Sygn. akt: KIO 506/23

WYROK z dnia 8 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2023 r. przez Odwołującego – Mercator Medical Spółka Akcyjna, ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków w

postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecki Szpital Bródnowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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 506/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o. w Warszawie, w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę materiałów

medycznych, sprzętu jednorazowego użytku dla Zespołów Oddziału Neonatologii, Zespołów Oddziałów Kardiologii Chorób Wewnętrznych i Nadciśnienia Tętniczego Pododdział

Intensywnego Nadzoru Kardiologicznego, Oddział Chirurgii Ogólnej dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o. (sygn. postępowania: MSB/PN/41/06/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.07.2022 r., 2022/S 128-363949, wobec czynność z dnia 17.02.2023 r. - wyboru oferty najkorzystniejszej w części 7 zamówienia, Wykonawca Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie (Odwołujący), wniósł w dniu 24.02.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 506/23).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty w części nr 7 oferty ZARYS International Group Sp. z o.o. sp. k., podlegającej odrzuceniu,

2. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZARYS International Group Sp. z o.o. sp. k., jako niezgodnej z ustawą.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 7, nakazanie odrzucenia oferty ZARYS w części nr 7, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nieprawidłowości wskazane w odwołaniu dotyczyć mają oferty wybranej na część nr 7 zamówienia w zakresie zaoferowanych rękawic diagnostycznych, których parametry miał potwierdzać przedmiotowy środek dowodowy, tj. złożony raport testowy przed wysyłką, który nie zawierał informacji na temat rozmiaru XS. Wykonawca został wezwany w dniu 12.01.2023 r. do wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego i uzupełnienia dokumentu. W dniu 19.01.2023 r. Wykonawca złożył oświadczenie, w którym potwierdził spełnianie wymagań dla rozmiarów XS-XL i załączył nowy raport, obejmując go tajemnicą przedsiębiorstwa. Raport ten został udostępniony Odwołującemu przez Zamawiającego w odpowiedzi na wniosek Odwołującego, w którym wskazał na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Analiza uzupełnionego raportu oprócz informacji o rozmiarze XS wskazuje na modyfikację parametrów grubości oferowanych rękawic, w stosunku do grubości wskazanych w raporcie złożonym wraz z ofertą.

W ocenie Odwołującego na skutek uzupełnienia raportu wskazującego na odmienne parametry oferowanych rękawic miało dojść do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia. Ponieważ parametr grubości zawarty w przedmiotowym środku dowodowym stanowił merytoryczną treść oferty rozumianą, jako treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, jako taki nie mógł podlegać modyfikacji po upływie terminu składania ofert. Zgodnie z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp modyfikacji treści oferty nie można dokonać po upływie terminu składania ofert, a dokonanie takiej zmiany prowadzić powinno do uznania, iż oferta jest niezgodna z ustawą.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – ZARYS International Group Sp. z o.o. sp. k.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 06.03.2023 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy (wskazaną poniżej), w tym treść swz, dokumenty składane Zamawiającemu w toku badania ofert oraz złożone w sprawie stanowiska stron i Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający podzielił zamówienie na 15 części dopuszczając składanie ofert na jedną, kilka lub wszystkich części zamówienia. Część 7 dotyczy rękawic nitrylowych i rękawic nitrylowych do procedur wysokiego ryzyka (dwie pozycje). Opis szczegółowych wymagań Zamawiający

zamieścił w załączniku nr 6 do swz – specyfikacja asortymentowo-cenowa. Zamawiający wskazał w kolumnie nr 2 szczegóły dotyczące parametrów, w tym grubość pojedynczej ścianki rękawicy (w strefie palców: 0,10-0,12 mm i w części dłoniowej:0,06mm-0,08 mm), jak również rozmiary (XS, S, M, L, XL) oraz wymagane dokumenty dotyczące oferowanych wyrobów medycznych wśród, których wskazanych został pełny raport testowy przed wysyłką potwierdzający wymagane parametry, nie starszy niż z 2017 roku (dla każdej pozycji).

W swz, pkt 8 Zamawiający opisał przedmiotowe środki dowodowe. Dla części 7 wymagane było złożenie oświadczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 oraz przedłożenie próbek po 1 opakowaniu w każdym rozmiarze. W załączniku nr 6 dla części 7 zamówienia, jako dokumenty wymagane wskazane zostały:

1. deklaracja zgodności CE,
2. karta katalogowa produktu,
3. w celu potwierdzenia, że oferowane wyroby są zgodne z wymaganiami SWZ oraz wymogami norm, do oferty należy załączyć arkusz danych technicznych na gotowy wyrób medyczny,
4. wyniki badań na ASTM D6978 – dołączone do oferty
5. pełny raport testowy przed wysyłką potwierdzający wymagane parametry, nie starszy niż z 2017 roku.

Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego załącznika nr 6 – specyfikacja

asortymentowo-cenowa. Do wypełnienia przez wykonawców pozostawione zostały kolumny od 5 do 10, w których należało wskazać cenę jednostkową netto, wartość netto, stawkę podatku VAT, kwotę podatku VAT, wartość brutto, a w kolumnie 10: nr katalogowy, nazwa handlowa, producent.

ZARYS International Group Sp. z o. o. sp. k. złożył ofertę na część 1, 2, 7, 8, 10 i 11. Załączył wypełniony załączniki nr 6

do każdej części. Na część 7 zamówienia wykonawca zaoferował produkt opisując go w kolumnie nr 10, jako: ZARYS/RNB-X-100 (X oznacza rozmiar)/Rękawice easyCARE nitrylowe, bezpudrowe. opak. typu SafeDon – poz. 2. Do oferty załączony został RAPORT INSPEKCJI dla partii towarów poddanej kontroli do normy EN 455-1:2000, EN 455-2:2015 oraz EN 455-3:2015. Badaniu poddane zostały próbki rękawic wyprodukowane w styczniu 2020 r. w rozmiarach S, M, L, XL, wyprodukowane w serii ilości 100 000 szt., 200 000 szt., 150 000 szt. I 96 000 szt.

Pismem z dni 12.01.2023 r. Zamawiający wezwał ZARYS International Group Sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych wskazując, iż w załączonym do oferty Raporcie Inspekcji dla części nr 7, poz. 2 zaoferował rękawice

mediCare SafeDon dla rozmiarów S-XL. Natomiast Zamawiający wymagał „… Pełny raport testowy przed wysyłką potwierdzający wymagane parametry, nie starszy niż z 2017 roku dla rozmiarów XS-XL…". Zamawiający prosił o wyjaśnienie w/w rozbieżności na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż „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". Zamawiający wyznaczył termin do złożenia wyjaśnień do 20.01.2023 r., godzina 10:00.

W wyjaśnieniach z 19.01.2023 r. wykonawca potwierdził spełnienie wymagań w zakresie rozmiarów XS-XL na potwierdzenie czego przedstawił raport uwzględniający rozmiary XS-XL (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). Raport w dniu rozprawy nie był dokumentem tajnym – znany Odwołującemu i udostępniony przez Zamawiającego. Uzupełniony Raport Inspekcji dotyczy serii rękawiczek wyprodukowanych we wrześniu 2020 r. i zawiera charakterystykę produktu w rozmiarach: XS, S, M, L, XL (wyniki badań).

W dniu 17.02.2023 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej w cześć 7 zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.

Odwołujący kwestionując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na część 7 zamówienia dążył do wykazania, iż wybrana oferta jest niezgodna w tej części z Ustawą, co miałoby wynikać z dokonania zmiany jej treści po upływie terminu na składanie ofert. W ocenie Odwołującego na skutek uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego oferta ZARYS stała się niezgodna z Ustawą, która umożliwia złożenie jednej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 218 ust. 1 Ustawy). Nie stanowi natomiast przedmiotu zarzutu ocena merytoryczna zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności prawidłowość procedury uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jak również spełnienie parametrów grubości rękawiczek i innych opisanych w załączniku nr 6 do swz.

Odnosząc się zatem do postawionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZARYS skład orzekający związany podstawą faktyczną zarzutu zobowiązany był wyłącznie do oceny, czy w świetle czynności uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego – Raportu Inspekcji doszło do złożenia nowej oferty identyfikującej zaoferowany produkt w sposób odmienny, niż miało to miejsce w wypełnionym formularzu asortymentowo-cenowym. W ocenie Odwołującego miało bowiem dojść do uzupełnienia oferty o rękawiczki w rozmiarze SX

spełniające parametry żądane w dokumentacji postępowania, jak również zaoferowania nowych produktów o odmiennych parametrach technicznych wskazanych w uzupełnionym dokumencie.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż okoliczności wskazane w podstawie zarzutu zaniechania odrzuceni oferty wybranej nie mogły prowadzić do stwierdzenia, iż oferta jest niezgodna z Ustawą. O jej niezgodności miałoby świadczyć bowiem, iż na skutek uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego doszło do zmiany oferty – złożenia nowej oferty identyfikującej przedmiot świadczenia i jego parametry techniczne.

Zgodnie z art. 218 ust. 1 Ustawy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Dopuszczalnym na gruncie Ustawy jest między innymi złożenie oferty na kilka części zamówienia, co powoduje, iż faktycznie oferta na każdą z części stanowi odrębny byt prawny, co umożliwia odrębne badanie zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym złożonych ofert częściowych. Taka możliwość została przez Zamawiającego dopuszczona w przedmiotowym zamówieniu, gdyż w swz wskazane zostało, iż wykonawcy mogą składać oferty na wybraną ilość części, bez ograniczeń co do ilości części. Również ZARYS z tej możliwości skorzystał i złożył oferty częściowe na zadania nr 1, 2, 7, 8, 10 i 11. Zarzuty Odwołującego dotyczą wyłącznie oferty złożonej na część 7 zamówienia, w której zaoferowane zostały produkty wskazane przez wykonawcę w załączniku nr 6 (nazwa produktu i jego producent).

Zasadniczym pod względem uchybienia o charakterze formalnym, miało być zdaniem Odwołującego złożenie nowej oferty na część 7 – identyfikującą produkt spełniający parametry techniczne i właściwości wymagane w swz, co w ocenie składu orzekającego, nie miało miejsca. Na wstępie należy zauważyć, iż opis parametrów i wszystkich wymagań Zamawiającego zamieszczony w formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do swz, stanowił faktycznie opis przedmiotu zamówienia objętego poszczególnymi częściami. Zapisy te identyfikowały zarówno właściwości produktu, jak i jego rozmiary i ilości, jak również uzupełniały postanowienia pkt 8 swz w zakresie identyfikacji wymaganych dokumentów, jakie należało złożyć wraz z ofertą. W tym elemencie załącznika nie ma oświadczenia kształtowanego wolą wykonawców, którzy zobowiązani byli wyłącznie do podania ceny i wskazania produktu, jaki miałby być dostarczony w ramach zamówienia. W szczególności należy odnotować, iż w kolumnie nr 10 – identyfikującej produkt, wykonawcy nie byli zobowiązani do potwierdzania parametrów produktu, czy też ich rozmiarów. W oparciu o samo wskazanie nazwy produktu i jego producenta, wraz z dokumentami załączonymi do oferty Zamawiający identyfikował przedmiot

świadczenia i jego właściwości techniczne. Dla potwierdzenia tych ostatnich Zamawiający żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Należy również odnotować, iż wytyczna dotycząca żądanych dokumentów nie

uzasadnia tezy odwołania, iż żądane było w swz złożenie dokumentów dla każdego rozmiaru rękawiczek. Takiego zapisu nie ma w swz, a tym samym wskazane w wezwaniu z dnia 12.01.2023 r. przez Zamawiającego, iż Zamawiający wymagał „… Pełny raport testowy przed wysyłką potwierdzający wymagane parametry, nie starszy niż z 2017 roku dla rozmiarów XS-XL…", nie mogło w sposób skuteczny modyfikować faktycznej treści dokumentacji zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia pełnego raportu testowego przed wysyłką potwierdzającego parametry, nie starszego niż z 2017 r. Nie było natomiast wskazania na obowiązek dostarczenia raportu dla każdego z rozmiarów oferowanego produktu. Nie to stanowi jednak przedmiot zarzutu, w którym istotnym jest ustalenie, czy uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego prowadziło do złożenia nowej oferty.

W ocenie składu orzekającego taka sytuacja nie nastąpiła. Wyraźnie należy rozróżnić oświadczenie wykonawcy z formularza asortymentowo-cenowego od przedmiotowych środków dowodowych. Różnica ta wynika bowiem z odmiennych celów i znaczenia dla identyfikacji przedmiotu oferty. To w oświadczeniu wskazującym na nazwę produktu i producenta następuje identyfikacja produktu. Natomiast jego cechy i właściwości oceniane miały być na podstawie dokumentów, w tym wskazanego raportu. Ponieważ uzupełniony raport inspekcji dotyczył tego samego produktu, co wskazany w formularzu asortymentowo-cenowym, nie mogło dojść do zmiany przedmiotu świadczenia. Różnice jakie dotyczyły grubości rękawiczek mierzonej na palcu i w części dłoni były wyłącznie spowodowane tym, że badane były różne serie produkcji takiego samego wyrobu medycznego. Występujące różnice w pomiarach nie oznaczają jednak, iż doszło do zmiany przedmiotu świadczenia i wskazują wyłącznie na różnice, jakie mogą wystąpić na etapie jego produkcji. Odwołujący nie kwestionował faktu, iż produkt może na etapie produkcji ulegać pewnym zmianom, co w ocenie składu orzekającego jest okolicznością znaną i akceptowaną również przez Zamawiającego, który opisał parametr grubości przedziałem wartości, dopuszczając odstępstwa +/-. Tym samym z faktu istnienia różnic na etapie produkcji nie można jeszcze wywodzić, iż w ofercie nastąpiła zmiana przedmiotu świadczenia przez zaoferowanie innego produktu niż wskazany w formularzu asortymentowo-cenowym. Odwołujący w sposób niezgodny z rzeczywistością wywodził, iż identyfikacja przedmiotu oferty nastąpić miała w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zamieszczony automatycznie przez Zamawiającego w załączniku nr 6. To wskazanie przez wykonawcę nazwy produktu i jego producenta identyfikowało przedmiot oferty, a jego właściwości miały być wykazane przedmiotowymi środkami dowodowymi. Uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego nie prowadziło zatem do zmiany przedmiotu oferty i nie stanowiło o złożeniu nowej oferty.

W świetle powyższego odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Zamawiającego na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy, obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego w całości.

Przewodniczący: ……..