

Sygn. akt: KIO 3161/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Anmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu w zakresie pakietu 6:

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Anmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddała odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

3.1. 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,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3161/24

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

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawy rękawic medycznych w podziale na pakiety. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2024 r. pod numerem 308269-2024.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawca Skamex Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie pakietu 6, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. – dalej jako „uznk”) w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Anmar sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci raportu z badań dot. poziomu protein oraz sprawozdania z badań rękawic z 2022 dotyczących siły zrywu dla rękawic Medi-Grip Latex Standard, który według informacji o zastrzeżeniu został zastrzeżony w całości, mimo, że brak ku temu uzasadnienia, a nadto brak wyjaśnienia w treści zastrzeżenia spełnienia przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno co do wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, jak i do wykazania iż dane informacje są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2. art. 107 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp a contrario poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych – w konsekwencji do ich uzupełnienia przez Wykonawcę poprzez złożenie dodatkowych dokumentów, co zostało przez Zamawiającego przyjęte - w sytuacji gdy złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe wprost zaprzeczały spełnianiu parametru siły zrywu przez oferowane rękawice, a nie w ślad za art. 107 ust. 2 ustawy PZP nie zostały złożone bądź były niekompletne, a w konsekwencji również naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie z Wykonawcą nieuprawnionych negocjacji co do spełniania przez produkty parametrów w poziomie protein oraz siły zrywu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Anmar sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania w ramach pakietu 6 mimo że Wykonawca ten

zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego w zakresie posiadania siły zrywu po starzeniu min.13,0 N co wynika wprost ze złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych;

4. art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej, oferty która powinna podlegać odrzuceniu i jako taka nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą w świetle wskazanego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 6 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert i w ramach tej czynności: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Anmar sp. z o.o.: odtajnienie dokumentów w postaci „raportów z badań” – złożonych w ramach wyjaśnień treści oferty i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na nieprawidłowość dokonanego zastrzeżenia i przekazanie tych dokumentów Odwołującemu; odrzucenie oferty Anmar sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wobec niespełniania parametrów wymaganych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w postaci siły zrywu po starzeniu min.13,0 N, a także z ostrożności Odwołujący wskazywał, że w nieuprawniony sposób Zamawiający dokonał oceny tej oferty na podstawie dokumentów, które zostały złożone niezgodnie z ustawą.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Anmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 10 września 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, korespondencję Przystępującego z Zamawiającym, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego oraz Odwołującego, a także

oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 września 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało uwzględnieniu w części.

Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona, gdyż zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego w zakresie posiadania siły zrywu po starzeniu min.13,0 N, co wynika wprost ze złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał Przystępującego w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 107 ustawy Pzp:

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

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.

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

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

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w zakresie pakietu 6 w załączniku nr 1 do SWZ (formularz asortymentowo – cenowy) Zamawiający opisał wymagania dla produktów. Spośród szeregu wymagań, Zamawiający wymagał, aby dostarczane w ramach pakietu 6 rękawice posiadały: a) niski poziom protein lateksowych - poniżej 10 µg/g b) siła zrywania po starzeniu min. 13,0 N.

Jednocześnie Zamawiający w SWZ w rozdziale pkt.10.1 a wskazał, iż oczekuje złożenia przez Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z powyższym Zamawiający wymagał: Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą: 1) W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ: a) opisy/foldery/fotografie/informacje producenta/ulotki/prospekty oferowanego asortymentu z opisem produktu, potwierdzające spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów, w których został zaznaczony oferowany przedmiot zamówienia (pozycja z numerami katalogowymi). Dokumenty lub oświadczenia sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. 2. Przedmiotowe środki dowodowe o których mowa w Rozdziale 10 ust. 1 SWZ Wykonawca składa wraz z ofertą.

Przystępujący zaoferował w pakiecie 6 rękawice Medi-Grip, których producentem jest Ansell i przedłożył kartę katalogową producenta zawierającą dane techniczne, w szczególności siłę zrywu po starzeniu. Zgodnie z ww. kartą katalogową producenta zaoferowane rękawice chirurgiczne mają siłę zrywu po starzeniu większą lub równą (\geq) 9 N wg. normy EN lub równoważnej.

Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie jaką siłę zrywania po starzeniu posiadają zaoferowane przez Wykonawcę w Pakiecie nr 6 rękawice chirurgiczne ANSELL Medi-Grip Latex Standard 330200755; 330200760; 330200765; 330200770; 330200775; 330200780; 330200785; 330200790.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący załączył raport z badań (Glove test report z dnia 15 lipca 2022 r., Sprawozdanie z badania rękawic z dnia 15 lipca 2022 r.).

W tym miejscu należy ocenić, czy Zamawiający prawidłowo zastosował art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. Ww. przepis dotyczy wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Jednakże w niniejszej sprawie nie było podstaw do wezwania do wyjaśnień. Zdaniem składu orzekającego, Zamawiający wraz ze złożoną ofertą przez Przystępującego otrzymał dokument

zawierający komplet wszystkich wymaganych parametrów, z których wynika, że są zaoferowane rękawice są niezgodne z postanowieniami SWZ, ponieważ nie posiadają siły zrywania po starzeniu min. 13,0 N wg EN 455-2 lub równoważnej.

Równocześnie przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp pozwala na wezwanie do uzupełnienia tych środków wyłącznie w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone lub są niekompletne. Skoro karta katalogowa potwierdziła niezgodność w zakresie siły zrywu, to nie zachodziła konieczność wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Tym samym nie było podstaw do zastosowania art. 107 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Tym bardziej, że zgodzić należy się z Odwołującym, że pod czynnością polegającą na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, faktycznie dokonane zostało uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez Przystępującego.

Dlatego też Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi podstawa do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentów w oparciu o ww. przepisy, co oznacza, że zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należało uznać za niezasadne.

W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Izba oddaliła zaś odwołanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Izba uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Przystępującego dokumentów byłoby bezprzedmiotowe. Skoro

bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty Przystępującego w związku z tym, że jest niezgodna z warunkami zamówienia, niedopuszczalne w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby ujawnianie dokumentów. Cel odwołania został bowiem osiągnięty - ofertę Przystępującego wyeliminowano. Wobec czego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74

ust. 2 ustawy Pzp., nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: