, RNB-L-100, RNB-XL-100 wypełniają wymagania w zakresie odporności na rozerwanie, która wynosi min. 7,1 N przed starzeniem i po starzeniu.

c) W toku postępowania o zamówienie publiczne Wykonawca Skamex Sp. z o.o. S.J. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2947/21) załączając „Raport inspekcji" (DZDO-01 01470/04/20/AK z dnia 2020.11.14) dla złożonych przez Państwa próbek oferowanych rękawic o numerze LOT 772011017N (nr katalogowy RNB-S-100), który poddał pod wątpliwość posiadanie wymaganej odporności na rozerwanie ponieważ w przeprowadzonym badaniu siła przy zerwaniu po postarzeniu (wartość mediany) dla poszczególnych rozmiarów wynosi:

- dla rozmiaru XS - 6,80N;
- dla rozmiaru S - 7,17N;
- dla rozmiaru M - 6,60N;
- dla rozmiaru L - 6,21N;
- dla rozmiaru XL - 6,75N.

d) W wyniku ponownego badania Państwa oferty potwierdzono, że w/w „Raport inspekcji" odnosi się do następujących próbek towaru:

- dla rozmiaru „S" o numerze katalogowym RNB-S-100 (LOT 772011017N),
- dla rozmiaru „M" o numerze katalogowym RNB-M-100 (LOT 772011018N).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił:

(...) firma ZARYS jako producent wyrobów medycznych dąży do podniesienia jakości oferowanych produktów w tym zaoferowanych rękawic w pakiecie 35/23. Na dzień składania ofert firma ZARYS była w trakcie podnoszenia parametrów technicznych oferowanych rękawic w tym siły zrywu, co potwierdza załączone pismo.

Proces ma charakter etapowy, na co wpływ mają oddzielne linie produkcyjne, a co za tym idzie w stosownym okresie przejściowym oraz do momentu upłynięcia terminu przydatności, na rynku mogą występować rękawice w obu wariantach sprzed i po aktualizacji, co producent rozróżnia stosownymi numerami serii.

W wyniku pomyłki logistycznej, jako próbki zostały błędnie przedłożone rękawice w poprzednim wariancie, ze starszych stanów magazynowych, a raport inspekcji załączony przez firmę Skamex potwierdzał parametry do wyprodukowanej wtedy partii.

Niemniej jednak do tytułowego postępowania zostały w pełni zaoferowane rękawice po aktualizacji, o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego i dostarczoną dokumentacją, tj. 7N.

Celem stosownych wyjaśnień i potwierdzenia zgodności oferowanych wyrobów przedkładamy poprawne próbki oraz właściwy dla nich raport do wyprodukowanej serii.

Należy dodać iż wszystkie partie produktu wyprodukowane po październiku 2021 posiadają podniesione parametry techniczne w tym siłę zrywu.

Do wyjaśnień załączono ww. raport, datowany na 9 sierpnia 2021 r. (w raporcie wskazano jako datę produkcji 12 sierpnia 2021 r.) oraz próbki rękawic (rozmiar S LOT 762108012N, rozmiar M LOT 762108011N).

Pismem z 2 listopada 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień, wskazując, że:

W wyniku badania Państwa oferty Zamawiający podaje w wątpliwość spójność poniższych dokumentów:

Karta techniczna „TD-49 easyCARE nitrile Rękawice diagnostyczne, nitrylowe, bezpudrowe" (Załącznik Nr 6 do punktu 1 pp. 1.1 Wydanie III z dnia 2021.03.10) zawierająca dane techniczne oferowanych rękawic o nazwie „easyCARE nitrile"

i numerach katalogowych RNB-XS-100, RNB-S-100, RNB-M-100, RNB-L-100, RNB-

XL-100, w której, w części „Właściwości fizyczne”, określono wartość siły zrywu na poziomie minimum 7,1 N przed starzeniem i po starzeniu.

„RAPORT INSPEKCJI” o numerze DZDO-01 02960/07/21/AK z dnia 2021.08.09. w którym potwierdza się, że określone w nim partie (dla rozmiaru „S” LOT: 762108012N w ilości 900 000 szt., dla rozmiaru „M” LOT: 762108011N w ilości 1 850 000 szt., dla rozmiaru „L” LOT: 762108010N w ilości 1 000 000 szt., dla rozmiaru „XL” LOT: 762108013N w ilości 450 000 szt.) oferowanych rękawic o nazwie „easyCARE nitrile” i numerach katalogowych RNB-S-100, RNB-M-100, RNB-L-100, RNB-XL-100, zostały uznane za spełniające dopuszczalne wartości graniczne określone w specyfikacjach na podstawie uzyskanych wyników przez losowo wybrane próbki. Zgodnie z tym dokumentem parametr graniczny dla badania „Siła przy zerwaniu po postarzeniu” został określony jako „Wymaganie: Wartość mediany siły zrywu > 6N” i osiągnięte wyniki dla poszczególnych rozmiarów wynoszą:

- rozmiar „S” wartość mediany 7,35
- rozmiar „M” wartość mediany 7,28
- rozmiar „L” wartość mediany 7,32
- rozmiar XL” wartość mediany 7,29.

Ponadto w przedstawionym dokumencie „RAPORT INSPEKCJI” o numerze DZDO-01 02960/07/21/AK z dnia 2021.08.09:

brak jest badania dla oferowanej rękawiczki o numerze katalogowym RNB-XS-100

wartość graniczna siły zrywu (Wymaganie) została określona jako wartość mediany wynosząca > 6N, gdzie Zamawiający wymagał MINIMUM 7N (dla najsłabszej rękawiczki)

- suma ilości wszystkich serii objętych tym raportem nie pokrywa całej ilości określonej w specyfikacji warunków zamówienia, a tym samym przy wartości granicznej siły zrywu ustalonej na poziomie > 6N nie gwarantuje spełnienia wymagania Zamawiającego (każda rękawiczka MINIMUM 7N) na etapie realizacji umowy. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

(...) przedłożony raport inspekcji stanowi potwierdzenie przeprowadzenia rutynowej kontroli każdej partii rękawic wykonanej przez laboratorium w zakresie zgodności z normą EN 455, w związku z czym, wartości wymagane przytoczone w pierwszych kolumnach raportu stanowią parametry graniczne wymienione w normie EN 455. W przypadku rękawic nitrylowych, zgodnie z pkt. 5.2.5 normy EN 455-2 aby produkt był zgodny z normą, musi posiadać siłę zrywu min. 6N.

Niemniej jednak podstawowym dokumentem określającym dane techniczne produktu i realnie osiągane dla każdej partii produktu wyniki jest karta techniczna, uwzględniająca wszystkie zaoferowane rozmiary.

Należy zauważyć, iż zarówno karta techniczna jak i osiągnięte wyniki przedstawione w raporcie z inspekcji potwierdzają wymaganą zgodnie z SWZ siłę zrywu większą niż 7N dla zaoferowanego wyrobu.

Dostarczony raport inspekcji został przedłożony w oparciu o próbki dostarczone do Zamawiającego - te zostały przedłożone dla rozmiarów S i M i dla tych konkretnych serii stanowi potwierdzenie spełnienia wymogów. W wyprodukowanym zestawie serii rękawic nie było rozmiaru XS w związku z czym raport ich nie uwzględnia. Na rękawice w rozmiarze XS oraz XL jest mniejsze zapotrzebowanie, w związku z czym nie w każdym cyklu produkcyjnym uwzględnia się powyższe rozmiary.

Tak czy inaczej, wykonawca firma Zarys jest w stanie przedłożyć raport z inspekcji każdej innej partii towaru, który potwierdza wymagania Zamawiającego. W załączniku raport uwzględniający rozmiar XS.

Reasumując - potwierdzamy, iż zaoferowane rękawice w pakiecie 35/23 spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie „odporności na rozerwanie min. 7,0N po starzeniu”

Do wyjaśnień Przystępujący załączył raport dla rozmiaru XS, z 15 września 2021 r., w którym jako datę produkcji wskazano 14 września 2021 r.

Pismem z 26 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty

Przystępującego w części 35 poz. 23 zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 107 ustawy Pzp stanowi:

- ust. 1: Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

- ust. 2: Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

- ust. 3: Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- ust. 4: Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Z powyższych przepisów wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że rozpoznawanej sprawie Przystępujący zaoferował produkt niespełniający wymagań Zamawiającego w zakresie parametru odporności na rozerwanie min. 7,0N po starzeniu, a w toku składanych przez niego wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty, pod pozorem próby wykazania zgodności pierwotnego przedmiotu oferty z wymogami

SWZ.

Po pierwsze, potwierdzają to wprost wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, który poinformował, że na dzień składania ofert był w trakcie podnoszenia parametrów technicznych oferowanych rękawic oraz że w wyniku pomyłki logistycznej jako próbki zostały przedstawione rękawice w poprzednim wariancie. Jednocześnie Przystępujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami nowe i - jak wskazał - poprawne próbki rękawic, nie tylko o innych numerach seryjnych, ale - co najważniejsze - o innych parametrach, niż próbki przedstawione wraz z ofertą, oraz dołączył dotyczących tych nowych próbek „Raport inspekcji”.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym próbki rękawic i ich numery seryjne nie mogą przesądzać o zmianie treści oferty, gdyż nie miały one znaczenia z punktu widzenia badania parametru odporności na rozerwanie po starzeniu. Wskazać należy, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ (pkt D tabela 1, poz. 3) próbki rękawic były żądane dla potwierdzenia, że oferowany towar posiada cechy określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, bez ograniczenia do tylko niektórych parametrów. Ponadto, nawet jeśli odporność na rozerwanie po starzeniu nie była oceniana poprzez badanie empiryczne próbki przez Zamawiającego, to próbka, będąc podmiotowym środkiem dowodowym mającym potwierdzać zgodność oferowanych rękawic z wymaganiami określonymi w SWZ, pełniła także funkcję identyfikującą przedmiot oferty i jego parametry. Próbki rękawic nie tylko pozwalały na zweryfikowanie merytorycznej prawidłowości oferty, ale także konkretyzowały przedmiot tej oferty. Innymi słowy, poprzez złożenie próbki wykonawca prezentował, jaki produkt oferuje i jakie ma on właściwości. Oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie nie mogło podlegać zmianom po upływie terminu składania ofert.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach w żadnej mierze nie kwestionował, że złożone próbki nie spełniały parametru odporności na rozerwanie min. 7,0N po starzeniu dla wszystkich rozmiarów. Wyjaśnienia potwierdzają, że próbki załączone do oferty były wariantem sprzed zmiany parametrów technicznych, a prawidłowe są próbki przedstawione dopiero wraz z wyjaśnieniami. Nie ma zatem wątpliwości, że oferta Przystępującego w dacie składania ofert była niezgodna z SWZ, a niezgodność ta nie mogła zostać usunięta bez zmiany treści oferty.

Nieprawidłowe jest też stanowisko, jakoby dla prawidłowości oferty nie miał znaczenia numer seryjny oferowanych rękawic. Mimo że w ofercie oferowany produkt został określony tylko przez wskazanie numeru katalogowego, to próbka precyzowała przedmiot oferty. Skoro w toku wyjaśnień Przystępujący przedstawił inne próbki, o innych numerach seryjnych, a próbki te miały inne cechy niż próbki załączone do oferty, to nie sposób twierdzić, że nie doszło do zmiany treści oferty.

O niedopuszczalnej zmianie treści oferty świadczy również fakt, że raporty załączone do składanych przez Przystępującego wyjaśnień miały datę kilka miesięcy późniejszą niż termin składania ofert, a uzupełnione próbki były wyprodukowane kilka miesięcy po tej dacie. W tej sytuacji nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że w dacie składania ofert Przystępujący mógł zaoferować produkty zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, zweryfikowane w wymagany w SWZ sposób. Przebieg postępowania świadczy raczej o tym, że dopiero na etapie składania wyjaśnień Przystępujący był w stanie zaoferować rękawice zgodne z SWZ i podjął próbę dostosowania swojej oferty do ustalonych wymagań, pod pozorem wyjaśniania jej treści.

Ponadto zauważenia wymaga, że nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, że pierwotna próbka została przedstawiona w wyniku pomyłki logistycznej. Podstaw do takiej tezy nie można dopatrzeć się ani w treści oferty, ani w innych okolicznościach sprawy, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że uzupełniona próbka i raporty obejmują rękawice wyprodukowane ponad trzy miesiące po dacie składania ofert, w związku z czym dysponowanie produktem o wymaganych parametrach w dacie składania ofert jest co najmniej wątpliwe.

Ustalone w toku postępowania okoliczności prowadzą do wniosku, że przedmiotem oferty przed udzieleniem wyjaśnień i po ich złożeniu były różne rękawice, o innych parametrach technicznych, mimo że miały ten sam numer katalogowy. Za całkowicie bezzasadne należy uznać twierdzenie, że jeśli numer katalogowy oferowanego produktu nie ulega zmianie, to wykonawca może po terminie składania ofert zmieniać przedmiot oferty, deklarując dostarczenie produktów o innych cechach technicznych niż zidentyfikowane poprzez złożenie próbki. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do zezwolenia na manipulowanie treścią składanych ofert, co prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na koniec zauważenia wymaga, że w rozpoznawanej sprawie nie ma rozstrzygającego znaczenia okoliczność, że nowe próbki rękawic i raporty inspekcji zostały przedstawione w ramach wyjaśnień wykonawcy, a nie na wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że niezależnie od tego, w jakim trybie zostały przedstawione nowe dokumenty i próbki, ich złożenie stanowiło w istocie zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne. Izba nie podziela przy tym stanowiska Zamawiającego, który twierdził, że nawet gdyby uznać, że

w toku postępowania Przystępujący dopuścił się uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych a nie jedynie wyjaśnienia treści złożonych pierwotnie przedmiotowych środków dowodowych, to że takie uzupełnienie byłoby uzasadnione w świetle postanowień SWZ oraz przepisów art. 107 ust. 2 Pzp. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy, że przewidziana przez Zamawiającego w rozdz. 8 pkt 2 SWZ możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych musi być odczytywana z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia takiego uzupełnienia środków dowodowych, które modyfikuje pierwotnie złożoną ofertę. W przypadku szczególnego środka dowodowego, jakim w tym postępowaniu są próbki oferowanych rękawic, przedstawienie próbki o innych parametrach i innym numerze seryjnym musiało prowadzić do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, która nie mogłaby być usprawiedliwiana postanowieniem rozdz. 8 pkt 2 SWZ.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania, doprowadzając do nieprawidłowego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, odwołanie - stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....