Sygn. akt:KIO 4637/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Citonet – Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie**

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**.

2.Kosztami postępowania odwoławczego 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,

2.2.zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **672 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z dojazdem na posiedzenie.

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 4637/24

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

Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa wyrobów medycznych, w tym jednorazowych narzędzi chirurgicznych i zestawów opatrunkowych* w podziale na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2024 r. pod numerem 578456-2024.

W dniu 9 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Citonet – Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie w zakresie zadania nr 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą z Zabrzu, dalej „Zarys”, w zakresie zadania nr 4;

2.art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Zarys w zakresie zadania nr 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 4: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Zarys.

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę wykonawcy Zarys, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 stycznia 2025 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wyrobów medycznych, w tym jednorazowych narzędzi chirurgicznych i zestawów opatrunkowych w podziale na zadania

Jak stanowi pkt IV.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ",*Opis przedmiotu zamówienia oraz szacowane ilości dotyczące wyrobów zostały zawarte w formularzu cen jednostkowych, zał.2 do SWZ,dalej również jako FCJ.*

Zgodnie z FCJ, przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 4 jest sterylny zestaw do cewnikowania pęcherza moczowego posiadający m.in. następujące cechy: *Całość zapakowana w opakowanie typu twardy blister służące jako pojemnik. Do opakowania dołączone dodatkowo: strzykawka wypełniona jałową wodą z 10% gliceryną o poj. 10 ml; strzykawka wypełniona 6 ml lubrykantem z lidokainą 2% oraz chlorheksydyną 0,25%; ampułka Prontosanu 40 ml do płukania ran. Opakowanie jednostkowe z etykietą z 4 naklejkami do dokumentacji medycznej z czego na 2 naklejkach znajduje się kod UDI. W kodzie informacje: EAN, data produkcji, data ważności, LOT.*

Stosownie do pkt XIX.1.c SWZ,*WRAZ Z OFERTĄ, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, WYKONAWCA ZŁOŻY wyszczególnione poniżej przedmiotowe środki dowodowe: próbki oferowanych wyrobów.(…) 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.*

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22 października 2024 r. na pytanie wykonawcy w zakresie zadania nr 4:

Czy Zamawiający dopuści zestaw o poniższym składzie, który obecnie dostarczany jest do szpitala? Zestaw w opakowaniu twardy blister jednokomorowy wyposażony w 2 etykiety samoprzylepne typu TAG:

1 szt. serweta 50 cm x 60 cm 45 g/m2 dwuwarstwowy laminat (włóknina polipropylenowa + folia polietylenowa) EN 13795

1 szt. serweta 50 cm x 60 cm 45 g/m2 dwuwarstwowy laminat (włóknina polipropylenowa + folia polietylenowa) z otworem 5 cm oraz przecięciem EN 13795

6 szt. tupfery gazowe kula 20 cm x 20 cm

8 szt. kompresy gazowe 17N 8W 7,5 cm x 7,5 cm

1 szt. pojemnik plastikowy 120 ml

1 szt. kleszcze plastikowe Kocher niebieskie 14 cm

1 szt. peseta plastikowa zielona 12,5cm

2 szt. rękawice nitrylowe bezpudrowe rozm. M

Osobno dopakowane:

1 szt. strzykawka wypełniona jałową wodą z 10% gliceryną o poj. 10 ml'

1 szt. strzykawka wypełniona 6 ml lubrykantem z lidokainą 2% oraz chlorheksydyną 0,25%;

1 ampułka Prontosanu 40 ml do płukania ran.

odpowiedział: *Zamawiający dopuszcza.*

Wykonawca Zarys złożył próbki zestawu do cewnikowania o numerze katalogowym ZWM-003, zaoferowanego w zadaniu nr 4. Opakowanie jednostkowe zestawu ZWM-003 zawiera etykietę z 2 naklejkami do dokumentacji medycznej; na naklejkach brak kodu UDI.

W dniu 29 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadani nr 4 oferty wykonawcy Zarys.

Uwzględniając powyższe, Izba 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.

Następnie, Izba stwierdziła, że w postępowaniu zgłoszenie przystąpienia zgłosił wykonawca ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą z Zabrzu.

Izba postanowiła nie dopuścić ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego z uwagi na niedopełnienie obowiązków dotyczących poświadczenie sposobu reprezentacji podmiotu. W złożonym do Izby zgłoszeniu przystąpienia brakuje dokumentów, z których wynika możliwość reprezentacji wykonawcy przez p. A.M. w postępowaniu odwoławczym. Do zgłoszenia przystąpienia zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 22 września 2022 r. dla p. Agnieszki Mulas *do samodzielnego reprezentowania spółki ZARYS International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa podczas postępowań na podstawie Ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz postępowań, w których nie są stosowane przepisy ustawy Prawa Zamówień Publicznych, w tym do: podpisywania, wypełniania wszelkich oświadczeń, dokumentów ofertowych, formularzy cenowych, wzorów umów, potwierdzenia przedkładanych dokumentów „za zgodność z oryginałem", zadawania pytań do treści specyfikacji, udzielania ewentualnych wyjaśnień, składania odwołań, prowadzenia rokowań i negocjacji oraz do podejmowania innych czynności nie wymienionych wprost w niniejszym pełnomocnictwie, które dla ich realizacji okażą się konieczne.*

Aby skutecznie zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe, a nie ogólne. Z treści zaś przedłożonego pełnomocnictwa nie wynika, aby pełnomocnik był uprawniony do reprezentowania wykonawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Warto zaznaczyć, że składanie odwołań oraz zgłaszanie przystąpień stanowią dwie różne instytucje i zostały uregulowane w odrębnych przepisach. Tym samym w dniu zgłoszenia przystąpienia p. Agnieszka Mulas nie wykazała, że była uprawniona do działania w imieniu podmiotu zgłaszającego przystąpienie. Uzupełnienie tego braku zgłoszenia ma charakter niedopuszczalny, bowiem regulacja art. 525 ustawy Pzp nie zawiera odesłania do art. 518 ustawy Pzp.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie 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 oddaleniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, opakowanie i etykieta blistra wchodzącego w skład zestawu ZWM-003 zaoferowanego przez Zarys są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień SWZ z dnia 22 października 2024 r.), ale opakowanie jednostkowe całości (zestaw wyrobów w twardym blistrze + 2 strzykawki z zawartością + ampułka Prontosanu) nie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie posiada etykiety z 4 naklejkami do dokumentacji medycznej, w tym 2 naklejkami zawierającymi kod UDI. Dlatego też próbka zestawu ZWM-003 złożona przez Zarys jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta Zarys jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła powyższego stanowisko, uznając że odrzucenie oferty wykonawcy Zarys na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp byłoby bezzasadne. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie taka sprzeczność pomiędzy treścią złożonej oferty a warunkami zamówienia nie zaistniała. Bezspornym między stronami była okoliczność braku etykiety z 4 naklejkami do dokumentacji medycznej, w tym 2 naklejkami zawierającymi kod UDI na opakowaniu jednostkowym całości. Spór dotyczył *de facto* interpretacji postanowień SWZ, w kontekście udzielonej przez Zamawiającego w dniu 22 października 2024 r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy, czy rzeczywiście ww. etykieta winna znaleźć się na opakowaniu jednostkowym całego zestawu.

Izba uznała, że w kontekście zadanego pytania, jego autor, czyli wykonawca Zarys, mógł stwierdzić, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź pozwala na zaoferowanie opakowania jednostkowego bez etykiety z 4 naklejkami do dokumentacji medycznej, w tym 2 naklejkami zawierającymi kod UDI. W pierwszej kolejności w pytaniu wskazano na

Zestaw w opakowaniu twardy blister jednokomorowy wyposażony w 2 etykiety samoprzylepne typu TAG o określonym składzie. W drugiej kolejności wskazano, że pozostałe wymagane elementy są osobno dopakowane, tj.: *Osobno dopakowane: 1 szt. strzykawka wypełniona jałową wodą z 10% gliceryną o poj. 10 ml; 1 szt. strzykawka wypełniona 6 ml lubrykantem z lidokainą 2% oraz chlorheksydyną 0,25%; 1 ampułka Prontosanu 40 ml do płukania ran.* Wykonawca Zarys w dalszej części zapytania nie wskazał już żadnych informacji dotyczących kolejnych etykiet. Ponadto, wykonawca Zarys pytał o dopuszczenie zestawu o składzie, *który obecnie dostarczany jest do szpitala.* Zamawiający wyjaśnił, że identyczne zestawy nabywane są aktualnie przez Zamawiającego (w ramach umowy nr ZP/221/218/22 zawartej w wyniku postępowania nr ZP/220/32/22), więc zna skład opisanego zestawu, a także sposób jego zapakowania. Ponadto, Zamawiający podkreślał, że próbka przedstawiona przez wykonawcę Zarys potwierdziła, iż jest to taki sam zestaw.

Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym warunki zamówienia powinny być jasne i klarowne, a jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Zasadą jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymagań Zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Dlatego też, jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia występują wewnętrzne sprzeczności, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. W ocenie Izby, w kontekście zadanego pytania, realizacji aktualnie umowy nr ZP/221/218/22, mając na uwadze wszystkie te okoliczności sprawy, wykonawca Zarys mógł pozostawać w przekonaniu, że zaoferowana przez niego próbka jest zgodna z warunkami zamówienia, wobec udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 1 w dniu 22 października 2024 r.,

Ww. wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami (tak np. w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18). Treść odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień specyfikacji warunków zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej. Skoro żaden wykonawca nie wniósł odwołania wobec udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie, stała się ona obowiązująca i skuteczna wobec wszystkich uczestników postępowania.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Zarys jest zgodna z warunkami zamówienia, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie z dnia 22 października 2024 r. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Zarys należy uznać za bezzasadny.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył w kwestionowanym zakresie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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:……