Sygn. akt: KIO 338/22

WYROK

z dnia 25 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 lutego 2022 r. przez wykonawcę Medicavera Sp. z o. o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie,

przy udziale wykonawcy Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 i 2 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy Sinmed Sp. z o. o. z siedzibą w Przyszowicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża stosownie do wyniku postępowania w 2/3 Przystępującego Sinmed Sp. z o. o. z siedzibą w Przyszowicach oraz w 1/3 Odwołującego Medicavera Sp. z o. o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie i:

- zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą wydatki Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1751 zł (słownie: tysiąc siedemset pięćdziesiąt jeden złotych, zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu Odwołującego i pełnomocnika na rozprawę oraz koszty noclegu, a także kwotę 17 zł (słownie: siedemnaście złotych, zero groszy) poniesioną z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

4. Zasądza od Przystępującego Sinmed Sp. z o. o. z siedzibą w Przyszowicach na rzecz Odwołującego Medicavera Sp. z o. o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie kwotę 8579 zł (słownie: osiem tysięcy pięćset siedemdziesiąt dziewieć złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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: .....

Sygn. akt: KIO 338/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP") postępowanie w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest dostawa kubeczków jednorazowych oraz wyrobów medycznych jednorazowego użytku: kateterów do embolektomii, worków urologicznych, resuscytatorów (podzielone na 4 części).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00294329/01.

W dniu 9 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Medicavera Sp. z o. o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie, w zakresie części nr 3: Przyrządy do resuscytacji, w którym zarzucił on Zamawiającemu:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sinmed sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SWZ, podczas gdy nastąpiła oczywista rozbieżność między dostarczoną próbką oraz treścią ulotki, a ofertą złożoną przez Sinmed sp. z o.o., oraz warunkami określonymi w SWZ,

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, poprzez przedwczesny wybór oferty Sinmed sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, poprzez brak wykluczenia wykonawcy Sinmed sp. z o.o. przez Zamawiającego, podczas gdy w wyniku swojego niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Sinmed Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, 2) odrzucenie oferty Sinmed Sp. z o. o., 3) nakazanie Zamawiającemu podjęcia ponownie czynności oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu, 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wniesionego odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci pisma Odwołującej z dnia 20 stycznia 2022 r. oraz dowodu z zeznań świadka na wykazanie niezgodności między dostarczoną próbką oraz treścią ulotki, a ofertą Sinmed sp. z o. o. oraz warunkami określonymi w SWZ.

Argumentując swoje stanowisko Odwołujący wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia oraz szacowane ilości dotyczące wyrobów zostały zawarte w formularzu cen jednostkowych (zał. 2 do SWZ, dalej również jako FCJ). W załączniku nr 2 do SWZ zaznaczono, iż jednorazowy resuscytator dla dorosłych powinien spełnić następujące warunki minimalny skład zestawu: 2 maski (nr 4 i nr 5), dren tlenowy i rezerwuar tlenowy. Wszystkie elementy w jednym opakowaniu. Data ważności na opakowaniu. Objętość worka dla dorosłych 1600ml. Pojemności rezerwuaru tlenowego 2500 ml. Limit ciśnienia 60 cm H_2O.

Stosownie do pkt XIX ppkt 1 SWZ w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone w przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, Wykonawca miał obowiązek złożyć przedmiotowe środki dowodowe:

- dokumenty w postaci m.in. ulotek, potwierdzające, że oferowane wyroby i sprzęt posiadają

parametry i właściwości określone w SWZ i załącznikach do SWZ; materiały te powinny zawierać m.in. fotografię lub inną formę graficzną przedstawiającą produkt;

- próbki oferowanych wyrobów: 3 sztuki (dla zadania nr 3). Złożone próbki winny być identyczne z przeznaczonymi do późniejszej sprzedaży, oryginalnie zapakowane, opisane w sposób pozwalający na jednoznaczne ustalenie, której oferty dotyczą (nazwa wykonawcy / numer zadania i pozycji, której dotyczą). Próbki zostaną sprawdzone w toku badania i oceny ofert w formule „spełnia / nie spełnia" pod kątem zgodności oferowanego wyrobu z wymogami, określonymi w SWZ.

Jak podkreślał Odwołujący, fotografia w ulotce dołączonej przez Wykonawcę Sinmed sp. z o.o. przedstawia produkt wielokrotnego użytku, co stoi w sprzeczności z treścią załącznika nr 2 SWZ, gdzie wskazano, że zamówienie dotyczy jednorazowego resuscytatora.

Ponadto, w ocenie Odwołującej Wykonawca Sinmed sp. z o.o. w celu uzyskania zamówienia posłużył się próbkami, które nie są tożsame z ofertą złożoną przez Wykonawcę. Innymi słowy oferta Wykonawcy nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, w tym w szczególności w przedłożonych próbkach, jak również opisach przedstawionych przez Wykonawcę, które są niezgodne ze specyfikacją producenta. Na powyższą okoliczność Odwołująca zwróciła uwagę Zamawiającej pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. (załącznik do niniejszego odwołania), po uprzednich oględzinach dokonanych przez pracownika Odwołującej, który stwierdził powyższy fakt. Powyższe rozbieżności to w szczególności:

1) specyfikacja załączona do próbek przedłożonych przez Sinmed sp. z o.o. dotyczy resuscytatora silikonowego co implikuje przyjęcie, że ma on charakter wielorazowy, a zgodnie z SWZ miał mieć charakter jednorazowy,

2) próbka przedłożona przez Sinmed sp. z o.o. co do zasady posiada wyłącznie jedną maskę (co wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej producenta resuscytatora), podczas gdy zgodnie z SWZ powinna posiadać dwie maski,

3) próbka przedłożona przez Sinmed sp. z o.o. nie spełnia wymogu co do objętości worka, gdyż jej objętość wynosi 1500 ml (co wynika z informacji zamieszczonych na stronie internetowej producenta resuscytatora oraz z treści specyfikacji umieszczonej w opakowaniu produktu), podczas gdy zgodnie SWZ powinna posiadać 1600 ml (ewentualnie dopuszczoną przez Zamawiającego w wyjaśnieniach nr 1 do SWZ objętość 1650 ml).

Jak dalej argumentował Odwołujący, zgodnie z pkt XIX ppkt 2 SWZ, jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba że 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. Nadto ppkt 3 wskazuje, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W niniejszej sprawie w ocenie Odwołującej, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy Sinmed Sp. z o. o., albowiem nie spełnia ona warunków SWZ.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. na wyrok KIO z 20.12.2021 r., KIO 3555/21, a także przywołał fragmenty stanowisk prezentowanych w literaturze.

Odwołujący dodał, że w jego ocenie, wybór najkorzystniejszej oferty dokonany przez Zamawiającą jest co najmniej przedwczesny, albowiem nie uzyskała ona wyjaśnień, czy faktycznie przedłożona przez Wykonawcę Sinmed sp. z o.o. jest zgodna z SWZ. Dopiero bowiem powyższe ustalenia umożliwią dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy PZP.

Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Odwołujący argumentował, że powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony, bowiem

wykonawca Sinmed sp. z o. o. posłużył się próbkami, które są niezgodne ze specyfikacją producenta, a także przedłożoną przez wykonawcę ofertą. Zdaniem Odwołującej Sinmed sp. z o. o. w pełni świadomie wprowadził Zamawiającą w błąd wyłącznie w celu korzystnego dla siebie uzyskania rezultatu. Powyższe działanie powinno implikować wykluczenie wykonawcy Sinmed sp. z o. o. z postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 15.02.2022 r. Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów.

Na skutek oświadczenia Zamawiającego dotyczącego uwzględnienia w całości zarzutów Odwołania, zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Sinmed Sp. z o. o., w dniu 18.02.2022 r. wniósł sprzeciw wobec tego oświadczenia.

Następnie, w dniu 21.02.2022 r., Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - wykonawca Sinmed sp. z o. o., przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Argumentował, że ulotka zawierała zdjęcie poglądowe, dzięki któremu został zobrazowany przybliżony wygląd produktu, co zostało wyjaśnione pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. Wygląd resuscytatora wielorazowego jak i jednorazowego nie odbiega od siebie w znaczący sposób. Ponadto w dniu 27 stycznia 2022 roku wykonawca dokonał uzupełnienia oferty o katalog dotyczący oferowanego wyrobu potwierdzający wymagane parametry, w tym zawierający fotografię lub przedstawiającą wyrób, na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z pkt XIX ppkt 2 SWZ jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba że 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. Pragniemy zaznaczyć iż złożone przedmiotowe środki dowodowe nie służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, gdyż kryterium oceny ofert była cena (90%), termin dostawy cząstkowej (5%) oraz termin płatności (5%).

Zdaniem Przystępującego specyfikacja dołączona do przedłożonych próbek, stanowiąca instrukcję użycia w języku angielskim, jest specyfikacją zarówno dla resuscytatorów jednorazowych i wielorazowych co potwierdzają załączone skany dokumentu (załącznik nr 1). Producent dysponuje jedną uniwersalną instrukcją dla wszystkich produkowanych przez siebie resuscytatorów. Zapisy pod tabelą na ostatniej stronie, które sfotografowała firma Medicavera (załącznik nr 2), dotyczą procesu sterylizacji, co ma miejsce wyłącznie przy resuscytatorach wielorazowych, natomiast wcześniejsze strony opisują cechy i elementy resuscytatorów jednorazowych, tj. zgodnych z dostarczoną próbką i zaoferowanym produktem. Zamawiający w żadnym miejscu nie określił jak ma wygadać instrukcja użycia dołączona do produktu, jak również nie określił czy ma ona znajdować się w zestawie, w związku z czym nie stanowi ona dowodu niezgodności zaoferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia. Zaznaczył jednak, iż instrukcja jest zgodna z dostarczonym produktem.

Jak podkreślił Przystępujący, próbka złożona na potwierdzenie opisu przedmiotu zamówienia posiada dwie maski w zestawie, co potwierdza również zdjęcie wykonane przez świadka odwołującego (załącznik nr 2). Producent w podstawowej ofercie posiada resuscytatory w zestawie z jedną maską, ale dysponuje również ofertą rozszerzoną pod konkretne zamówienia klientów. Przed terminem składania ofert złożyliśmy zapytanie do producenta o możliwość wykonania resuscytatora jednorazowego w zestawie z 2 maskami (rozmiar 4 i 5) i taką ofertę otrzymaliśmy. Podany numer katalogowy CP681113+ wskazuje, iż zaoferowany produkt nie jest standardowym rozwiązaniem jakie oferuje producent Compower na swojej stronie internetowej, a jest rozwiązaniem rozszerzonym. Do niniejszego pisma dołączył oświadczenie producenta, wskazujące co zawiera w zestawie resuscytator CP681113+ (załącznik nr 3).

Jak dodał, Producent Compower produkuje resuscytatory dla dorosłych o objętości w zakresie 1500 ml +/- 200 ml (co potwierdza instrukcja dołączona do produktu). Na początku współpracy z firmą Compower została ustalona specyfikacja techniczna wyrobu zamawianego, tj. m.in. objętość worka i wynosi ona 1650 ml i takie resuscytatory są zamawiane i dystrybuowane. Powyższe potwierdza również dołączone oświadczenie producenta (załącznik nr 3).

Mając na uwadze powyższe uznał, iż Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sinmed Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż złożona oferta nie podlega odrzuceniu i spełnia treść SWZ.

Przystępujący nie zgodził się również z zarzutem nr 2 i 3 formułowanym przez Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

W poczet materiału dowodowego Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w szczególności treści SWZ wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z dnia 21.01.2022 r. dotyczącego wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz odpowiedzi na ww. pismo z dnia 25.01.2022 r., pisma z dnia 26.01.2022 r. dotyczącego wezwania do przedłożenia katalogu oraz odpowiedzi Przystępującego, próbki oferowanych resuscytatorów przedłożonej przez Przystępującego.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego również pismo Odwołującego z dnia 20 stycznia 2022 r., skierowane do Zamawiającego, w którym przedstawione zostało stanowisko Odwołującego w zakresie resuscytatorów zaoferowanych przez Przystępującego, a także dowody załączone do stanowiska Przystępującego tj. zdjęcie wykonane przez świadka odwołującego oraz oświadczenie producenta wraz z tłumaczeniem. Zdaniem Izby, przedłożone przez strony dowody nie były jednak przydatne do rozstrzygnięcia sprawy, z uwagi na odmienną ocenę stanu prawnego jaki zaistniał w sprawie, a który miał zasadnicze znaczenie dla jej rozstrzygnięcia.

Izba oddaliła natomiast wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka z uwagi na uznanie, że okoliczność jaka miała być wykazana za pomocą tego dowodu, została wystarczająco wyjaśniona w trakcie prezentacji swojego stanowiska przez strony w trakcie rozprawy oraz uwzględniając treść pism przez nie złożonych. Również skan instrukcji użycia resuscytatora dołączonej do próbki, a także sama instrukcja, zostały przez Izbę pominięte, z uwagi na brak przedłożenia tłumaczenia ww. dokumentów na język polski. To samo dotyczy zrzutu ekranu przedstawionego przez Przystępującego, który jest w języku angielskim, a w języku polskim przedstawiono jedynie wnioski, jakie zdaniem Przystępującego, płyną z informacji na nim utrwalonych.

Na podstawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że:

Postępowanie na dostawę kubeczków jednorazowych oraz wyrobów medycznych jednorazowego użytku: kateterów do embolektomii, worków urologicznych i resuscytatorów, zostało podzielone na cztery części:

a) część 1: kubeczki jednorazowe do napojów

b) część 2: katatery

c) część 3: resuscytator

d) część 4: worek urologiczny

Zgodnie z sekcją IV „Opis przedmiotu zamówienia/ Opis części zamówienia" Specyfikacji Warunków Zamówienia, „przedmiotem zamówienia jest dostawa kubeczków jednorazowych oraz wyrobów medycznych jednorazowego użytku: kateterów do embolektomii, worków urologicznych, resuscytatorów, zwanych dalej „wyrobami". Opis przedmiotu zamówienia oraz szacowane ilości dotyczące wyrobów zostały zawarte w formularzu cen jednostkowych (zał. 2 do SWZ, dalej również jako FCJ)".

Jak stanowi załącznik nr 2 do SWZ, przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 3 jest resuscytator jednokrotnego użytku dla dorosłych. Minimalny skład zestawu: 2 maski (nr 4 i nr 5), dren tlenowy i rezerwuar tlenowy. Wszystkie elementy w jednym opakowaniu. Data ważności na opakowaniu. Objętość worka dla dorosłych 1600 ml. Pojemność rezerwuaru

tlenowego 2500 ml. Limit ciśnienia 60 cm H2O.

W ramach wyjaśnień do SWZ, Zamawiający dopuścił również resuscytatory o objętości worka 1800 ml (odpowiedź na pytanie nr 3 wykonawcy II z dnia 8 grudnia 2021 r.), a także 1650 ml (odpowiedź na pytanie nr 4 wykonawcy III z dnia 8 grudnia 2021 r.) oraz o pojemności rezerwuaru minimum 2000 ml (odpowiedź na pytanie nr 1 wykonawcy I z dnia 9 grudnia 2021 r.).

Zgodnie z sekcją XIX SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe inne niż określone w art. 104 i 105 ustawy PZP", wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, wykonawca powinien złożyć m. in. następujące środki dowodowe:

b) „dokumenty w postaci katalogów (kart katalogowych), ulotek, broszur lub innych dokumentów, określane dalej jako „materiały informacyjne producenta", potwierdzające, że oferowane wyroby i sprzęt posiadają parametry i właściwości określone w SWZ i

załącznikach do SWZ - z wyraźnym zaznaczeniem, których pozycji dotyczą;

- materiały te winny zawierać co najmniej wskazanie producenta oraz nazwy wyrobu wraz z numerem katalogowym, jeśli wyrób go posiada oraz fotografię lub inną formą graficzną przedstawiającą wyrób;

- zamawiający dopuszcza, by materiały informacyjne, o których mowa powyżej były wystawione przez producenta oferowanego wyrobu bądź jego autoryzowanego przedstawiciela (w rozumieniu „UoWM") bądź przez dystrybutora;

- jeśli w materiałach informacyjnych nie będzie wyszczególnionych powyżej informacji o wyrobie, zamawiający dopuszcza złożenie oświadczenia zawierającego wymagane

informacje

- oświadczenie winno być wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela (w rozumieniu „UoWM");

- zamawiający nie dopuszcza wystawienia przez dystrybutora oświadczenia, o którym mowa powyżej".

Zgodnie z sekcją XIX pkt 2 SWZ, „jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba że 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".

W ramach części nr 3 postępowania, złożonych zostało 5 ofert, z których jedna podlegała odrzuceniu. Spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na pierwszym miejscu w rankingu uplasowała się oferta Przystępującego. Z kolei oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu.

W związku z powyższym, w dniu 20 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. do uzupełnienia oferty o 3 sztuki wyrobów stanowiących przedmiot zamówienia w ramach zadania nr 3. Następnie pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych, zadając następujące pytania:

„1. Kto jest wystawcą złożonego katalogu oferowanego wyrobu na zadaniu 3 poz. 1?

2. Dlaczego na złożonej karcie katalogowej jest zdjęcie wyrobu wielorazowego, podczas gdy Zamawiający wymaga wyrobów jednorazowych?

3. Dlaczego w instrukcji wyrobu wskazane jest, że wyrób jest resuscytatorem silikonowym podczas gdy w naklejce na opakowaniu kartonowym wskazany jest symbol PCV a na

kartonie PVC?

4. Czy wszystkie elementy zestawu są oferowane oryginalnie przez producenta wyrobu w jednym opakowaniu?

5. Czy maska nr 5 jest oferowana pod wskazanym w ofercie numerem katalogowym czy też będzie dostarczana osobno?

6. Czy zaoferowany resuscytator jest identyczny jak wskazany na stronie producenta

W odpowiedzi z dnia 25 stycznia 2021 r. wykonawca wskazał, że:
„1. Wykonawcą złożonego katalogu jest oficjalny dystrybutor produktów firmy Compower w Polsce, tj. firma SINMED;

2. Zdjęcie zawarte w karcie katalogowej jest zdjęciem poglądowym, dzięki któremu został zobrazowany przybliżony wygląd produktu;

3. Musiała nastąpić omyłka po stronie producenta na etapie pakowania resuscytatora, gdyż normalnie do resuscytatora jest dołączona uniwersalna instrukcja obsługi, bez względu na to z jakiego materiału jest on wykonany;

4. Tak, wszystkie elementy zestawu są oferowane oryginalnie przez producenta wyrobu w jednym opakowaniu;

5. Tak, maska nr 5 jest oferowana wraz z całą resztą resuscytatora pod wskazanym w ofercie numerem katalogowym, na co wskazuje znak „+” na końcu numeru katalogowego. Właśnie ten znak oznacza dodatkową maskę w zestawie;

6. Nie możemy odpowiedzieć twierdząco na państwa pytanie. Resuscytator oferowany przez nas jest produkowany przez firmę Compower na zamówienie, zgodnie z naszymi sugestiami, możemy oferować resuscytatory z różnymi parametrami, odbiegającymi od standardowych. Tymczasem producent na swojej stronie internetowej z pewnością prezentuje najbardziej standardowy resuscytator jednorazowego użytku”.

Kolejnym wezwaniem z dnia 26 grudnia 2021 r., Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP, wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o katalog dotyczący oferowanego wyrobu potwierdzający wymagane parametry, w tym zawierający fotografię lub inną formę graficzną przedstawiającą wyrób, w odpowiedzi na które wykonawca przedstawił żądane przez Zamawiającego dokumenty.

W dniu 4 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części nr 3, wskazując że spośród ofert niepodlegającym odrzuceniu, za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. z siedzibą w Przyszowicach, gdyż uzyskała ona największą ilość punktów w kryteriach przyjętych do oceny ofert i nie podlega wykluczeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

W związku z wniesieniem przez wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, odwołanie podlegało rozpoznaniu stosownie do treści art. 523 ustawy PZP.

Uzasadnienie prawne

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, tj. w pierwszej kolejności w części uwzględnionej, Izba wskazuje, co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie natomiast z definicją warunków zamówienia zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy PZP, należy przez to pojęcie rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei jak stanowi art. 106 ust. 1 ustawy PZP zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Wspólną cechą przedmiotowych środków dowodowych jest to, że służą one potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 ustawy PZP).

Zatem w sytuacji, w której złożone zostaną przedmiotowe środki dowodowe, które swoją treścią nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, to ofertę taką należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie, odrzucić w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Co istotne w kontekście rozpatrywanej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego, należy mieć na względzie treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zatem ww. przepis miałby zastosowanie w razie niezłożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego lub jego późniejszego nieuzupełnienia w wyznaczonym terminie. Nie obejmuje on jednak swoim zakresem sytuacji, w której przedmiotowy środek został złożony, ale jego treść nie potwierdza zgodności oferowanego produktu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, istotna jest również treść art. 107 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym, 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. Co wymaga zaznaczenia, regulacja art. 107 ust. 2 ustawy PZP, dotycząca uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, różni się od tej przewidzianej w art. 128 ustawy PZP dla podmiotowych środków dowodowych. W przypadku podmiotowych środków dowodowych, ich uzupełnianie jest zawsze obligatoryjne. Natomiast przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Możliwe jest to wyłącznie w sytuacji przewidzenia takiej możliwości przez zamawiającego, a także w ograniczonym zakresie. Możliwym jest bowiem wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tylko w sytuacji gdy: dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy PZP wyklucza wzywanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który

został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia.

Wskazać należy, iż wraz z ofertą wykonawcy Sinmed Sp. z o. o., przedłożona została karta katalogowa (ulotka) oferowanego produktu, na której widnieje zdjęcie produktu wielorazowego. Zwracał na to uwagę Zamawiający w piśmie z dnia 21.01.2022 r., a przyznał Przystępujący, przedkładając w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26.01.2022 r., poprawioną kartę katalogową, z prawidłowym zdjęciem. Za niedopuszczalną, w kontekście argumentacji przedstawionej wyżej, należy uznać procedurę zastosowaną przez Zamawiającego, a polegającą na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, który zawierał błędy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że fotografia, która przedstawia wyrób inny niż oferowany, jest błędną fotografią, a tym samym nie potwierdzającą zgodności oferowanego produktu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, że jako niezgodna z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Nie jest przy tym dopuszczalne zaakceptowanie wyjaśnień wykonawcy, zawartych w piśmie z dnia 25.01.2022 r., że zdjęcie zawarte w karcie katalogowej jest zdjęciem poglądowym, dzięki któremu został zobrazowany przybliżony wygląd produktu. Zamawiający wymagał bowiem złożenia katalogu, w którym zostanie zamieszczona fotografia lub inna forma graficzna przedstawiająca wyrób. Nie można zdjęcia poglądowego uznać za spełniającego te wymagania, skoro Zamawiający wymagał konkretnie fotografii wyrobu oferowanego ewentualnie innej formy graficznej przedstawiającej oferowany wyrób.

Irrelewantnym z punktu widzenia rozstrzygania zasadności postawionego zarzutu jest kwestia instrukcji znajdującej się w opakowaniu resuscytatora, który jako próbka został przedłożony Zamawiającemu przez wykonawcę Sinmed Sp. z o. o. Po pierwsze, żadna ze stron nie przedłożyła tłumaczenia tejże instrukcji na język polski, co prowadzi do wniosku, że stosownie do treści art. 506 ust. 2 ustawy PZP, Izba nie mogła wziąć pod uwagę argumentacji stron jej dotyczącej. Po drugie, instrukcja nie była wymagana przez Zamawiającego jako przedmiotowy środek dowodowy, ani w żadnym innym charakterze, na żadnym etapie postępowania. Bezprzedmiotowym jest więc wypowiadanie się przez Izbę w kontekście argumentacji przedstawianej przez strony w tym zakresie.

W związku z potwierdzeniem się zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, potwierdził się również zarzut nr 2 dotyczący nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty, skoro powinna ona podlegać odrzuceniu.

Nie potwierdził się natomiast zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, poprzez brak wykluczenia wykonawcy Sinmed sp. z o.o. przez

Zamawiającego, podczas gdy w wyniku swojego niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Istotnym jest, że opisana wyżej przesłanka wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny. Owa fakultatywność przejawia się w tym, że Zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania jej wystąpienia w razie braku przewidzenia stosownych zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający przewidzi wykluczenie wykonawcy z postępowania w razie zaistnienia przesłanki fakultatywnej, to ma on każdorazowo obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy, wobec którego ta przesłanka zaistnieje.

W analizowanej sprawie, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zawarł informację, że wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlegać będą również wykonawcy, w stosunku do których zachodzą okoliczności wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7 ustawy PZP. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że powinien on badać wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Z tego względu zarzut ten zasługiwał na oddalenie.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....