Sygn. akt: KIO 415/22

WYROK

z dnia 4 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 14 lutego 2022 r. przez odwołującego: Skamex

Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 415/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie 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 przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa rękawic jednorazowego użytku - 4 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 231-608050.

W dniu 14 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SKAMEX Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w związku z art. 223 i art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 107 ust. 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości i wybór w pakiecie 1 oferty złożonej przez Wykonawcę Medica, mimo niezłożenia przez niego odpowiednich

przedmiotowych środków dowodowych we właściwym trybie oraz mimo istnienia

uzasadnionych wątpliwości co do zgodności oferty z wymaganiami określonymi w niniejszym postępowaniu;

2) naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wybór oferty Wykonawcy Medica mimo uzasadnionych wątpliwości co do zgodności oferty z

wymaganiami SWZ.

W związku z tak postawionymi zarzutami wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości, 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny oferty wykonawcy Medica w zakresie pakietu nr 1, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Medica w zakresie pakietu nr 1, 4) nakazanie dokonania ponownej

czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący w pierwszym rzędzie skupił się na wykazaniu interesu we wniesieniu odwołania, przedstawiając szerokie uzasadnienie dla prezentowanego przez siebie stanowiska, iż pomimo zajmowania dalszej pozycji w rankingu ofert, jest on uprawiony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu.

Następnie, odnosząc się już stricte do postawionych zarzutów, wskazywał że przedmiotem oferty miały być „rękawice wolne od akceleratorów chemicznych", natomiast sposób potwierdzenia tej cechy Zamawiający określił relatywnie szeroko dając Wykonawcom wybór co do rodzaju dokumentu, jakim ww. cecha miała być potwierdzona. Nie ulega wątpliwości również, iż umieszczając w katalogu dokumentów wymaganych „test z jednostki niezależnej" musiał mieć na myśli test, który co do swojego rodzaju i czułości będzie właściwy dla wykazania faktycznego braku zawartości akceleratorów.

Wykonawca Medica zaoferował rękawice PROFENCE, których producentem jest Hartalega. W przedmiotowym postępowaniu Medica złożyła także kartę katalogową. Wykonawca Medica nie złożyła wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego brak zawartości akceleratorów w zaoferowanych rękawicach. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy Medica do złożenia dokumentu na potwierdzenie ww. parametru w trybie wskazanym w art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak wskazuje SWZ. W związku z powyższym Odwołujący poinformował Zamawiającego notatką z dnia 26 stycznia 2022 r., o braku zgodności oferty Wykonawcy Medica oraz pozostałych Wykonawców z wymaganiami Zamawiającego.

Dopiero po poinformowaniu Zamawiającego o niezgodności, wezwał on Wykonawców, w tym Medicę, do wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy PZP. W ramach złożonych wyjaśnień z dnia 28 stycznia 2022 r., Wykonawca Medica samowolnie dokonał złożenia przedmiotowych

środków dowodowych - wyniki badań jednostki niezależnej wykonane metodą HPLC oraz

oświadczenie producenta co do braku zawartości MBT w oferowanych rękawicach.

Analiza wadliwie złożonych dokumentów w połączeniu z oznakowaniem zaoferowanych rękawic oraz wiedzą, jaką odwołujący dysponuje na temat oferty producenta Hartalega, będąc jego partnerem handlowym od wielu lat, spowodowała przekazanie Zamawiającemu drugiej notatki, w której jasno wskazano, że nawet biorąc pod uwagę dokumenty, których Zamawiający nie powinien brać pod uwagę jako wadliwie złożone, to dokumenty te nie potwierdzały w żaden sposób, że zaoferowane rękawice zgodnie z definicją zawartą w EN 455-3 to rękawice „pozbawione akceleratorów chemicznych".

W normie EN 455-3, w punkcie 4.2 wyraźnie wskazano, iż: Producenci mogą zadeklarować brak substancji tylko wtedy, gdy substancja ta nie jest stosowana w żadnej części procesie produkcyjnym. Do wytwarzania produktu nie stosuje się żadnych związków, o których wiadomo, że tworzą substancję, która jest przedmiotem takiej deklaracji.

Jak dalej argumentował Odwołujący, wskutek złożonej przez niego drugiej notatki (4 lutego 2022 r.), Zamawiający wezwał ponownie wykonawcę Medica do złożenia wyjaśnień i dał tym wyjaśnieniom wiarę dokonując wyboru oferty tego wykonawcy (wyjaśnienia z dnia 10 lutego 2022 r.).

Z wiedzy Odwołującego jasno wynika, że producent Hartalega wytwarza rękawice o grubości 2.2 mil z zawartością akceleratora ZDBC. Załączone oświadczenie Hartalega w żaden sposób nie neguje tego faktu, gdyż w treści oryginalnego oświadczenia jasno wskazuje, że producent ten nie stosuje akceleratora MBT w produkcji tych rękawic, zatem zgodnie z EN 455-3 rękawice te nie zawierają akceleratora MBT. Oświadczenie to w żadnym stopniu nie dotyczy innych akceleratorów chemicznych, w tym używanego w produkcji rękawic ZDBC. Drugi załączony dokument, tj. wyniki badań przeprowadzonych metodą HPLC nie mogą zostać uznane za potwierdzenie braku zawartości akceleratorów chemicznych jako właściwe i wiarygodne, gdyż wbrew wymaganiom normy ISO 10398:1998, metodą właściwą do badania zawartości akceleratorów z grupy ditiokarbaminianów (w tym ZDBC), jest wyłącznie metoda TLC z zastosowaniem medium innego niż woda lub sól fizjologiczna.

Z faktu, że Zamawiający nie sprecyzował metody badawczej, w żadnym stopniu nie można wywieść wniosku, iż dopuszcza metodę badawczą niewłaściwą pozbawioną odpowiedniej czułości, która pozwalałaby wykryć akceleratory w gotowym produkcie (HPLC).

Zdaniem Odwołującego, towarzyszące załączonym dokumentom wyjaśnienia, którym Zamawiający dał wiarę, również są niewiarygodne. Kwestionowany w notatce odwołującego zapis na opakowaniach zaoferowanych rękawic „UWAGA: surowce użyte do wykonania tych rękawic mogą u niektórych osób wywoływać reakcje alergiczne. W przypadku wystąpienia reakcji alergicznej należy natychmiast przerwać stosowanie i skonsultować się z lekarzem", zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy Medica, miał nie dotyczyć akceleratorów chemicznych, jednakże nie przedstawiono w tym zakresie żadnego dowodu. Po pierwsze, ww. zapis nie zawiera takich wyłączeń, po drugie nie złożono także informacji od producenta o tym, że zapis ten dotyczy substancji innych niż akceleratory. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Medica opierając się na wprowadzających w błąd oświadczeniach wykonawcy oraz dowodach, do których złożenia Zamawiający nie wezwał, ignorując jednocześnie dostarczoną przez Odwołującego informację, iż zaoferowane przez Medica rękawice są wytwarzane z użyciem akceleratora ZDBC i akcelerator ten zawarty jest w zaoferowanym produkcie.

Jak dalej argumentował Odwołujący, podkreślenia wymaga, że odmiennie niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych, 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. Należy jednak wskazać, iż te czynności zostały dokonane z naruszeniem ustawy prawo zamówień publicznych. Art. 107 ust. 2 ustawy 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 zamawiającego 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 zamawiającego 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 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). (Patrz: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 366).

Tymczasem, zdaniem Odwołującego, w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych bez wezwania. Jednocześnie złożone dokumenty nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego i nie potwierdzają posiadania przez oferowany produkt wymaganych parametrów (brak zawartości akceleratorów).

Jak dalej argumentował, w myśl nowej ustawy, zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych (zob. wyrok

dotyczący podmiotowych środków dowodowych - wyr. KIO z 25.11.2010 r., KIO 2473/10,

Legalis). Prawo do uzyskania wyjaśnień nie może być jednak rozumiane jako uprawnienie do

domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. Należy przy tym podkreślić, że w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony zarówno do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzącej z innych postępowań, jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 PrZamPubl2004 (obecnie art. 107 ust. 2 i 4), które to uregulowanie ma pierwszeństwo w wyjaśnianiu zagadnień dotyczących złożonej oferty. Wskazać trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 PrZamPubl2004 (obecnie art. 16) obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należałoby zatem uznać takie działanie zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę - zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę w celu wykazania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający stałby się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, takie działanie zaś może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców (por. wyr. KIO z 26.8.2010 r., KIO 1726/10, Legalis, patrz: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Paweł Granecki, Iga Granecka, Legalis).

W niniejszym postępowaniu Wykonawca Medica na wezwanie Zamawiającego do złożenia w trybie art. 223 ustawy PZP wyjaśnień w przedmiocie wątpliwości uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe bez wezwania. Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z należytą starannością, co wyraża się m.in., z obowiązkiem wnikliwej analizy złożonych ofert (tak np. wyrok KIO 1307/10).

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, opisując przedmiot zamówienia musi mieć możliwość stwierdzenia spełnienia przez oferowany produkt

wymagań zamówienia. Zamawiający powinien zatem dysponować odpowiednim zapleczem umożliwiającym weryfikację spełniania wymagań określonych w SWZ przez oferowany

produkt. Brak możliwości weryfikacji produktu pod tym kątem umożliwiłby składanie ofert na produkt niespełniające wymagań Zamawiającego w związku z brakiem możliwości obiektywnego spełnienia kryteriów określonych w SWZ. Brak umiejętności weryfikacji spełniania przez zaoferowany produkt wymaganych przez Zamawiającego parametrów

wiązać należy ze stwierdzeniem braku staranności Zamawiającego w prowadzeniu

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 1, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy ustawy PZP zawarte odpowiednio w art. 16 pkt 1 i 2 oraz

239, 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 Mercator.

Odwołujący przywołał na poparcie swoich argumentów orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz podkreślił, że również w orzecznictwie TSUE akcentuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

W związku z przedstawionymi argumentami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stanowisko do protokołu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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.

W tym miejscu zasadnym jest odniesienie się do podnoszonej w trakcie rozprawy kwestii istnienia interesu do wniesienia odwołania wykonawcy, który uplasował się na dalszym niż drugie miejscu w rankingu ofert. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Jest to materialnoprawna przesłanka do wniesienia odwołania, podlegająca badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (zob. wyrok z 13 września 2011 r., KIO 1837/11). Nie można zatem za skuteczną uznać argumentacji Odwołującego zaprezentowanej na rozprawie, że kwestia interesu we wniesieniu odwołania powinna zostać rozstrzygnięta na posiedzeniu i powinna prowadzić do ewentualnego odrzucenia odwołania. Brak podniesienia tej kwestii na posiedzeniu nie rozstrzyga automatycznie, że droga do zbadania tej okoliczności zamyka się wraz z otwarciem rozprawy. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną prowadzi do oddalenia odwołania (tak: wyrok z dnia 30 czerwca 2020 r., KIO 819/20).

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący został sklasyfikowany na czwartej pozycji w rankingu ofert, a zakresem odwołania jest objęta jedynie oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty nie dotyczą oferty sklasyfikowanej na drugiej i trzeciej pozycji. W tym kontekście konieczne jest stwierdzenie, że nie można wykluczyć, że wykonawcy, których oferty zostały ocenione korzystniej, nie spełniają warunków podmiotowych udziału w

postępowaniu, a wtedy wykonawcy dalej sklasyfikowani mogą mieć interes we wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący potencjalnie będzie mógł "wygrać przetarg", gdy skutecznie zakwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty i np. przy ponownej ocenie ofert okaże się, że wykonawca pierwotnie sklasyfikowany na drugim i trzecim miejscu zostanie wykluczony z postępowania. Sprowadza się to do wniosku, że interes prawny we wniesieniu odwołania będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy wzięli udział w danym postępowaniu i nie uzyskali zamówienia (tak: wyrok z dnia 19 grudnia 2017 r., KIO 2586/17).

Obecnie bowiem weryfikacja wykonawców biorących udział w postępowaniu, ma charakter dwustopniowy. Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy PZP regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Tym samym nie można wykluczyć sytuacji, w której wykonawcy sklasyfikowani na korzystniejszych pozycjach w rankingu ofert niż Odwołujący, spełniania warunków podmiotowych ostatecznie nie potwierdzą, a ich oferty zostaną unicestwione, co otworzy szanse na uzyskanie zamówienia również jemu.

W związku z powyższym, Izba doszła do wniosku, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, tj. treść normy międzynarodowej ISO 10398/1998, katalog produktów firmy Hartalega, zrzuty ekranu ze strony internetowej firmy Hartalega, zestawienie parametrów odporności chemicznych, certyfikaty dla rękawic o grubości 2,2 mil oraz 2,5 mil, wykaz surowców dla rękawicy egzaminacyjnej bezpudrowej nitrylowej 2,2 mil.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa rękawic jednorazowego użytku. Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części. Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia dla

zadania 1, uwzględniającego zmiany z dnia 23 grudnia 2021 r., przedmiotem zamówienia są: „Niejałowe diagnostyczne rękawice nitrylowe bezpudrowe w rozmiarach XS, S, M, L i XL, o długość min. 240 mm i grubości na palcach z zakresu min. 0,07 mm i max. 0,13 mm. Powierzchnia rękawicy mikroteksturowana lub gładka z dodatkową teksturą na końcach palców (nie gładka), rolowany brzeg mankietu, polimerowane lub chlorowane. Rękawice wolne od akceleratorów chemicznych co winno być potwierdzone testem z jednostki niezależnej lub oświadczeniem producenta lub potwierdzone badaniami TLC . Rękawice w rutynowych czynnościach muszą być odporne na przebicie, nie mogą ulegać przerwaniu, pękaniu, obrywaniu się mankietów, winny być rozciągliwe, łatwe w nakładaniu i dobrze dopasowane. Posiadające rejestrację jako środek ochrony osobistej klasy III. Zgodnie z normą EN 455-1,2,3 poziom AQL dla szczelności 1,5 lub mniejszej, co jest potwierdzone raportem z badań producenta lub certyfikatem wydanym przez jednostkę notyfikowaną, poziom oznaczony na opakowaniu jednostkowym. Ochrona przed przenikaniem substancji chemicznych wg normy EN ISO 374-1 i EN 16523-1 dla co najmniej 3 substancji wskazanych w tej normie. Fabryczne oznakowanie opakowania znakiem CE, informacją o wyrobie medycznym klasy I, środku ochrony indywidualnej klasy III oraz dacie ważności produktu. Przebadane na przenikanie wirusów zgodnie z normą ASTM F 1671”.

Zgodnie z Rozdziałem 5 SWZ pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają

dostarczyć Wykonawcy”, lit. A „DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA NIEZBĘDNE DO UPŁYWU TERMINU SKŁADANIA OFERT”, punkt 6 „Przedmiotowe środki dowodowe”:

„a) w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego - charakterystyka techniczna i użytkowa, cechy, parametry i rozmiary każdego z asortymentów objętych dostawą i określonych w Załącznikach nr 1.1-1.4 np. w formie prospektów,

katalogów, ulotek - nie zawierających informacji sprzecznych niż podane w tym Załączniku

do SWZ***)

b) dla zad. nr 2 - wypełniona tabela parametrów oceny jakościowej wymienionych w Zał. nr 1.2 (wypełnić należy kolumnę oznaczoną „Opis dokonany przez Wykonawcę");

c) dla zad.nr 1, 2 i 3 - próbki przedmiotu zamówienia, z co najmniej 3-miesięcznym terminem ważności - w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego (w ilości wskazanej w poszczególnych załącznikach).

****Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ppkt. 6a) i/lub 6c) lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Próbki - ze względu na konieczność ich wykorzystania przy testach i zanieczyszczenie materiałem biologicznym - nie podlegają zwrotowi".

W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania 1, złożono 5 ofert - w tym ofertę Odwołującego SKAMEX Sp. z o. o. sklasyfikowaną na czwartym miejscu w rankingu ofert z punktacją określoną na 8,95 pkt. Pismem z dnia 04.01.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Medica, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP, do uzupełnienia prospektów, katalogów, ulotek - nie zawierających informacji sprzecznych niż podane w załączniku do SWZ, na potwierdzenie, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. W dniu 10 stycznia wykonawca złożył wymagane dokumenty. Następnie pismem z dnia 19.01.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Medica, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zostały przedłożone mu dnia 31.01.2022 r.

W dniu 26.01.2022 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu pismo zatytułowane „notatka służbowa", w którym poinformował Zamawiającego, że wykonawca Medica oraz pozostali wykonawcy, nie złożyli wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego brak zawartości akceleratorów w zaoferowanych rękawicach. Swoje uwagi dotyczące zaoferowanych przez innych wykonawców rękawic, w tym przez wykonawcę Medica, przedstawiał jeszcze w notatce z dnia 4 oraz 10 lutego 2022 r.

W odpowiedzi na ww. notatkę, wykonawca Medica pismem z dnia 28.01.2022 r., skierowanym do Zamawiającego oświadczył, że zaoferowane przez niego rękawice są wolne od akceleratorów chemicznych oraz przedłożył oświadczenie producenta, a także badania z jednostki niezależnej. Przedłożył również dodatkowe wyjaśnienia dotyczące ww. notatek z dnia 10 i 16 lutego 2022 r.

Zgodnie z informacją z dnia 02.02.2022 r., w zakresie zadania nr 1, za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy J. C., A. M. MEDICA Sp. j. ul. Przemysłowa 4A, 59-300 Lubin, za cenę 1 104 192,00 zł, gdyż uzyskała ona największą ilość punktów w oparciu o kryteria

oceny ofert.

Pismem z dnia 07.02.2022 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Medica, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, o zajęcie stanowiska w związku z wątpliwościami i zarzutami, które wpłynęły od uczestnika postępowania. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca podtrzymał wcześniej zajmowane stanowisko, które wyrażał w odpowiedziach na notatki służbowe Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Spór w niniejszym postępowaniu sprowadzał się do rozstrzygnięcia czy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach pakietu 1, zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz czy potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy zgodności z wymaganiami Zamawiającego nastąpiło w odpowiednim trybie. Zarzut sformułowany przez Odwołującego

opierał się przede wszystkim na tym, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie przedłożył wszystkich wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, tj. nie złożył dokumentów potwierdzających, że oferowane przez niego rękawice są wolne od akceleratorów chemicznych.

Celem rozstrzygnięcia niniejszego zagadnienia, należy zatem określić katalog przedmiotowych środków dowodowych jaki wymagany był od wykonawców w postępowaniu. Wskazać należy, że zgodnie z art. 134 ustawy PZP, SWZ zawiera co najmniej: opis przedmiotu zamówienia (pkt 4), informację o przedmiotowych środkach dowodowych (pkt 5). Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że takie żądania Zamawiającego, jak wykaz przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w treści SWZ. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Specyfikacja Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - to w oparciu o jej zapisy wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia przygotowują ofertę. Jest to więc dokument o charakterze kluczowym dla przebiegu postępowania, którego zapisy wiążą zarówno wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, jak również Zamawiającego. Z tego też względu warunki zamówienia (co stanowi pojęcie szersze niż warunki udziału w postępowaniu) powinny zostać opisane w SWZ w sposób jednoznaczny, spójny i wyczerpujący (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 484 i 815.).

W rozpatrywanym stanie faktycznym Odwołujący upatruje niezgodności oferty wykonawcy Medica z warunkami zamówienia, z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rękawic, które nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. w szczególności, że zaoferowane przez niego rękawice nie są wolne od akceleratorów chemicznych, co powinno być stwierdzone testem z jednostki niezależnej, oświadczeniem producenta lub badaniami TLC.

Tymczasem wzmianka o ww. cesze zamawianych rękawic została zawarta w Opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1. Zamawiający nie wymagał jednak złożenia jakiegokolwiek dokumentu na potwierdzenie ww. cechy, oprócz opisanych w Rozdziale 5 lit. a punkt 6 SWZ prospektów, katalogów lub ulotek zawierających charakterystykę techniczną i użytkową, cechy, parametry i rozmiary każdego z asortymentów objętych dostawą i określonych w Załącznikach nr 1.1-1.4 - nie zawierających informacji sprzecznych niż podane w tym Załączniku do SWZ.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, wykonawcy ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia nie mieli obowiązku przedkładać Zamawiającemu „testu z jednostki niezależnej, oświadczenia producenta lub badań TLC" na potwierdzenie, że oferowane rękawice są wolne od akceleratorów chemicznych. Dokumentem, który miał potwierdzać powyższe, są wspomniane wcześniej prospekty, katalogi lub ulotki. Zatem dokumenty złożone przez wykonawcę Medica na wezwanie Zamawiającego kierowane w trybie art. 107 ust. 2 ustawy PZP, były wystarczające do oceny, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Dokumenty złożone dodatkowo nie zmieniają w żaden sposób jego sytuacji w postępowaniu, ponieważ nie były one przez Zamawiającego wymagane i nie zmieniają treści jego oferty.

Aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,

należałoby ustalić treść warunków zamówienia oraz treść oferty i porównując je stwierdzić, że obie treści sobie nie odpowiadają. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała

miejsca. Jeżeli Zamawiający nie wymagał potwierdzenia, przez złożenie stosownych dokumentów na etapie składania ofert, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, to nie można odrzucić oferty wykonawcy z powodu ich braku, zarzucając sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, w odpowiedzi na wezwanie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP, wykonawca Medica przedłożył wymagane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe, które swoją treścią potwierdzały spełnianie przez oferowane rękawice, wymagań opisanych przez Zamawiającego, a co za tym idzie, potwierdzały zgodność zaoferowanych produktów z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ. Nie można zatem mówić o

jakichkolwiek wątpliwościach dotyczących oferty wykonawcy Medica i nieuprawnionym jej wyborze przez Zamawiającego. Powyższe wynika z tego, że zamawiający dokonuje badania prawidłowości i poprawności danej oferty w oparciu o treści w niej zawarte.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również poprzez składane dowody, że zaoferowane przez wykonawcę Medica rękawice są niezgodne z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. Złożone dowody opierały się m. in. na zrzutach ekranu ze strony

internetowej producenta rękawic. Izba stoi na stanowisku, że informacje na stronach internetowych, jako źródło niepewne, zawierające często błędne bądź niepełne dane, nie może stanowić dowodu przesądzającego o niezgodności produktu z SIWZ (tak: wyrok z 10 maja 2021 r., KIO 765/21). Zamawiający nie określał również w sposób sztywny metody badawczej, która powinna potwierdzać brak akceleratorów w rękawicach. Zatem zarzuty Odwołującego, że jedyną poprawną metodą jest metoda TLC, powinny być przez niego podnoszone na etapie publikacji dokumentacji zamówienia, kiedy ich podnoszenie było zasadne, a nie w czasie odwołania składanego na wybór oferty najkorzystniejszej. Również pozostałe dowody zdaniem Izby nie wykazały w sposób jednoznaczny, że zaoferowane prze wykonawcę Medica rękawice nie spełniają warunków określonych w OPZ.

Podsumowując, za niezasadny należy uznać zarzut odwołania dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Medica z warunkami zamówienia, jak i zarzut braku przedłożenia odpowiednich przedmiotowych środków dowodowych przez tego wykonawcę, a w konsekwencji również zarzut dotyczący wadliwego prowadzenia przez Zamawiającego postępowania. Z powyższych względów odwołanie zasługiwało na oddalenie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z § 2 ust. 1 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: .....