

WYROK
z dnia 13 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 maja 2015 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **24 kwietnia 2015 r.** przez wykonawcę **ABOOK Sp. z o.o., ul. Brzostowska 22, 04-958 Warszawa** (sygn. akt: KIO 842/15)
- B. w dniu **27 kwietnia 2015 r.** przez wykonawcę **Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** (sygn. akt: KIO 862/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk (Lider Postępowania)**; działając w imieniu na rzecz:

1) **Klinicznego, ul. 7, Gdańsk; Uniwersyteckiego Centrum Dębinki 80-952**
2) **10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz;** 3) **Szpitala Powiatowego we Wrześni Sp. z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września;** 4) **Szpitala Ogólnego w Wysokim Mazowieckim, ul. Szpitalna 5, 18-200 Wysokie Mazowieckie;** 5) **Zamojskiego Szpitala Niepublicznego Sp. z o.o., ul. Peowiaków 1, 22-400 Zamość;** 6) **Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, ul. Sobieskiego 4, 22-300 Krasnystaw - reprezentowane przez pełnomocnika Lidera Postępowania: BATNA Group Sp. z o.o., ul. Domaniewskiej 50a, 02-672 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 842/15** po stronie zamawiającego
- B. wykonawców **SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** oraz **ABOOK Sp. z o.o., ul. Brzostowska 22, 04-958 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 862/15** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddała oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **ABOOK Sp. z o.o., ul. Brzostowska 22, 04-958 Warszawa i Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **ABOOK Sp. z o.o., ul. Brzostowska 22, 04-958 Warszawa i Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Sukcesywną dostawę rękawic medycznych*” – Pakiet 1, 2 i 3, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 028-046788 z dnia 10.02.2015 r. przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk (Lider Postępowania); działając w imieniu na rzecz: 1) Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk; 2) 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz; 3) Szpitala Powiatowego we Wrześni Sp. z o.o., ul. Słowackiego 2, 62-300 Września; 4) Szpitala Ogólnego w Wysokim Mazowieckim, ul. Szpitalna 5, 18-200 Wysokie Mazowieckie; 5) Zamojskiego Szpitala Niepublicznego Sp. z o.o., ul. Peowiaków 1, 22-400 Zamość; 6) Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, ul. Sobieskiego 4, 22-300 Krasnystaw - reprezentowane przez pełnomocnika Lidera Postępowania: BATNA Group Sp. z o.o., ul. Domaniewskiej 50a, 02-672 Warszawa - zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 16.04.2015 r. (e-mailem) Zamawiający przesłał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 1: SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź zwana dalej: „*SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k.*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 842/15 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15*”, a w pakiecie 3: ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze zwana dalej: „*ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k.*”. Drugą pozycję w Pakiecie 1, a czwartą w Pakiecie 3 uzyskał - ABOOK Sp. z o.o., ul. Brzostowska 22, 04-958 Warszawa zwana dalej: „*ABOOK Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 842/15*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15*”. Trzecią w Pakiecie 1 oraz drugą w Pakiecie 3 uzyskał: Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków zwaną dalej: „*Mercator Medical S.A.*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15*” albo „*Przystępującym w sprawie KIO 842/15*”.

3

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 842/15 – ABOOK Sp. z o.o.:

W dniu 24.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ABOOK Sp. z o.o. wniosło odwołanie – Pakiet 1 - na czynność z 16.04.2015 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*” w zakresie Pakietu nr 1 (rękawice chirurgiczne):
 - a. SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. nie potwierdził w sposób zgodny z SIWZ, że oferowane przez niego w pakiecie nr 1 poz. 2 rękawice Sempermed Classic, spełniają warunek bezwzględny dotyczący opakowania o treści: „*Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnętrznie wewnętrznie pokryte folią (foliowane)*” (warunek określony w Zał. nr 2 do SIWZ Formularz asortymentowo - cenowy, Pakiet 1 - Rękawice chirurgiczne, kol. 18 „*Opakowanie*” oraz w Tabeli 1 zał. nr 10 do SIWZ - „*Karta Oceny Technicznej Rękawic*” - część „*Wymagania bezwzględne*”). Wykonawca złożył, w celu potwierdzenia w/w warunku próbkę która nie potwierdza tego wymogu a ponadto, potwierdzenie tego parametru winno nastąpić poprzez złożenie badań producenta, Karty Danych Technicznych lub wyników badań niezależnych laboratoriów zgodnie z rozdz. IX ust. 6 lit. e) SIWZ oraz określonych w przypisie 1) Karty Oceny Technicznej Rękawic znajdującym się pod tabelą zatytułowaną „*Rękawice chirurgiczne, lateksowe, pudrowane*” (Zał. nr 10 do SIWZ). Z załączonego do oferty dokumentu nie wynika spełnienie w/w wymogu SIWZ co zostanie wykazane w uzasadnieniu,
 - b. SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. zaoferował w Pakiecie nr 1 indeks 2 rękawice w opakowaniu papierowym niezgodnym z wymogiem bezwzględnym określonym w Zał. nr 2 do SIWZ (Pakiet 1 - Rękawice chirurgiczne, kol. 18 „*Opakowanie*”) oraz z treścią odpowiedzi na pyt. nr 3 i nr 15 do SIWZ, gdzie w odniesieniu do opakowania papierowego wymaga się wewnętrznego pokrycia folią (opakowania foliowanego) lub, gdy opakowanie papierowe

będzie opakowaniem wewnętrznym, umieszczonym w opakowaniu foliowanym lub obustronnie foliowanym. Dołączona do oferty SKAMEX Karta techniczna produktu (która stanowi dokument kwalifikujący się do uwzględnienia podczas badania oferty jako „dokument producenta”) wskazuje na to, że oferowane rękawice są w opakowaniach papierowych - niezgodnych z wymaganiami SIWZ.

2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k.

w zakresie Pakietu nr 1 choć podlegała ona odrzuceniu oraz nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji gdyż Odwołujący załączył wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego produktu z SIWZ w przeciwieństwie do SKAMEX Sp. z o.o. sp. k.

4

Wskazując na powyższe, wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie Pakietu 1,
- 2) odrzucenie oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. w zakresie Pakietu nr 1,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1.

Wymagania dotyczące rękawiczek medycznych, stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 zostały określone przez Zamawiającego w Tabeli 1 formularza asortymentowo-cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ oraz w Tabeli 1 zał. nr 10 do SIWZ („Karta Oceny Technicznej Rękawic” - część „Wymagania bezwzględne”). W stosunku do rękawic wymienionych w Indeksie nr 2 („Rękawice chirurgiczne; Lateks; Pudrowane; Sterylne”) stanowiących element przedmiotu zamówienia w Pakiecie nr 1 określono wymóg bezwzględny dotyczący opakowania następującej treści: „Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnętrznie wewnętrznie pokryte folią (foliowane)”.

Oznacza to, że dopuszczono opakowania w całości z folii lub foliowane obustronnie. Opakowanie papierowe dopuszczono tylko pod warunkiem, że wewnątrz (obie wewnętrzne ścianki opakowania) będzie pokryte folią (foliowane).

Wymóg dotyczący opakowania został doprecyzowany przykładowo w odpowiedzi na pytanie nr 3 oraz pytanie nr 15:

„3. Pakiet 1 Pozycja 2: Czy Zamawiający dopuści rękawice chirurgiczne lateksowe pudrowane o zawartości protein poniżej 100pg/dm² w opakowaniu wewnętrznym papierowym i zewnętrznym foliowanym papierze spełniające pozostałe wymagania w SIWZ?
ODP: Rodzajami opakowania dopuszczonymi między innymi przez Zamawiającego jest „opakowanie **foliowane lub foliowane obustronnie**”. Zamawiający dopuszcza rękawice chirurgiczne lateksowe pudrowane o zawartości protein poniżej 100ug/q w opakowaniu foliowym lub obustronnie foliowanym zawierające także opakowanie wewnętrzne papierowe i spełniające pozostałe wymagania SIWZ.”

„15. Pakiet 1 - poz. 1-4. Czy Zamawiający dopuści w powyższych pozycjach rękawice pakowane w opakowanie papierowe wewnętrznie jednostronnie foliowane?

ODP: Rodzajami opakowania dopuszczonymi między innymi przez Zamawiającego jest „**opakowanie foliowane lub foliowane obustronnie**”. Zamawiający dopuszcza rękawicę w opakowaniu foliowym lub obustronnie foliowanym zawierające także opakowanie wewnętrzne papierowe i spełniające pozostałe wymagania SIWZ.”

W odpowiedziach Zamawiający kilkakrotnie podkreślał, że wymaga opakowania foliowego lub foliowanego obustronnie (jeśli nie jest w całości z folii). Z pytania nr 15 wynika też wyraźnie, że Zamawiający wykluczył dopuszczenie rękawic pakowanych w opakowanie

5

papierowe wewnętrznie jednostronnie foliowane. Zgodnie z zapisem z SIWZ opakowanie takie musiało być foliowane obustronnie (wewnętrznie pokryte folią). Zamawiający dopuścił jedynie, aby opakowanie dodatkowe, znajdujące się wewnątrz opakowania głównego było z papieru.

Innymi słowy, z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że Wykonawcy mogli zaoferować rękawice chirurgiczne w opakowaniach papierowych, tylko pod warunkiem, że takie opakowanie będzie wewnętrznie pokryte folią (foliowane) lub, gdy opakowanie papierowe

będzie opakowaniem wewnętrznym, tj. drugim/dodatkowym opakowaniem umieszczonym w opakowaniu foliowanym lub obustronnie foliowanym.

Nieprawidłowość oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k., w Pakiecie nr 1 Indeks 2, zaferował rękawiczki chirurgiczne o nazwie Sempermed Classic. W ofercie złożył oświadczenie, że opakowanie tych rękawic jest „papierowe foliowane” (Załącznik Nr 10 Karta Oceny Technicznej Rękawic, str. 6 oferty). Aby móc zakwalifikować opakowanie papierowe to „foliowanego”, musiało ono być „wewnętrznie pokryte folią”.

Z Karty technicznej wydanej przez producenta tych rękawic (str. 140 wraz z tłumaczeniem na str. 143 oferty) wynika, że są one w opakowaniach papierowych, a więc niezgodnych z treścią SIWZ (w Karcie wskazano: „*Pakowanie Sempermed Classic, 70 par - jałowych w opakowaniach papierowych*” „sterile in paper”).

SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. nie przedstawił, poza Kartą techniczną produktu, żadnych innych dokumentów producenta, ani żadnych raportów z badań, które miałyby potwierdzić, że oferowane rękawice są w opakowaniach spełniających wymagania SIWZ.

Zauważył, iż SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. jako „dokument” potwierdzający te wymagania wskazał w ofercie na „próbkę” (str. 6 oferty, ostatnia kolumna tabeli). Tymczasem zgodnie z przypisem nr 1 z tabeli „wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań [...]”.

„Próbki oferowanego asortymentu” były wymagane w odrębnym punkcie SIWZ niż dokumenty producenta lub raporty z badań. [Rozdz. IX ust. 6 pkt f) SIWZ]. W żadnym razie próbka nie mogła zastępować dokumentów producenta ani raportu z badań - wymaganych do potwierdzenia wymagań bezwzględnych dotyczących opakowania rękawic. Zamawiający nigdzie nie wskazał, że potwierdzenie wymagań bezwzględnych może następować alternatywnie: bądź to dokumentami producenta lub raportami z badań, bądź też próbkami rękawic. Potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących opakowania musiało w niniejszym postępowaniu nastąpić między innymi na podstawie dokumentów producenta lub raportów z badań. Wynika to z następujących postanowień SIWZ:

- W Rozdz. IX ust. 6 lit. e) SIWZ wskazano, że na potwierdzenie wymaganych parametrów określonych w Karcie Oceny Technicznej Rękawic - załącznik nr 10 do SIWZ [gdzie jako jeden z wymaganych parametrów podano „*opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie*

6

lub papierowe zewnętrznie wewnętrznie pokryte folią (foliowane)"] należy złożyć badania producenta zgodnie z normą EN 455 1, 2, 3 lub Karty Danych Technicznych lub wyniki badań niezależnych laboratoriów.

- W przypisie 1 do Indeksu 2 Załącznik Nr 10 Zamawiający poinformował, że „*Wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań. [...]*” Wśród informacji podanych w tabelach znajduje się „wymóg bezwzględny” (kolumna 2) dotyczący opakowania.

- W odpowiedzi na pyt. nr 12 do SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Zgodnie z SIWZ i informacjami zawartymi w Karcie Oceny Technicznej Rękawic, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ wszystkie informacje podane w tabelach Karty Oceny Technicznej Rękawic należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań. Parametry podlegające ocenie obowiązkowo należy zakreślić w dołączonych dokumentach w widoczny i czytelny sposób. Zamawiający nie zmienia wymagań określonych w SIWZ w tym zakresie.” Mimo, że odpowiedź ta udzielona została w związku z zapytaniem dotyczącym Pakietu nr 2, to odnosi się do informacji podanych w tabelach Karty Oceny Technicznej Rękawic stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ, a jedną ze wskazanych w tym załączniku tabel jest ta przedstawiająca wymagania bezwzględne w Pakiecie nr 1.

Podkreślił, że Odwołujący potwierdził spełnianie wszystkich wymagań bezwzględnych Kartą techniczną produktu, natomiast SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. tego nie uczynił. W tej sytuacji Zamawiający powinien był uznać, że treść oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. nie odpowiada treści SIWZ i zobowiązany był ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, nie może budzić wątpliwości, że w celu potwierdzenia, że opakowanie oferowanych rękawic spełnia wymagania SIWZ należało złożyć dokumenty wystawione przez producenta lub raporty z badań. Podkreślił, iż producent rękawic chirurgicznych oferowanych przez SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. w pozostałych Indeksach (1, 3 i 4 Pakietu nr 1) potwierdza w Kartach technicznych, że oferowane rękawice mają opakowania foliowe. Są to jednakże rękawice inne niż oferowane w Indeksie 2, a zatem na podstawie treści tych dokumentów Zamawiający nie mógł stwierdzić, że rękawice Sempermed Classic spełniają

wymagania SIWZ.

W Karcie technicznej rękawic z Indeksu 2 producent wskazuje wyraźnie, że te rękawice są w opakowaniach papierowych (str. 140 i 143 oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k.). Jednocześnie producent nie potwierdza w dokumencie, że opakowanie papierowe jest wewnątrz pokryte folią lub, że jest jedynie opakowaniem wewnętrznym znajdującym się w opakowaniu foliowym lub obustronnie foliowanym. Innymi słowy SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. nie potwierdził w sposób przewidziany w SIWZ, że oferowane przez niego rękawice w tym Indeksie spełniają wymóg bezwzględny dotyczący opakowania: „*Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnątrz wewnątrz pokryte folią (foliowane)*”.

7

Wskazał, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża Wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Elementem sporządzanej i przedstawianej przez Wykonawcę oferty są również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich albo dokumentów w nieprzedstawienie przedstawienie nieprawidłowych światła ustanawiających tego typu wymagania postanowień SIWZ lub przepisów prawa, powoduje niezgodność treści oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (tak w wyroku KIO z 18.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2307/14, str. 15).

Przechodząc do dalszej argumentacji, wymaga podkreślenia, że już na podstawie samej próbki oferowanego przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. produktu Zamawiający powinien był stwierdzić niezgodność oferowanej rękawicy z SIWZ. Należy bowiem wskazać, że analiza złożonej przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. próbki rękawic Classic prowadzi do wniosku, że rękawice te nie spełniają wymagań SIWZ. Opakowanie składa się bowiem z dwóch części papierowych (jak przód i tył zwykłej koperty), gdzie tylko jedna z nich jest od wewnątrz pokryta folią (charakterystyczna świecąca powierzchnia). Druga część opakowania (zawierająca informacje o produkcie) nie jest pokryta folią w żadnym miejscu jej powierzchni. Powoduje to słabszą ochronę rękawicy.

Stąd za trafne i zgodne z prawdą należy uznać stwierdzenie producenta w Karcie technicznej produktu, że rękawice Sempremed Classic są w opakowaniach papierowych.

W tym miejscu Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z rękawicy Sempremed Classic na rozprawie tj. z próbki którą otrzymał Zamawiający. Wnosimy zatem o zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę do dostarczenia na rozprawę wraz z dokumentacją próbki rękawicy oferowanej przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. Odwołujący jest zdania, że proste okazanie pozwoli bez żadnych wątpliwości potwierdzić słuszność zarzutów Odwołującego. Ponadto, Odwołujący również dostarczy na rozprawę produkt tożsamy z tym, który zaoferował SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. Przeprowadzenie dowodu pozwoli wykazać sprzeczność oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. w tym zakresie z wymaganiami SIWZ.

Wymaga dodania, że sprzeczność cech próbki z wymaganiami SIWZ oznacza, że Zamawiający mógł i powinien był odrzucić ofertę SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. bez uprzedniego wzywania do uzupełnienia wadliwych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Podsumowując, zaoferowane przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k., w Indeksie 2 w zakresie 1 Pakietu, rękawice chirurgiczne nie spełniają warunku merytorycznego określonego w Zał. nr 2 do SIWZ (Pakiet 1 - Rękawice chirurgiczne, kol. 18 „Opakowanie”).

8

Przedłożone wraz z ofertą dokumenty oraz próbka potwierdzając fakt, że oferowane rękawice są w opakowaniu papierowym a więc nie spełniają wymogów SIWZ. Powyższe prowadzi do logicznego wniosku, że treść oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 27.04.2015 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mercator Medical S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – Pakiet 1

wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystąpienie zostało cofnięte na posiedzeniu.

W dniu 30.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Pakiet 1 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 08.05.2015 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie na posiedzeniu z udziałem stron, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zgodnie z pkt IX.6 SIWZ: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawca winien dołączyć do oferty:

- a. Dokument potwierdzający, iż oferowany przedmiot zamówienia dopuszczony jest do obrotu (...);
- b. Oświadczenie, że oferowany asortyment posiada dokumenty wymagane przez polskie prawo (...);
- c. Deklaracje/Certyfikaty Zgodności;
- d. Certyfikaty CE (gdy dotyczy);
- e. Badania producenta zgodnie z normą EN 455 1,2,3 lub Karty Danych Technicznych lub wyniki badań niezależnych laboratoriów na potwierdzenie wymaganych parametrów określonych w Karcie Oceny Technicznej Rękawic stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ.
- f. Próbkę oferowanego asortymentu - w celu potwierdzenia, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Próbkę nie podlegają zwrotowi gdyż zostaną zużyte podczas oceny produktu - zgodności stanu faktycznego z opisem przedmiotu zamówienia. (...)” Jednocześnie w Karcie oceny

9

technicznej rękawic Zamawiający wskazał, że „Wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań”.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 54. Zamawiający uszczegółowił zasady oceny podając, że „Próbki asortymentu zostaną sprawdzone w zakresie zgodności parametrów określonych w SIWZ wraz z załącznikami, które mogą być określone za pomocą bezpośredniego oglądu zarówno w zakresie produktu jak i opakowania”.

Bezsporne jest, że próbka w rozumieniu Pzp (art. 25, art. 26 ust. 3) oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający - jest dokumentem. Wobec tego stwierdzenie ABOOK Sp. z o.o., że rodzaj opakowania należało potwierdzić kartą danych technicznych nie jest zgodne z zapisami SIWZ oraz uszczegółowieniem zasad oceny wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 54.

Po pierwsze bowiem - zgodnie z zapisem w karcie oceny technicznej - parametry mogły być potwierdzone dokumentami producenta, a takim dokumentem jest m. In. próbka. Po drugie - Zamawiający doprecyzował, że parametry określone w SIWZ (i załącznikach), które mogą być określone na podstawie bezpośredniego oglądu (w tym dotyczące opakowania) będą sprawdzane na podstawie próbki.

Zwrócił uwagę, że Odwołujący w swoim piśmie z 03.04.2015r. wskazał, że: „Zaoferowane rękawice Sempermed Classic - zgodnie ze złożonymi próbkami- posiadają opakowanie gdzie tylko jedna część opakowania jest pokryta folią i jest to wyraźnie widoczne odchylając listki do otwarcia lub którąś ze ścianek opakowania - tylko jedna spodnia warstwa papieru (tylna ścianka) jest pokryta folią - śliska z połyskiem - Papier - górna część opakowania na której są nadruki - część spodnia matowa, nie posiada folii.” A zatem wobec istnienia próbki (dokumentu producenta) nie powodującego zdaniem wykonawców - w tym Odwołującego - wątpliwości co do rodzaju opakowania nie istniała konieczność dalszego potwierdzania widocznych cech tego dokumentu (próbki). W związku z powyższym SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. potwierdził w sposób zgodny

z SIWZ, że oferowane rękawice spełniają wymagania dotyczące opakowania, a zarzut Odwołującego jest bezpodstawny. Zgodnie z zapisem zawartym w Karcie Oceny Technicznej Rękawic stanowiącej zał. nr 10 do SIWZ, w zakresie wymagań bezwzględnych, w zakresie opakowania wskazano: „**Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnątrznie wewnątrznie pokryte folią (foliowane)**”

We wszystkich odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie SIWZ dotyczących

opakowań Zamawiający doprecyzował, że „**Rodzajami opakowania dopuszczonymi między innymi przez Zamawiającego jest „opakowanie foliowane lub foliowane obustronnie**”, co wyrażało podstawowy zakres wymagań Zamawiającego. Powyższą odpowiedź nie można zrozumieć inaczej, jak w ten sposób, iż 1) wskazane opakowania są niejedynymi opakowaniami dopuszczonymi przez Zamawiającego oraz że 2) opakowanie

10

foliowane dwustronnie jest przeciwstawione opakowaniu foliowanemu (w domyśle jednostronnie).

Zamawiający rzeczywiście nie użył wprost wyrażenia „opakowanie foliowane jednostronnie lub foliowane obustronnie”, jednakże w ocenie Zamawiającego znaczenie pojęcia „opakowanie foliowane” użyte w bezpośrednim zestawieniu z wyrażeniem „foliowane obustronnie” nie może budzić wątpliwości co do jego znaczenia, jako „innego niż foliowanego obustronnie” (a zatem „foliowanego jednostronnie”). Dopuszczenie takich opakowań (jednostronnie foliowanych) wynika także z innego bezwzględnego wymagania SIWZ.

W Karcie oceny technicznej rękawic Zamawiający wymagał, by rękawice (w tym rękawice z Pakietu 1 index 2 były sterylizowane radiacyjnie lub sterylizowane tlenkiem etylenu. Do sterylizowania tlenkiem etylenu wykorzystuje się opakowania papierowe, które są foliowane z jednej strony (których jedna ze stron jest foliowana lub foliowa). Ze względu na zastosowaną technologię jest oczywiste dla wszystkich uczestników rynku, iż nie sterylizuje się tlenkiem etylenu rękawic, które są pokryte folią z każdej strony. Takie bowiem opakowanie jest szczelne i uniemożliwia przejście gazu przez opakowanie. Wobec dopuszczenia możliwości zaoferowania rękawic sterylizowanych tlenkiem etylenu nie może ulegać wątpliwości, iż Zamawiający dopuścił także opakowania, w których taką sterylizację się przeprowadza. W ten też sposób wymagania Zamawiającego zrozumiało co najmniej trzech spośród czterech wykonawców, którzy złożyli ofertę, bowiem w przedmiotowym indexie 2 - rękawice w opakowaniach papierowych z jedną stroną foliowaną (wewnętrznie) zaoferował nie tylko SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ale i Mercator Medical S.A. oraz Zarys Sp. z o.o. Jedynie ABOOK Sp. z o.o. zaoferował rękawice w opakowaniu całkowicie foliowym.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15 – Mercator Medical S.A.:

W dniu 27.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mercator Medical S.A. wniosło odwołanie – Pakiet 1 i 3 - na czynność z 16.04.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.04.2015 r. (e-mailem). Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego niezgodne z przepisami to:

- 1) Zaniechanie unieważnienia postępowania z zakresie Pakietu nr 1 oraz nr 3;
- 2) Zaniechanie wykluczenia Skamex Sp. z o.o. Sp. k.;
- 3) Zaniechania odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie Pakietu nr 1 i nr 3;
- 4) Zaniechanie wykluczenia Abook Sp. z o.o.;
- 5) Zaniechanie odrzucenia oferty Abook Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 1 i nr 3;
- 6) Dokonania wyboru oferty Skamex Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej w zakresie

11

pakietu nr 1;

- 7) Niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, 26 ust. 3 Pzp, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 84 ust. 2 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz § 7 ust. 1 i ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej zwane: „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”). Mając powyższe na względzie wniósł o uznanie odwołania za zasadne i w związku z tym nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu nr 1 oraz nr 3; z ostrożności wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:
2. Wykluczenia Skamex Sp. z o.o. Sp. k. oraz odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie Pakietu nr 1 oraz nr 3, jako złożonej przez wykonawcę podlegającemu

- wykluczeniu;
3. Odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie Pakietu nr 1;
 4. Wykluczenia Abook Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty Abook Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 1 oraz nr 3, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
 5. Odrzucenia oferty Abook Sp. z o.o. w zakresie Pakietu nr 1;
 6. Dokonania w zakresie Pakietu nr 1 powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnie złożonych ofert.

W protokole postępowania znajduje się informacja na temat ofert, które wpłynęły w postępowaniu, nie ma natomiast żadnej informacji na temat terminu (dnia i godziny), w którym te oferty wpłynęły. W wykazie przetargów przez Zamawiającego w zakresie postępowania numer ZP/2015/01/01 odnotowano wpływ następujących ofert i próbek:

1. Abook Sp. z o.o. + próbki - 19.03, 8:30; 2. próbki Mercator Medical S.A. - 19.03, 12:26;
3. Mercator Medical S.A. - 20.03, 8:50; 4. próbki Skamex Sp. z o.o. Sp. k. - 20.03, 7:00;
5. Zarys Sp. z o.o. - 20.03, 8:10. W rozdz. IX pkt 6 lit. h SIWZ Zamawiający określił,

że próbki powinny być szczelnie

zapakowane w karton zbiorczy. W kartonie mogą znajdować się wyłącznie próbki, które powinny być opisane i podzielone na poszczególne pakiety. Natomiast zgodnie z rozdz. IX pkt 6 lit. i SIWZ, oferta nie może być złożona w kartonie z próbkami. Dlatego właśnie Zamawiający odrębnie oznaczał w ewidencji wpływ oferty i próbek. Z wykazu przetargów wpływających do UCK wynika, że w postępowaniu o numerze ZP/2015/01/01 Skamex Sp. z o.o. Sp. k. złożył jedynie próbki, nie złożył samej oferty. Oferta ta była natomiast dostępna podczas otwarcia ofert i została uwzględniona przez Zamawiającego w protokole. Moment wpłynięcia ofert do zamawiającego jest prawnie istotną okolicznością,

12

ponieważ determinuje dalsze czynności zamawiającego i decyduje o ich prawidłowości. Fakt braku w wykazie odnotowania wpływu oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. wskazuje na fakt, że oferta ta nie dotarła do Zamawiającego w terminie i wskazuje na zaniedbanie Zamawiającego, który dokonał otwarcia wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, bez uprzedniego sprawdzenia czy wpłynęły one w wyznaczonym terminie i zgodnie z procedurą. Tym samym naruszone zostały fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. W sytuacji gdy Zamawiający nie jest w stanie wykazać wpływu kluczowej oferty w postępowaniu, a następnie uwzględnić ją w toku otwarcia ofert, dokonuje czynności z naruszeniem przepisów ustawy, bezwzględnie mamy do czynienia z wadą postępowania niemożliwą do usunięcia. Niniejsza wada zaistniała w postępowaniu uniemożliwia podpisanie przez Zamawiającego ważnej umowy z wybranym wykonawcą.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest nie tylko treść art. 146 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się również wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (dalej zwana: „kc”). Art. 146 ust. 5 Pzp stanowi, że przepis ustępu 1 artykułu 146 ustawy nie wyłącza możliwości unieważnienia umowy przez Zamawiającego na podstawie art. 70 § kc. Z kolei artykuł 70 § kc stanowi, że organizator przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nim wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Uwzględnienie podczas otwarcia ofert oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. wniesionej poza oficjalnym trybem postępowania musiało być wynikiem działań sprzecznych z procedurą udzielania zamówień publicznych określoną w ustawie. Działanie takie może także zostać uznane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a więc wypełnia przesłanki z art. 70 § kc. Okolicznością znaczącą jest również fakt, że sprzeczne z procedurą działania miały wpływ na wynik postępowania. Dlatego też wniosek o unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu nr 1 oraz nr 3 jest całkowicie zasadny.

W ofercie Skamex Sp. z o.o. Sp. k. dokumenty znajdujące się na str. 117- 118, 132- 133, 149-150, zostały wystawione z datą 19.03.2015 r., natomiast zostały poświadczone za zgodność z oryginałem dnia 18.03.2015 r. Nie jest możliwe, aby data poświadczenia za

Zamawiającemu w swojej ofercie nieprawdziwe informacje. Wynikać to może z faktu że, albo nie był w posiadaniu oryginałów dokumentów w chwili, w której dokonywał poświadczenia ich kopii za zgodność z oryginałem, albo dokonywał on zmian w dokumentach, próbując dostosować je do potrzeb postępowania.

Za stanowiskiem, że Wykonawca nie dysponował dokumentami i nie posiadał ich oryginałów, przemawia fakt, że dokumenty te pochodzą od podmiotu zagranicznego i wydaje się w praktyce niemożliwe, żeby w dniu 19.03.2015 r. zostały one wystawione przez zagranicznego producenta, wysłane do Wykonawcy, poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, wysłane do Zamawiającego i najpóźniej w dniu 20.03.2015 r. rano znalazły się w ofercie Wykonawcy. Dnia wpływu oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. do Zamawiającego nie można ustalić ze względu na brak informacji na temat wpływu oferty. Tłumaczenie Skamex Sp. z o.o. Sp. k., że doszło do oczywistej omyłki pisarskiej jest niewiarygodne i nie znajduje uzasadnienia, albowiem wszystkie dokumenty w ofercie Skamex Sp. z o.o. Sp. k. są poświadczone za zgodność z oryginałem z datą 18.03.2015 r. Wskazuje to wyraźnie, że cała oferta była przygotowywana w tym dniu. Niniejsze kontrowersje wokół datowania dokumentów przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. budzą również podejrzenie, w kontekście braku informacji o terminie złożenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym i które mogą być zawarte zarówno w oświadczeniach, jak i w dokumentach wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, Skamex Sp. z o.o. Sp. k. nie posiadając oryginałów dokumentów, i celowo wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając do oferty kopie dokumentów, którymi nie dysponował i do których nie miał dostępu do oryginałów. Potwierdzają to przestawione daty. Wykonawca przekazał więc Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, albowiem w przypadku nieprzedłożenia dokumentów Skamex Sp. z o.o. Sp. k. nie uzyskałby odpowiedniej ilości punktów w zakresie kryterium jakości i jego oferta nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Skamex Sp. z o.o. Sp. k. złożył wprawdzie wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, ale są one niewystarczające, dlatego na tej podstawie Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, a jego oferta powinna być odrzucona, jako złożona przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu.

Nawet jeżeli KIO uzna, że Skamex Sp. z o.o. Sp. k. nie powinien zostać wykluczony, to na podstawie opisanego w tym punkcie stanu faktycznego powinien zostać odrzucony przez Zamawiającego. Zgodnie z § 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów

w toku postępowania dokumenty powinny być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Wprawdzie rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie mówi wprost o konieczności posiadania oryginału przez Wykonawcę, jednak w sposób pośredni wynika z niego, że wykonawca bezwzględnie zobowiązany jest posiadać oryginał i udostępnić go na żądanie Zamawiającego. Posiadanie oryginałów dokumentów poświadczających parametry produktowe przy tak wrażliwym produkcie jakim są wyroby medyczne, jest gwarancją bezpieczeństwa dla Zamawiającego. W przypadku gdy dokumenty posiadały wątpliwe oznaczone daty, Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień uregulowanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów i wezwać Skamex Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia oryginałów, czego nie uczynił. Jeżeli tego nie zrobił, a poświadczone za zgodność kopie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków zostały przygotowane bez posiadania przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. oryginału, to takie dokumenty winny być traktowane jako niezłożone. Brak potwierdzenia posiadania oryginału powoduje, że Skamex

Sp. z o.o. Sp. k. nie może potwierdzić spełnienia warunków SIWZ, a w związku z tym jego oferta powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z zał. nr 2 do SIWZ, formularzem asortymentowo - cenowym, Zamawiający wymagał wyrobów w opakowaniu foliowym lub foliowanym obustronnie lub papierowym zewnętrznym wewnętrznym pokrytym folią (foliowanym). W odp. nr 4, 5 oraz 15 na pytania do specyfikacji Zamawiający doprecyzował, że rodzajami opakowania dopuszczonymi przez Zamawiającego jest między innymi opakowanie „*opakowanie foliowane lub foliowane obustronnie*”. Zamawiający dopuszcza rękawice w opakowaniu foliowym lub obustronnie foliowanym zawierające także opakowanie wewnętrzne papierowe i spełniające pozostałe wymagania SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 67 Zamawiający nie zmienił wymagań określonych w SIWZ w zakresie dotyczącym możliwości zaoferowania rękawic w opakowaniu typu papier-papier. Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Pakiecie nr 1 indeks 2 zaoferował rękawice marki Sempermed Classic. Na str. 143 oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k., w opisie technicznym produktu (dokumencie wystawionym przez producenta - Semperit) wytłuszczonym drukiem znajduje się informacja: „*pakowanie Sempermed Classic, 70 par - jałowych w opakowaniach papierowych*”. W tym samym dokumencie, producent Semperit informuje również o tym, że wszystkie tworzywa opakowań są bez zawartości PCV, tj. polichlorku winylu, który jest najczęściej stosowanym surowcem używanym do powlekania powierzchni opakowań, w skutek czego stają się one foliowane.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać

15

od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przypadku sprzeczności pomiędzy dokumentami technicznymi potwierdzającymi bezwzględne wymagania SIWZ, a załączoną próbką oferowanego produktu przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k., Zamawiający był zobligowany do wezwania do udzielenia wyjaśnień, czego nie uczynił. Spowodowało to, że w chwili obecnej po ogłoszeniu wyników postępowania, Zamawiający nie wie jaki produkt otrzyma. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zaoferowane rękawice marki Sempermed Classic w Pakiecie nr 1 indeks 2, nie spełniają wymogów SIWZ. Oferta Skamex Sp. z o.o. Sp. k. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W rozdz. IX pkt 6 lit. e SIWZ Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca winien dołączyć do oferty badania producenta zgodnie z normą EN 455 1,2,3 lub Karty Danych Technicznych lub wyniki badań niezależnych laboratoriów na potwierdzenie wymaganych parametrów określonych w Karcie Oceny Technicznej Rękawic stanowiącej zał. nr 10 do SIWZ. W zał. nr 10 do SIWZ - Karcie oceny technicznej Zamawiający określił, że wszystkie cechy przedmiotu zamówienia podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań. Tym samym Zamawiający jasno określił, że cechy przedmiotu zamówienia określone w zał. nr 10 do SIWZ mogą być potwierdzone jedynie (1) dokumentami producenta lub (2) raportami z badań. Nie ma możliwości, żeby te dokumenty pochodziły jedynie od wykonawcy (jeżeli nie jest on jednocześnie producentem wyrobu).

Abook Sp. z o.o. w swojej ofercie w celu potwierdzenia wymaganych parametrów w zakresie Pakietu nr 1, na str. 35-41 oferty przedstawił karty danych technicznych. Karty danych technicznych zostały podpisane przez pełnomocnika Abook Sp. z o.o. - Panią B. S., Kierownika Działu Zamówień Publicznych. Abook Sp. z o.o. nie jest producentem zaoferowanych wyrobów. Producentem zaoferowanych wyrobów jest spółka Terang Nusa z siedzibą w Malezji. Tym samym Abook Sp. z o.o. nie spełnił wymaganego przez Zamawiającego warunku dostarczenia dokumentów producenta. Abook Sp. z o.o. jest jedynie dystrybutorem wyrobów, nie znajdując wobec niego zastosowania rygorystyczne wymagania jakie wobec wytwórców wyrobów medycznych stawia ustawa z 20 maja 2010 r.

o wyrobach medycznych oraz norma EN 455 dotycząca standardów dla rękawic medycznych. Tym samym nie może on być uprawniony do samodzielnego potwierdzania wymaganych parametrów w sytuacji, gdy w treści SIWZ Zamawiający wprost wymagał, żeby potwierdzenia pochodziły od producenta. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Abook Sp. z o.o. bierze udział również w innych postępowaniach toczących się na podstawie przepisów Pzp. W tych postępowaniach Abook Sp. z o.o. oferuje te same

16

rękawice, które zaproponował w niniejszym postępowaniu. Dotyczy to dwóch produktów: rękawicy o nazwie Maxitex oraz rękawicy o nazwie Nuzone X2. Producentem obu tych rękawic jest spółka Terang Nusa z siedzibą w Malezji. Rękawica Maxitex została zaoferowana przez Abook Sp. z o.o. w Pakiecie nr 1, indeks 2, natomiast rękawica Nuzone X2 w Pakiecie nr 1, indeks 3. Abook Sp. z o.o. złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Krakowie. Postępowanie toczyło się pod nazwą "Dostawa rękawic chirurgicznych jałowych, rękawic diagnostycznych niejałowych oraz osłonek medycznych jednorazowego użytku zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ". Numer ogłoszenia: 161896 - 2014, numer nadany przez Zamawiającego w tym postępowaniu: Znak ZP 11/2014. W tym postępowaniu Abook Sp. z o.o. dołączył kopie dokumentów pochodzących od producenta, które poświadczył za zgodność z oryginałem. Część parametrów zawartych w dokumentach wystawionych przez producenta w postępowaniu o numerze ogłoszenia 161896 - 2014 różni się od parametrów, które Abook Sp. z o.o. zadeklarował w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Poniższe tabele przedstawiają szczegółowo rozbieżności:

Rękawica Maxitex - Pakiet 1, indeks 2

Wybrane parametry wymagane Informacje zawarte w karcie technicznej Informacje pochodzące z dokumentu przez Zamawiającego przedstawionej w ofercie wykonawcy Abook (badanie zgodne z EN 455) normą w niniejszym postępowaniu: wystawionego przez producenta załączonego do oferty złożonej w postępowaniu numer ogłoszenia: 161896 - 2014

Poziom AQL po zapakowaniu Brak informacji (widniejąca wartość AQL 1.0

0.65 nie zostało wskazane w którym (finalne dopuszczenie do obrotu zgodnie momencie dokonano kontroli szczelności z ISO 2859-

i)

rękawicy - przed czy po zapakowaniu)

Wytrzymałość na Brak informacji 11 N zrywanie po starzeniu (widniejąca wartość min. 12 N

(N) dla rozmiaru 7.5 bez określenia, jaki wynik osiąga rękawica w rozmiarze 7.5 po procesie starzenia)

17

Rękawica Nuzone X2 — Pakiet 1, indeks 3

Wybrane parametry wymagane Informacje zawarte w karcie technicznej Informacje pochodzące z dokumentu (badanie zgodne z normą EN 455) wystawionego przez przez Zamawiającego przedstawionej w ofercie producenta

Poziom AQL po zapakowaniu Brak informacji (widniejąca wartość AQL 0.65 1.0

nie zostało wskazane w którym momencie (finalne dopuszczenie do obrotu zgodnie z ISO dokonano kontroli szczelności rękawicy- przed 2859-1)

czy po zapakowaniu)

Wytrzymałość na zrywanie po Brak informacji 11.3 N

starzeniu (N) dla rozmiaru 7.5 (widniejąca wartość min. 12 N, bez określenia, jaki wynik osiąga rękawica w rozmiarze 7.5 po procesie starzenia)

Grubość rękawicy na palcu: nie 0,20-0,21 mm 0,38-0,40 mm (podwójna ścianka) po mniej niż 0.20 mm mierzona przeliczeniu, wartość ścianki pojedynczej: 0,19- pojedynczo 0,20 mm

W ocenie Odwołującego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że Abook Sp. z o.o. celowo manipuluje treścią dokumentów. Wszystkie parametry, których dotyczą przedstawione powyżej rozbieżności stanowiły w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, przedmiot oceny punktowej w kategorii jakość. Istnieje możliwość, że Abook Sp.

z o.o. celowo nie przedstawił dokumentów producenta, do czego był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ, a jedynie własne dokumenty, w których podał wartości parametrów umożliwiające mu otrzymanie korzystnej ilości punktów w kryterium oceny ofert jakością. Zgodnie z przytoczonym już wyżej art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe Informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwe informacje podane przez Abook Sp. z o.o. miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ na ich podstawie Abook Sp. z o.o. otrzymał wyższą liczbę punktów w kryterium oceny ofert jakością.

W dniu 07.04.2015 r. Abook Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokument karty danych technicznych. Dokument ten miał potwierdzać spełnienie przez wykonawcę kryteriów będących przedmiotem badania w ramach kryterium oceny ofert jakością. Podkreślił, że możliwość uzupełnienia dokumentów zależy od tego, jaki był cel żądania przez Zamawiającego dokumentów. Dokumenty mogą być załączane (1) jako potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (de facto na zasadzie spełnia - nie spełnia) lub (2) jako wymagane celem dokonania na ich podstawie oceny kryterium jakościowego (w tym przypadku dokument jest

18

częścią oferty). W pierwszym przypadku możliwe jest wezwanie przez Zamawiającego wykonawcy do przedstawienia brakującego lub wadliwego dokumentu. W drugim przypadku takie wezwanie nie może zostać zastosowane. Prowadziło by to do sytuacji, w której Zamawiający wzywa do uzupełnienia oferty, co w świetle przepisów ustawy prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. W tym przypadku Zamawiający w karcie oceny technicznej określił, że jednym z parametrów ocenianych jest wytrzymałość na zrywanie po starzeniu (N) dla konkretnego rozmiaru 7.5. W zależności od spełnianej przez produkt wartości oferta może otrzymać określoną liczbę punktów w kategorii jakością. Tym samym dokument potwierdzający wytrzymałość rękawicy na zrywanie po starzeniu został dołączony celem dokonania na jego podstawie oceny kryterium jakościowego. Jako taki stanowi element oferty i nie może podlegać uzupełnieniu. Wezwanie do uzupełnienia takiego dokumentu prowadziłoby do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z normą prawną wynikającą z tego przepisu niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. Przykładowo w wyroku z 17.09.2008 r., sygn. akt: KIO 919/08. Wyrok dotyczy próbek, jednak jak podkreśla KIO, sytuacja prawna próbek oraz dokumentów jest zrównana. Podobnie w wyroku KIO z 08.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1807/13.

W tym przypadku dokumenty uzupełnione przez Abook Sp. z o.o. nie mogły podlegać uzupełnieniu. Jeżeli pomimo tego zostały przez wykonawcę uzupełnione, Zamawiający nie mógł brać pod uwagę tych dokumentów w toku oceny ofert. Nawet gdyby przyjąć, że dokumenty podlegają uzupełnieniu, to należy podkreślić, że w odpowiedzi na wezwanie z 07.04.2015 r. Abook Sp. z o.o. załączył dokumenty - karty danych technicznych. Termin składania ofert upłynął w dniu 20.03.2015 r. Karty danych technicznych złożone pierwotnie w ofercie zostały wystawione i podpisane przez pełnomocnika Abook Sp. z o.o. Panią B. S. i opieczątowane datą 18.03.2015 r., nie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem. Dokumenty złożone w drodze wyjaśnień zostały poświadczane za zgodność z oryginałem z datą 07.04.2015 r. i nie ma na nich informacji dotyczącej daty wystawienia dokumentu. Oznacza to, że Abook Sp. z o.o. uzupełnił dokument nieaktualny na dzień składania ofert. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie

19

zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Dokument karty technicznej dla rękawic Nuzone X2 dołączony do oferty Abook Sp. z o.o. zawiera adnotację „*Powyższe Informacje są podane bezstronnie i firma zastrzega sobie prawo do zmian dowolnych powyższych danych bez uprzedniego powiadamiania*”. Dokument opatrzony taką adnotacją nie może potwierdzać parametrów wymaganych w SIWZ. Taka zmiana może spowodować, że Zamawiający podczas trwania umowy może otrzymać towar inny niż stanowi przedmiot umowy. Wezwanie do wyjaśnienia zostało w sposób nieprawidłowy sformułowane przez Zamawiającego, ponieważ Abook Sp. z o.o., jako jedynie dystrybutor nie może składać oświadczeń wiedzy w imieniu producenta Terang Nusa.

Zamawiający w dniu 28.04.2015 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ABOOK Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 30.04.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Pakiet 1 i 3 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 08.05.2015 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie na posiedzeniu z udziałem stron, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwoływającemu oraz Przystępującemu. Zamawiający wniósł o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów odwołania w zakresie dotyczącym czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu na Pakiet 3 (rękawice ortopedyczne) w zw. z dyspozycją art. 179 ust. 1 Pzp, tj. wobec braku po stronie Odwoływającego interesu w uzyskaniu danego zamówienia w Pakiecie 3.

W postępowaniu na Pakiet 3 jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę firmy Zarys International Group Sp. z o.o., Sp. k. Zarzuty odwołania nie dotyczą oferty Zarys Sp. z o.o.,

20

Odwoływający nie żąda wykluczenia wykonawcy Zarys Sp. z o.o. z postępowania, ani odrzucenia jego oferty. Odwoływający nie żąda również powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 3. Oznacza to, iż ewentualne uwzględnienie odwołania nie doprowadzi do zmiany pozycji Odwoływającego wobec oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 3 postępowania. Tym samym Odwoływający nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż uwzględnienie żądań Odwoływającego nie doprowadzi do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W świetle orzecznictwa KIO nie ulega wątpliwości, iż wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej (w tym odwołanie) o ile posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, co oznacza możliwość wyłonienia oferty tego wykonawcy w postępowaniu jako najkorzystniejszej. M. in. w wyroku o sygn. akt: KIO 1936/14. Podkreślił także, iż Odwoływający nie wykazał w odwołaniu interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w tym zakresie, co jest jego obowiązkiem (tak np. w wyroku o sygn. akt: KIO 2066/14).

Zamawiający wniósł również o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w zakresie Pakietu 1 i Pakietu 3, w zw. z dyspozycją art. 179 ust. 1 Pzp, tj. wobec braku po stronie Odwoływającego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. KIO wielokrotnie w swych orzeczeniach pokreśliła, że: „*Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwoływającego zamówienia. Nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym prawie próba odwoływania się do konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie, które to działanie jakoby wypełniało przesłankę interesu w*

uzyskaniu zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia, jakim może być ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy" - postanowienie o sygn. akt KIO 341/15. Identyczny pogląd wynika z orzecznictwa sądów okręgowych, np. w wyroku SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011r.. sygn. akt: II Ca 9/11, SO w Warszawie, sygn. akt: V Ca 1973/ 11 wyrok z 7.12.2011 r.; SO w Lublinie sygn. akt IX Ga 39/12 wyrok z dnia 19.03.2012 r. Podkreślił, iż Odwołujący nie wykazał w odwołaniu interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu 1 i Pakietu 3. Zarzut jest bezpodstawny, albowiem postępowanie nie jest obarczone nieusuwalną wadą. Przede wszystkim Zamawiający wskazuje, że otwarcie ofert odbyło się

21

pół godziny po upływie terminu składania ofert, w otwarciu uczestniczyli przedstawiciele wszystkich wykonawców i mieli możliwość zweryfikowania, że wszystkie wymienione w protokole postępowania oferty zostały złożone, jak również, że każda z nich jest w nienaruszonym opakowaniu i nie zachodzą żadne okoliczności mogące budzić wątpliwość co do prawidłowości złożenia ofert. Co do sposobu oznaczenia wpływu oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w tzw. „Wykazie przetargów...” Zamawiający wskazuje, że osoby dokonujące przyjęcia ofert nie są zobowiązane do ściśle określonego oznaczania ofert w kolumnie „nazwa firmy oferenta”. Stąd pojawiają się różnice i nieścisłości w tych oznaczeniach. Nie sposób też wyeliminować zupełnie błędu ludzkiego.

Oznaczenia wpływu ofert w przedmiotowym postępowaniu nie są jednolite. Przykładem dotyczącym tego samego postępowania może być chociażby oznaczenie złożenia przez Zarys Sp. z o.o. oferty i próbek w postaci wpisu: „Zarys” (nie wymieniono wprost słowa „próbki”). Zapis w „Wykazie przetargów” nie dowodzi zatem, iż oferta Skamex Sp. z o.o. Sp. k. nie wpłynęła do Zamawiającego w terminie składania ofert, czy też że wpłynęła „poza oficjalnym trybem postępowania”. Zamawiający wskazuje, że zapis w kolumnie „nazwa firmy oferenta”: „próbki” i pod spodem „Skamex” oznacza w tym wypadku, że wpłynęły próbki oraz oferta. Zamawiający podnosił także, że dokumentem oficjalnym i obowiązującym w postępowaniu jest protokół postępowania, a nie „Wykaz przetargów...”. W protokole zaś w pkt 9 wyraźnie Zamawiający poświadczył, że do upływu terminu składania ofert (a więc do godz. 10.00 dnia 20.03.2015 r.) złożono oferty wymienionych tam wykonawców, w tym ofertę Skamex Sp. z o.o. Sp. k. Odwołujący nie kwestionuje prawdziwości oświadczenia Zamawiającego zawartego w protokole. Ponadto, w razie istnienia dalszych wątpliwości, Zamawiający wnosi o przesłuchanie na okoliczność terminu złożenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. Kierownika Zamówień Publicznych Lidera Postępowania - Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego z siedzibą w Gdańsku - Pana P. F. . Odnosnie zarzutów dotyczących oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k.:

A. zaniechanie wykluczenia Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zarzut Odwołującego dotyczy dokumentów złożonych na str. 117-118, 132-133, 149-150 oferty, tj. oświadczeń producenta dotyczących parametrów rękawic oferowanych w Pakiecie 1 index 1, 2 i 4. Dokumenty te oznaczono datą 19.3.2015 r., natomiast data widniejąca pod pieczęcią firmy Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z podpisem osoby umocowanej to „2015-03-18”.

Zmawiający pismem z dnia 3.04.2015r. wystąpił do Skamex Sp. z o.o. Sp. k. o wyjaśnienie powyższej rozbieżności. W odpowiedzi z 08.04.2015r. Skamex Sp. z o.o. Sp. k. wskazał, że doszło do omyłki polegającej na przystawieniu na dokumentach datownika z niewłaściwie oznaczoną datą (nie dokonano zmiany dnia na datowniku z 18 na 19 marca).

22

Wyjaśnienia Skamex Sp. z o.o. Sp. k. były dla Zamawiającego wiarygodne i przekonujące. W szczególności Zamawiający uznał, że nie jest możliwe, by istniała fizyczna możliwość przystawienia na kopii dokumentu daty wcześniejszej niż dzień, w którym by

wykonawca dysponował tą właśnie kopią, na której dokonuje oznaczenia datą. Istotne jest także, iż dokumenty te zostały złożone w ofercie, co świadczy o tym, Skamex Sp. z o.o. Sp. k. nimi dysponował. Nadto doświadczenie Zamawiającego wskazuje, iż omyłkowe oznaczenie daty dokumentu metodą mechaniczną (tzn. datownikiem) najczęściej jest wynikiem nieprzestawienia takiego datownika. Powyższe w ocenie Zamawiającego wskazywało w sposób oczywisty na omyłkowe działanie Skamex Sp. z o.o. Sp. k. przy poświadczaniu kopii za zgodność z oryginałem i nie zaistniały powody do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości kopii przedmiotowych dokumentów. Nie ujawniły się też żadne inne okoliczności mogące powodować zastrzeżenia Zamawiającego co do rzetelności przedłożonych dokumentów. Zamawiający wskazuje ponadto, iż z przepisu § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający (...) nie wynika, aby poświadczenie za zgodność kopii dokumentów, obejmowało utrwalenie daty tej czynności. Przepis ten nie uzależnia ważności lub skutków czynności poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii ww. dokumentów od daty tej czynności. Przystawienie zatem datownika z omyłkową datą poświadczenia za zgodność z oryginałem nie może prowadzić do uznania wskazanych dokumentów za nieprawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający uważa za zupełnie bezpodstawny zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z powodu złożenia jakoby nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wskazuje również że nie jest jasnym na czym polega wg Odwołującego nieprawdziwość (jakoby) informacji złożonych przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. Odwołujący nie kwestionuje bowiem prawdziwości danych zawartych w tych dokumentach. Wydaje się, że nieprawdziwych informacji Odwołujący upatruje w samej tylko dacie dokumentu albo w dacie poświadczenia za zgodność z oryginałem (jak chyba należy rozumieć Odwołującego tylko jedna z nich może być prawidłowa), ewentualnie w samym oświadczeniu o zgodności kopii z oryginałem (co wywodzi z rzekomego braku posiadania przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. oryginałów).

Podniósł zatem, że okoliczność oznaczenia dokumentu datą - czy to 19 czy 18.03.2015 r. nie ma znaczenia dla oceny zgodności oferowanego produktu z SIWZ. Należy zauważyć, że graniczną datą dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane rękawice wymagań Zamawiającego był dzień składania ofert, czyli w tym wypadku 20 marca. Dokument z każdą wcześniejszą datą (Zamawiający nie wprowadził żadnych wymagań w zakresie aktualności dla tych dokumentów) musiałby być przez Zamawiającego przyjęty jako właściwy do oceny zgodności oferty z SIWZ. Zatem okoliczność, czy dokumenty byłyby

23

oznaczone datą 18 czy 19 marca nie ma wpływu na ocenę ofert, a więc i na wynik postępowania.

Jedyną okolicznością, która może być tu ewentualnie rozważana jako wpływająca na wynik postępowania jest „*sfalszowanie*” poświadczenia kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Na tę okoliczność (podobnie zresztą jak na poprzednie) Mercator Medical S.A. nie przedstawia jednak żadnych dowodów, natomiast stwierdzenia jakoby było mało prawdopodobne, by dokument zagraniczny dotarł do wykonawcy w ciągu jednego dnia należy uznać, po pierwsze, za zupełnie nieudowodnione, a po drugie, za niezgodne z doświadczeniem życiowym (gdyż nieuwzględniające zarówno aktualnych możliwości technicznych - chociażby przesłanie dokumentu z podpisem elektronicznym, lub przesyłką kurierską/listem konduktorskim/osobiście jak również oczywistego faktu, że osoby podpisujące dokument nie musiały tego czynić za granicą).

Na marginesie tylko Zamawiający wskazuje, że Odwołujący żąda wykluczenia Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania zarówno w ramach Pakietu 1, jak i Pakietu 3, tymczasem kwestionowane dokumenty dotyczą wyłącznie oferty na pakiet 1. Jak zaś wskazuje Izba np. w wyroku KIO o sygn. akt: 1104/11: „*Jeżeli doszłoby do złożenia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje odnoszące się w jakikolwiek sposób do wszystkich części postępowania (bez względu na charakter dokumentów - czy byłyby to dokumenty przedmiotowe czy podmiotowe), to wykonawca podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. ze wszystkich części postępowania, natomiast jeżeli dokumenty będące podstawą wykluczenia zostały złożone tylko w ramach jednej części postępowania i były to specyficzne dokumenty wymagane wyłącznie dla tej części, nie można wykonawcy wykluczyć z innych części postępowania*”. Tym samym zarzut ten jest zupełnie bezprzedmiotowy w zakresie Pakietu 3.

B. zaniechanie odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na brak możliwości potwierdzenia wymagań SIWZ oryginałami dokumentów, o których mowa powyżej.

Zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (....) zamawiający może żądać oryginałów lub kopii notarialnych wyłącznie wtedy gdy złożone kopie dokumentów są nieczytelne albo budzą wątpliwości co do ich prawdziwości. Prawdziwość kopii dokumentów przedstawionych przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k., w świetle udzielonych wyjaśnień i zasad doświadczenia życiowego, nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego. Związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw, by skorzystać z dyspozycji przywołanej normy prawnej. Jednocześnie Zamawiający podnosi, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie zarówno pakietu 1 jak i 3. Tymczasem uzasadnienie odwołania wskazuje, iż zarzut opiera się wyłącznie na kwestionowaniu złożonych przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań SIWZ dla rękawic oferowanych

24

w Pakiecie 1 (dokumenty na str. 117-118, 132-133, 149-150 oferty to oświadczenia producenta dotyczące parametrów rękawic oferowanych w Pakiecie 1 index 1, 2 i 4). Zatem zarzut zaniechania odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w pakiecie 3 jest bezprzedmiotowy.

C. zaniechanie wezwania do wyjaśnień i odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na niezgodność z SIWZ produktu oferowanego w Pakiecie 1 index 2.

Niesporne jest, że Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Pakiecie 1 index 2 złożył próbkę rękawicy Sempremed Classic w opakowaniu papierowym, w którym wewnątrz jedna ze stron jest pokryta folią. Niesporne jest również, że w „*opisie technicznym produktu*” tej rękawicy (str. 143 oferty) rodzaj opakowania oznaczono jako papierowy. Nie jest jednak zrozumiałe dlaczego Odwołujący wyrodi z tego, iż pomiędzy powyższymi dokumentami (próbka a opisem technicznym) zachodzi sprzeczność, którą Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić.

Przed wszystkim Zamawiający wskazuje, że podstawą oceny spełniania wymagań w odniesieniu do opakowania rękawic była próbka, co jednoznacznie wynika m. in. z odpowiedzi na pytanie nr 54, w której Zamawiający uszczegółowił zasady oceny produktów podając, że „*Próbki asortymentu zostaną sprawdzone w zakresie zgodności parametrów określonych w SIWZ wraz z załącznikami, które mogą być określone za pomocą bezpośredniego oglądu zarówno w zakresie produktu jak i opakowania*”.

Niewątpliwie parametrem, który może być określony za pomocą bezpośredniego oglądu jest opakowanie, co zresztą zastało w cyt. odpowiedzi zaznaczone. Tym samym Zamawiający oceniał zgodność wymagań co do opakowania na podstawie próbki, która potwierdziła, że rękawice zaoferowane przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Pakiecie 1 index 2 spełniają wymagania bezwzględne w tym zakresie.

Zamawiający zapoznał się także z treścią opisu technicznego, na którą powołuje się Odwołujący, gdzie opakowanie oznaczono jako papierowe. Jednakże, w ocenie Zamawiającego, oznaczenie „*papierowe*” nie jest sprzeczne z cechami opakowania ujawnionymi przy badaniu próbki. Opakowanie przedmiotowych rękawic jest bowiem papierowe. Co najwyżej można jedynie wskazać, że opis techniczny nie jest uszczegółowiony, gdyż nie zawiera dodatkowo zapisu, że na papierowym opakowaniu rękawic po jego wewnętrznej stronie naklejona jest folia (jest jednostronnie foliowane). Powyższe nie powoduje jednak sprzeczności opisu z próbka. W konsekwencji nie może być mowy o niezgodności oferowanego produktu z wymaganiami SIWZ. Należy także zwrócić uwagę, iż Odwołujący złożył rękawice w postępowaniu w opakowaniach tego samego typu i nie wnosi wątpliwości czy też zastrzeżeń co do rodzaju czy zgodności samego opakowania z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe - nie istniała wątpliwość, która należałoby wyjaśnić, lub informacja o której Skamex Sp. z o.o. Sp. k. mógłby w związku z powyższymi okolicznościami

25

uzupełnić wiedzę Zamawiającego na temat oferowanego produktu. Z przedłożonych w ofercie dokumentów (próbki i opisu technicznego) wynika bowiem jednoznacznie, że opakowanie jest papierowe oraz że wewnętrzna powierzchnia tego opakowania jest z jednej strony pokryta folią (jednostronnie foliowane - co odpowiada wymaganiom SIWZ). W związku z powyższym nie było podstaw do wzywania Skamex Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnienia.

Odnosnie zarzutów dotyczące oferty Abook Sp. z o.o.

Na wstępie - mając na względzie bezpodstawność zarzutów odwołania wobec oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. - Zamawiający wnosi o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów w zakresie dotyczącym badania i oceny oferty Abook Sp. z o.o. w postępowaniu na Pakiet 1 w zw. z dyspozycją art. 179 ust. 1 Pzp, tj. wobec braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia w Pakiecie 1. (w zakresie Pakietu 3 analogiczny wniosek). W postępowaniu na Pakiet 1 jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę Skamex Sp. z o.o. Sp. k. Oferta Abook Sp. z o.o. została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oznacza to, iż wobec bezpodstawności zarzutów odwołania wobec oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. - ewentualne uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty Abook Sp. z o.o. nie doprowadzi do zmiany pozycji Odwołującego wobec oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 1 postępowania. Tym samym Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż uwzględnienie żądań Odwołującego nie doprowadzi do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Pakiecie 1.

Na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła powyższego wniosku o pozostawienie ww. zarzutów bez rozpoznania, Zamawiający wnosi o ich oddalenie, wskazując na poniższe. D. zaniechanie odrzucenia oferty Abook Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na przedłożenie na potwierdzenie wymagań dokumentów własnych wykonawcy.

Zarzut dotyczy kart danych technicznych złożonych na str. 35-41 oferty Abook Sp. z o.o. Odwołujący twierdzi, iż są to dokumenty własne wykonawcy, co skutkuje tym, iż - ze względu na, zawarte w SIWZ, wymaganie udokumentowania parametrów rękawic dokumentami producenta - nie mogą być uwzględnione przy ocenie ofert.

Zarzut Odwołującego jest bezzasadny. W szczególności Odwołujący nie wskazuje jasno na jakiej podstawie twierdzi, iż przedmiotowe dokumenty są dokumentami wykonawcy, a nie dokumentami producenta (w pkt 5 uzasadnienia odwołania twierdzi, że są to dokumenty wykonawcy, w pkt 8 i 9 uzasadnienia, że są to dokumenty producenta w kopiach niepotwierdzonych za zgodność z oryginałem).

Zauważyć natomiast należy, że na kartach tych nie ma oznaczenia firmy Abook Sp. z o.o. (z wyj. str. 40, ale jest to dokument dotyczący Pakietu 2, więc nieobjęty zakresem odwołania), są natomiast oznaczenia producenta - Terang Nusa oraz dane teleadresowe tego producenta. Treść tych kart wskazuje zatem, że są to dokumenty producenta.

26

Co więcej - w ocenie Zamawiającego - są to typowe oryginały karty danych technicznych, które standardowo nie są oznaczane żadnym podpisem osób po stronie producenta. Jednocześnie umieszczenie w obrębie tych dokumentów pieczęci firmowej Abook Sp. z o.o. oraz podpisu osoby umocowanej nie świadczy, że są to dokumenty „wystawione” przez Abook Sp. z o.o. Całokształt oferty Abook Sp. z o.o. wskazuje, że każda strona oferty została w ten sposób oznaczona i podpisana. Powyższe potwierdza też fakt, iż pismem z dnia 07.04.2015 r. Abook Sp. z o.o. przedłożył te same karty danych technicznych w formie kopii, które zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Z powyższych względów Zamawiający nie miał żadnych podstaw do nieuwzględniania przedmiotowych kart przy ocenie oferty Abook Sp. z o.o.

Z ostrożności jedynie Zamawiający podnosi, iż nawet, jeżeli należałoby uznać że karty danych technicznych zamieszczone w ofercie na str. 35-41 nie są oryginałami kart, lecz ich kopiami, to jedynym uchybieniem wykonawcy było niezamieszczenie formuły „za zgodność” przy podpisie osoby upoważnionej. Należy jednak zauważyć, że uchybienie takie jest jedynie formalnym, nie mogącym mieć wpływu na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ. Jak wskazuje KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 1269/14:

„Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 25 ust. 2 PZP oraz § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, skład orzekający stwierdza, że dokumenty dotyczące okoliczności wskazanych ww. przepisach składane są w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Jest powszechną i uzasadnioną praktyką, że dokument złożony w kopii opatruje się podpisem lub parafą z formułką „za zgodność”, „zgodne z oryginałem” lub podobną. W sprawie rozpatrywanej kwestionowany jest dokument, w którym takich sformułowań nie użyto, natomiast został on opatrzony podpisem pełnomocnika - okoliczność niesporna. Skoro zatem dokument w kopii został złożony jako element oferty, zawiera określone informacje,

a reprezentant wykonawcy go podpisał, to racjonalnie wnioskując, znaczy to, że w istocie uwierzył w dokument i informacje w nim zawarte. Stąd też brak podanych tytułem przykładowo używanych sformułowań nie może być powodem dyskwalifikacji dokumentu."
E. zaniechanie wykluczenia Abook Sp. z o.o. z postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Badając ofertę Abook Sp. z o.o. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia, by oferta ta zawierała informacje nieprawdziwe. Odwołanie Mercator Medical S.A. także nie zawiera takich argumentów, które powodowałyby powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń i danych zawartych w ofercie Abook Sp. z o.o.

W szczególności nie mogą stanowić dowodu złożenia przez Abook Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji dokumenty dotyczące postępowania, które odbyło się przed

27

rokiem, a nadto oferowane w tym postępowaniu rękawice pochodziły z innej serii niż oferowane przez Abook Sp. z o.o. w postępowaniu niniejszym.

F. uwzględnienie w ocenie oferty Abook Sp. z o.o. w Pakiecie 1 i 3 dokumentów uzupełnionych.

Zamawiający wskazuje, iż niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający wziął pod uwagę przy ocenie oferty Abook Sp. z o.o., na podstawie kryterium jakościowego, dokumenty uzupełnione przez wykonawcę. Podstawą oceny oferty Abook Sp. z o.o. w kryterium jakościowym były bowiem parametry oznaczone w dokumentach zawartych w ofercie: w odniesieniu do Pakietu 1 na str. 35-38, a w odniesieniu do Pakietu 3 - na str. 41, 45 i 47.

G. uwzględnienie w ocenie oferty Abook Sp. z o.o. w Pakiecie 1 i 3 dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem w dacie po upływie terminu składnia ofert.

W związku z argumentacją zawartą w pkt F (dokumenty przedłożone w kopii pismem z 07.04.2015 r. nie były podstawą do przyjęcia parametrów uwzględnionych w kryteriach oceny ofert) stwierdzić należy, że zarzut jest bezpodstawny.

H. zarzut dotyczący adnotacji na karcie oceny technicznej dla rękawicy Nuzone X2 (Pakiet 1 index 3).

Składając ofertę Abook Sp. z o.o. zobowiązał się do dostarczania Zamawiającemu rękawicy Nuzone X2 o konkretnych parametrach wymienionych w karcie oceny technicznej (zał. Nr 10 do SIWZ), stanowiącej treść oferty wykonawcy. Na potwierdzenie tych parametrów Abook Sp. z o.o. złożył m. in. kartę danych technicznych, zgodną z ww. treścią oferty. Ewentualna późniejsza zmiana danych na karcie danych technicznych (w tym np. parametrów wymaganych SIWZ) pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty, gdyż karta ze zmienionymi danymi dotyczyłaby innego produktu - tj. rękawic które nie zostały zaoferowane Zamawiającemu (rękawic o innych parametrach).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.04.2015 r. sprawy o sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

28

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, za wyjątkiem Odwołującego w sprawie KIO 862/15 w zakresie Pakietu 3 (rękawice ortopedyczne), uprawniający ich do złożenia odwołań. Powyższą kwestię Izba rozwinie przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 862/15.

Nadto, Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 862/15 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp i w zw. z art. 189 ust. 3 Pzp. Zamawiający podnosił, że w terminie na wniesienie odwołania, tj. w dniu 27.04.2015 r., otrzymał kopię odwołania, ale bez załącznika nr 6, tj. fotografii fragmentu oferty Abook Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego w Krakowie w 2014 r. Inaczej mówiąc

wskazywał na nie przekazanie kopii odwołania wraz z merytorycznym załącznikiem.

Izba wskazuje w tym zakresie za wyrokiem SO w Katowicach z 11.04.2013 r., sygn. akt: XIX Ga 179/13: „Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z przepisem art. 180 ust. 5 ustawy p.z.p. obowiązkiem odwołującego jest przesłanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Wymogom jakim musi odpowiadać odwołanie określa przepis art. 180 ust. 3 ustawy pzp oraz § 4 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U z 29.03.2010 r. nr 48 poz. 280 z późn. zm.). Wymogami formalnymi odwołania jest m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Ponadto § 4 ust 2 cyt rozporządzenia nakazuje dołączenie do odwołania: dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w wymagalnej wysokości, dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz wypisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego. Ma rację skarżący, iż ustawa p.z.p. nakazująca odwołującemu przesłanie kopii odwołania, nie ma stanowić o jego załącznikach. Zgodnie z ukształtowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej np. w postanowieniu KIO z 1.04.2008 KIO/UZP 239/08. KIO Uznawała, iż "przekazanie treści odwołania bez załącznika wypełnia dyspozycja przepisu art. 184 ust. 2 ustawy p.z.p.". Wydaje się, iż taka też była intencja ustawodawcy, który w uzasadnieniu nowelizacji z dnia 2.12.2009 r. wskazał, że "obowiązek przesłania kopii odwołania będzie spełniony w przypadku nieprzesłania załączników do odwołania" (druk sejmowy nr 2310, Sejm RP VI Kadencji). W wyroku z dnia 5.11.2012 r. sygn. akt KIO 2293/12 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż określone dokumenty, a w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki mogą być uznane jako statuujące treść odwołania, o których stanowi art. 180 ust 3 in fine p.z.p. oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających

29

wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, o których mowa w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U nr 226 poz. 1817). Konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.”

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należy, że brakująca fotografia (która została dostarczona Zamawiającemu następnego dnia – pocztą w ramach potwierdzenia przesłanej faxem kopii odwołania) absolutnie nie uniemożliwiała Zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania i zajęcie merytorycznego stanowiska, o czym świadczy odpowiedź na odwołanie (wskazano bowiem nr postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz Zamawiającego, czyli dane pozwalające na ustalenie źródła pochodzenia informacji z tabeli na str. 12 i 13 odwołania - będących podstawą dokonanego przez Odwołującego porównania). Niewątpliwie odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych Zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nie uzasadnionym formalizmem. Brakujący zaś załącznik miał stricte charakter dowodowy.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, w tym zał. nr 2 i 10 do SIWZ, odpowiedzi na pytania w zakresie Pakietu 1 (zwłaszcza: 3, 15, 54), oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k., Abook Sp. z o.o., protokół postępowania DRUK ZP-PN, pisma Abook Sp. z o.o. z 03.04.2015 r. oraz pisma Mercator Medical S.A. z 03.04.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 03.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Abook Sp. z o.o., odpowiedzi Abook Sp. z o.o. z 07.04.2015 r. wraz z załącznikami /kopiami dokumentów z oferty potwierdzonymi za zgodność z oryginałem/, wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 10.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Abook Sp. z o.o., odpowiedzi Abook Sp. z o.o. z 13.04.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 03.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Skamex Sp. z o.o. Sp. k., odpowiedzi Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z 08.04.2015 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 1 -

z 15.04.2015 r. (przesłany 16.04.2015 r.).

Izba dopuściła, jako dowód do odwołania o sygn. akt: KIO 862/15: 1) fotografię wykazu przetargów wpływających do UCK - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku (2 strony); 2) fotografię fragmentu oferty Abook Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego

30

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Krakowie pod nazwą: *"Dostawa rękawic chirurgicznych jałowych, rękawic diagnostycznych niejałowych oraz osłonek medycznych jednorazowego użytku zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ"*, numer ogłoszenia: 161896 - 2014, numer nadany przez Zamawiającego w tym postępowaniu: Znak ZP 11/2014 (2 - Jednostronicowe Raporty z Inspekcji Wysyłki /oryginały wraz tłumaczeniem/) – w obu wypadkach załączone do odwołania. Dopuszczono również: 1) informację e-mailową z 24.04.2015 r. otrzymaną przez Mercator Medical S.A. od Zamawiającego złożoną na rozprawie przez Odwołującego - Mercator Medical S.A., 2) kopie faktury nr 3/2015 r. oraz harmonogramu /trzy strony/, czyli tzw. „Kilometrówki” – złożoną na rozprawie przez Przystępującego - Skamex Sp. z o.o. Sp. k., dowód ze złożonej na rozprawie przez Mercator Medical S.A. – próbki rękawic chirurgicznych z innej partii wyprodukowanej później niż złożona przez Skamex Sp. z o.o. na okoliczność różnego sposobu opakowania tego produktu /data produkcji 2014 -12, rozmiar 7, LOT 14 F0520/ (z urzędu jako dowód także do odwołania o sygn. akt: KIO 842/15).

Izba dopuściła w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 842/15 oraz o sygn. akt: KIO 862/15 (w tym ostatnim wypadku z urzędu) przeprowadzony na rozprawie z inicjatywy Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 842/15 - Abook Sp. z o.o. dowodu z próbki zaoferowanych przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. rękawic chirurgicznych (próbka dostarczona na rozprawę przez Zamawiającego /data produkcji 2014 -11, rozmiar 6,5, LOT 14L0494/). Pierwotny dowód z próbki dostarczonej na rozprawę przez Abook Sp. z o.o. - nie został przeprowadzony z uwagi na inną datę produkcji (sterylizacji) /rok 2012/ i nr partii. Dopuszczono także jako dowód w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 842/15: oświadczenie producenta: Semperit Technische Gesellschaft m.b.H z 19.03.2015 r. złożone na rozprawie przez Przystępującego - Skamex Sp. z o.o. Sp. k. (oryginał wraz z tłumaczeniem).

Izba uznała dodatkowo, jako dowodu w sprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oświadczenie firmy transportowej (B. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: „DAWID” Usługi Transportowe B. T.) z 05.05.2015 r. złożone przez Przystępującego - Skamex Sp. z o.o. Sp. k. na rozprawie w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15, okazane przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15 - próbki złożone w postępowaniu przez Abook Sp. z o.o. (Maxitex - nr serii: 2332370, Nuxone X2 - nr serii: 2358670 – numery podane do protokołu rozprawy) stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego do obu odwołań złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy. Nadto, oba odwołania, jak i przystąpienia, odpowiedzi na odwołania o sygn. akt: KIO 842/15 oraz o sygn. akt: KIO 862/15 - złożoną w tym ostatnim wypadku na posiedzeniu.

31

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 842/15, jak i KIO 862/15 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 842/15:

Abook Sp. z o.o. sformułował w dowołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. jako sprzecznej z treścią SIWZ w zakresie Pakietu nr 1 (rękawice chirurgiczne) z uwagi na: a) brak potwierdzenia w sposób zgodny z SIWZ, że oferowane przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. w Pakiecie nr 1 poz. 2 rękawice Sempermed Classic, spełniają „warunek bezwzględny” dotyczący opakowania o treści: „Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnętrznie wewnętrznie pokryte folią (foliowane)”. Wykonawca złożył na potwierdzenie - próbkę - która nie potwierdza tego wymogu, a należało tą okoliczność, potwierdzić: badaniem producenta, Karty Danych Technicznych lub wynikiem badań

niezależnych laboratoriów.

b) zaferowanie w Pakiecie nr 1 indeks 2 rękawic w opakowaniu papierowym niezgodnym z wymogiem bezwzględny określonym w Zał. nr 2 do SIWZ (Pakiet 1 - Rękawice chirurgiczne, kol. 18 „Opakowanie”) oraz z treścią odpowiedzi na pyt. nr 3 i nr 15 do SIWZ, gdzie w odniesieniu do opakowania papierowego wymaga się wewnętrznego pokrycia folią (opakowania foliowanego) lub, gdy opakowanie papierowe będzie opakowaniem wewnętrznym, umieszczonym w opakowaniu foliowanym lub obustronnie foliowanym. Z dołączonej Karty technicznej produktu wynika, że oferowane rękawice są w opakowaniach papierowych - niezgodnych z wymaganiami SIWZ.

2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. w zakresie Pakietu nr 1 choć podlegała ona odrzuceniu oraz nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji gdyż Odwołujący załączył wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego produktu z SIWZ w przeciwieństwie do SKAMEX Sp. z o.o. sp. k.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 842/15, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu, przystąpieniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, jak i treść oferty Przystępującego - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. Uznając, że nie jest przedmiotem sporu stan faktyczny, ale jego ocena pod względem prawnym.

32

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddala zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie – braku potwierdzenia w sposób zgodny z SIWZ, że oferowane przez SKAMEX Sp. z o.o. sp.k. w Pakiecie nr 1 index 2 rękawice Sempermed Classic, spełniają „warunek bezwzględny” dotyczący opakowania o treści: „Opakowanie foliowe lub foliowane obustronnie lub papierowe zewnętrznie wewnątrznie pokryte folią (foliowane)”, Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Należy uznać, że w toku postępowania na skutek odpowiedzi na pytanie 54, Zamawiający jednoznacznie dopuścił możliwość potwierdzenia także w kwestii „opakowania” za pomocą – próbki. W konsekwencji, powyższy „warunek bezwzględny” można było potwierdzić nie tylko i wyłącznie za pomocą badania producenta, Karty Danych Technicznych, czy też wyników badań niezależnych laboratoriów – w kontekście zał. nr 10 do SIWZ (Karty Oceny Technicznej Rękawic) /Rozdz. IX pkt 6 SIWZ/. Jednocześnie status próbek został zrównany z dokumentem w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Skoro, zaś pierwotnie oczekiwano w Karcie Oceny Technicznej Rękawic potwierdzenia danych z tabeli m.in. dokumentem producenta, to niewątpliwie – próbka jest takim specyficznym – „dokumentem producenta”. Izba wskazuje także, że stanowisko Zamawiającego co do próbki nie było wynikiem taktyki procesowej i było znane Odwołującemu - Abook Sp. z o.o. co najmniej od 03.04.2015 r., gdzie w ramach wezwania do wyjaśnień odnosząc się do oferty Abook Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził: „czy w odpowiedzi na wymaganie „Wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami producenta lub raportami z badań” jako dokument producenta złożyliście Państwo opakowanie próbki (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie – zaferowanie w Pakiecie nr 1 indeks 2 rękawic chirurgicznych w opakowaniu papierowym niezgodnym z wymogiem bezwzględny określonym w Zał. nr 2 do SIWZ (Pakiet 1 - Rękawice chirurgiczne, kol. 18 „Opakowanie”) oraz z treścią odpowiedzi na pyt. nr 3 i nr 15, Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający dopuścił na skutek udzielonych odpowiedzi na pytania możliwość złożenia rękawic chirurgicznych w opakowaniu foliowanym jednostronnie wynika to z udzielonych odpowiedzi na pytania – w Pakiecie 1 (3 oraz 15). Należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, co do otwartego katalogu dopuszczonych opakowań, albowiem w odpowiedzi na pytanie 15 –

33

wprost odnoszące się do opakowania jednostronnie foliowanego wskazał chociażby: „między innymi”, nadto udzielając odpowiedzi dopuścił „opakowanie foliowane” przeciwstawiając je opakowaniu „foliowanemu obustronnie”. Ponadto, Izba uznała, że zasadnie wskazywał Przystępujący - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. na rozprawie, że Zamawiający wprost nie sprecyzował w przywołanej odpowiedzi w jaki sposób ma mieć miejsce - „opakowanie foliowane”. Powyższy sposób rozumienia potwierdza również fakt, złożenia przez 3 z 4 Wykonawców tego rodzaju opakowania w Pakiecie 1 index 2, czego Odwołujący, ani inni Wykonawcy nie negowali. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego z rozprawy, że z uwagi na nie odzwierciedlenie przywołanych odpowiedzi na pytania w ujednoliconej wersji zał. nr 2 i 10 do SIWZ z 12.03.2015 r. (zachowano opakowanie foliowe, a nie foliowane) jego stanowisko jest trafne.

Względem niezgodności próbki z treścią str. 143 oferty Przystępującego - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. /Karty Technicznej Producenta – Sempermed – Wiedeń – producent Semperit Technische Gesellschaft m.b.H/, Izba podnosi, że Sp. z o.o. sp. k. w ramach zał. nr 10 do SIWZ załączonego do oferty - wskazał wprost na – próbkę (str. 6 oferty). W konsekwencji, wobec jednoznacznego charakteru przedłożonej próbki, co zostało także potwierdzone na rozprawie, brak było konieczności dalszego potwierdzenia – widocznych cech przedstawionej próbki – stwierdzonych organoleptycznie. Izba, w tym kontekście, uznała, że niewątpliwie producent może produkować i oferować rękawicę w różnych opakowaniach, a nawet różne dane partie rękawic opakowywać (choćby dowód próbka – złożona do odwołania o sygn. akt: KIO 862/15 – dopuszczona z urzędu, czy też oświadczenia producenta z 19.03.2015 r. złożone przez Przystępującego - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k.). Nie zmienia to faktu, że próbka zaoferowanych w postępowaniu rękawic – spełnia wymóg w zakresie „opakowania”. W ocenie Izby, ma to charakter przeważający i ewentualne wezwanie do wyjaśnienia byłoby zbędne, miałoby bowiem charakter wtórny i nie było konieczne. W konsekwencji nie było konieczności, ale i możliwości wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Należy uznać, że bez względu na daną partię rękawic, muszą być one opakowywane w sposób zadeklarowany w ofercie poprzez wskazaną próbkę – przywołaną jako podstawa – na str. 6 oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 842/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

34

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 862/15:

Mercator Medical S.A. sformułował w dowołaniu następujące zarzuty naruszenia:

Przedstawiono szczegółowo poniżej.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 862/15, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu, przystąpieniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, jak i treść oferty Przystępującego - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. oraz Abook Sp. z o.o. Nadto, okoliczności wynikające z wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 03.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Abook Sp. z o.o., odpowiedzi Abook Sp. z o.o. z 07.04.2015 r. wraz z załącznikami /kopiami dokumentów z oferty potwierdzonymi za zgodność z oryginałem/, wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 10.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Abook Sp. z o.o., odpowiedzi Abook Sp. z o.o. z 13.04.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 03.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Skamex Sp. z o.o. Sp. k. oraz odpowiedzi Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z 08.04.2015 r. Do kwestii spornych Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, co do braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia w Pakiecie 3 (rękawice ortopedyczne) – str. 2 odpowiedzi na odwołanie /pkt I/. Niewątpliwie w zakresie Pakietu 3 Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, w konsekwencji w tym zakresie, tzn. w zakresie obejmującym Pakiet 3 odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący nie zakwestionował bowiem oferty wybranego w Pakiecie 3: ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k., w rezultacie nawet uwzględnienie odwołania nie spowoduje wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp stanowią samodzielne przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze materialno prawnym. Ich brak oznacza oddalenie odwołania, bez konieczności odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 - Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - M. Stręciwilk red.

35

Zeszyt nr 4, str.122, teza 197) /za wyrokiem KIO z 30.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2640/14, sygn. akt: KIO 2651/14, sygn. akt: KIO 2652/14/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba odnośnie kolejnego wniosku Zamawiającego (w zakresie Pakietu 1) – str. 2 odpowiedzi na odwołanie /pkt II/), stwierdza co następuje. Po pierwsze, należy zgodzić się, co do rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie tylko i wyłącznie „danego” zamówienia postępowania, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie ewentualnych przyszłych zamówień.

Po drugie, brak jest podstaw, do rozpatrywania interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie poszczególnych zarzutów. Izba stoi konsekwentnie na stanowisku, że kwestie braku interesu należy rozpatrywać - co do całego odwołania, co w przedmiotowym stanie faktycznym Izba uczyniła, jedyny wyjątek dotyczy sytuacji w przypadku podziału postępowania na pakiety, części, z uwagi na ich niezależny (autonomiczny) charakter w ramach postępowania. W konsekwencji, Izba nie widzi możliwości pozostawienia bez rozpatrywania zarzutów dotyczących zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w zakresie Pakietu 1, w zw. z dyspozycją art. 179 ust. 1 Pzp, tj. wobec braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia (w zakresie Pakietu 3 – jak wyżej). Podobnie, nie ma podstaw do założenia braku interesu w uzyskaniu zamówienia w związku z ewentualnym niepotwierdzeniem się części zarzutów – decyduje bowiem moment, tzn. dzień złożenia odwołania (w zakresie wniosku Zamawiającego o pozostawienie bez rozpatrywania zarzutów w zakresie dotyczącym badania i oceny Abook Sp. z o.o. w Pakiecie 1, w sytuacji bezpodstawności zarzutów wobec oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. – str. 7 odpowiedzi na odwołanie). Powyższe jest podyktowane faktem, że wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej (za wyrokiem KIO 27.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1265/11).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp w zakresie Pakietu 1, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Podobnie, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 Pzp (oferta SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. wpłynęła w terminie na składnię ofert).

W tym zakresie opierając się, przede wszystkim na protokole postępowania, który ma charakter urzędowy oraz dowodach złożonych na rozprawie SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. (w szczególności fakturze oraz harmonogramie, czyli tzw. „Kilometrówce”), które

36

uwiarygodniają stanowisko Zamawiającego. Przedstawione oświadczenie z 05.05.2015 r. Wykonawcy, który świadczył na rzecz SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. usługę transportową i dostarczył przesyłkę do Zamawiającego - jest zgodne w zakresie terminu, tj. dnia oraz godziny z fotografią załączoną jako dowód do odwołania przez Mercator Medical S.A (fotografia wykazu przetargów wpływających do UCK - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku). Podnoszona sprzeczność ma charakter pozorny i wynika raczej z przyjętej

taktyki procesowej, Izba uznała bowiem że sposób pakowania (tj. wymóg Zamawiającego - fizycznego oddzielnego złożenia próbek i oferty ma formalny charakter – Rozdz. IX ust. 6 lit. h oraz lit. l SIWZ) - nie wyklucza złożenia oferty w „kartonie z próbkami”. Nie dotrzymanie przywoływanego wymogu formalnego nie może skutkować brakiem merytorycznej oceny oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. Należy zauważyć, że osoba „przyjmująca” – nie miała prawa otwierać przesyłki przed terminem składania ofert. Przedłożony na rozprawie przez Odwołującego - Mercator Medical S.A. – e-mail z informacją (z 24.04.2015 r.): „*próbki wraz z ofertą*” – w konsekwencji nie ma charakteru sprzecznego z fotografią załączoną jako dowód do odwołania. Konstatacja bowiem de facto stanu wiedzy Zamawiającego uwzględniający czynność otwarcia ofert. Nadto, w ocenie Izby, z załączonej jako dowód do odwołania fotografii wynika, że osoba „przyjmująca” odnotowywała fakt wpłynięcia ofert od danego Wykonawcy w różny sposób – np. względem Wykonawcy ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. – odnotowała jedynie słowo „ZARYS”, stąd należy z dużą dozą ostrożności wyciągać wszelkie negatywne wnioski na jego podstawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie oferty SKAMEX Sp. z o.o. sp. k.:

Względem zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania w Pakiecie 1/zarzut dotyczy dokumentów z oferty ze str. 117-118 – index 4, 132-133 – index 2, 149-150 – index 1/ w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, czyli naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała zarzut za niepotwierdzony. W tym zakresie, Izba także nie stwierdziła naruszenia § 7 ust. 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podobnie, art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a mające swoje oparcie w uzyskanych m.in. w tym zakresie, na wezwanie z 03.04.2015 r., wyjaśnieniach od SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. (str. 4 do 5), co do omyłkowego działania SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. polegającego na przystawieniu na dokumentach datownika z niewłaściwie oznaczoną datą. Izba uznała powyższe kierując się w dużej mierze analogicznym charakterem stanu faktycznego wynikającego z orzeczenia o sygn. akt: KIO 2701/13: „(...) wskazane przez Zamawiającego jako istotne

37

nieprawidłowości w ofercie Odwołującego wcześniejsze niż data wystawienia dokumentu poświadczenia za zgodność z oryginałem mogą co najwyżej świadczyć o omyłkowym działaniu wykonawcy, a nie mogą z pewnością stanowić podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Na omyłkowe działanie po swojej stronie wskazywał sam Odwołujący podkreślając, że osoba przystawiająca datownik na wskazanych dokumentach nie zmieniła na nim ustawienia właściwej daty. Zdaniem Izby okoliczności niniejszej sprawy w sposób ewidentny wskazują na taki omyłkowy charakter działania po stronie wykonawcy. Odwołujący nie mógł fizycznie poświadczyć za zgodność z oryginałem dokumentu na jego kopii jeśliby tego dokumentu (kopii) nie posiadał. Niemożliwe zatem jest potwierdzenie na kopii dokumentu w czasie wcześniejszym niżby ten dokument (jego kopia) była w posiadaniu wykonawcy. Skoro dokumenty te (w kopii) zostały załączone do oferty, to oznacza, że były w posiadaniu wykonawcy. Inną kwestią jest to, że obowiązujące przepisy prawa, w tym przede wszystkim ustawy Pzp, jak i rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie określają technicznych zasad potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. Istotną potwierdzenia za zgodność z oryginałem jest przyjęcie, że osoba dokonująca tego potwierdzenia miała w posiadaniu (zapoznała się) z oryginałem dokumentu i dokonując porównania oryginału dokumentu z jego kopią poświadcza, że kopia została sporządzona w oparciu o znany jej oryginał. Rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 7 ust. 1 wskazuje jedynie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W dalszej części przepisy określają kto tego poświadczenia ma dokonać. Przywołane przepisy nie wskazują jednak, że poświadczenie dokumentów ma odbywać się w określonej dacie, czy też nie nakładają na wykonawców obowiązkowego wymogu określenia przy potwierdzeniu zgodność z oryginałem wskazania daty tego poświadczenia. Przystawienie zatem datownika z nieprawidłową – czy jak w niniejszej sprawie – niemożliwą wręcz datą poświadczenia za zgodność z oryginałem nie mogą prowadzić do uznania za nieprawidłowy oryginalny dokument, czy też tym bardziej uznania nieważności takiego dokumentu. (...).”

Jednocześnie należy podkreślić, że zarzut tego rodzaju wymaga przedłożenia konkretnych dowodów, czemu Odwołujący nie sprostał. Przyjęto bowiem założenia, które są de facto negacją wyjaśnień z 08.04.2015 r., udzielonych w wyniku wezwania do wyjaśnień m.in. w przedmiotowej kwestii i przywołanego orzeczenia, niczym więcej. Założenia, że Przystępujący - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. – dokonując poświadczenia za zgodność z oryginałem nie dysponował oryginałami – albo, że nie mogły one dotrzeć w ciągu jednej doby z Wiednia (siedziba producenta rękawic chirurgicznych), nie są niczym potwierdzone i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

38

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w Pakiecie 1/zarzut dotyczy dokumentów z oferty ze str. 117-118 – index 4, 132 -133 – index 2, 149-150 – index 1/ z uwagi na brak możliwości potwierdzenia wymagań SIWZ oryginałami dokumentów, czyli naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tudzież art. 82 ust. 3 Pzp, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu. W tym zakresie, Izba także nie stwierdziła naruszenia § 7 ust. 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podobnie, art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający, w ocenie Izby, nie miał żadnych podstaw, w wyniku uzyskanych wyjaśnień z 08.04.2015 r. (wskazanych powyżej przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu), co do dalszej weryfikacji i zażądania oczekiwanych przez Odwołującego - Mercator Medical S.A. oryginałów dokumentów ze str. 117-118, 132-133, 149-150 oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k., tym bardziej, że dokumenty na niniejszych stronach w złożonej ofercie były czytelne, a uzyskane wyjaśnienia jednoznaczne. Ponownie Izba podkreśla, że założenia, że Przystępujący - SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. – dokonując poświadczenia za zgodność z oryginałem nie dysponował oryginałami – albo, że nie mogły one dotrzeć w ciągu doby z Wiednia (siedziba producenta rękawic chirurgicznych), nie są niczym potwierdzone i sprzeczne z doświadczeniem życiowym, w dobie obecnego rozwoju środków komunikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień i odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na niezgodność z SIWZ produktu oferowanego w Pakiecie 1 index 2, czyli naruszeniem art. 87 ust.1 Pzp w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tudzież art. 82 ust.3 Pzp, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu. W tym wypadku, Izba podnosi,

że brak było podstaw do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp rozbieżności między próbka a dokumentem ze str. 143 oferty. Nie można zaprzeczyć, że producent może produkować rękawice w różnych opakowaniach na dany rynek, czy też różnie opakowywać poszczególne partie (co w ocenie Izby wynika z dowodu złożonego na rozprawie przez Mercator Medical S.A. – próbki rękawic chirurgicznych z innej partii wyprodukowanej później niż złożona przez Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w postępowaniu). Nie zmienia to faktu, że próbka zaoferowanych w postępowaniu rękawic chirurgicznych – spełniała wymóg w zakresie „opakowania”. Izba nie brała pod uwagę, i uznała za nieistotną okoliczność, że próbka Mercator Medical S.A. została na rozprawę dostarczona „otwarta” w odróżnieniu od próbki Zamawiającego, która była szczelnie zamknięta do chwili otwarcia na rozprawie. W ocenie Izby, z uwagi na

39

jednoznaczne – widoczne cechy przedstawionej w postępowaniu próbki (na rozprawie o sygn. akt: KIO 842/15, którą Izba dopuszcza także jako dowód w odwołaniu o sygn. akt: KIO 862/15) wszelkie dalsze wyjaśnienia były zbędne. Wykonawca zobowiązał się bowiem de facto dostarczać rękawicę w takich „opakowaniach”, zgodnie z deklaracją wynikającą z próbki (na tą okoliczność złożoną – co wprost wskazano w Karcie Oceny Technicznej Rękawic – str. 6 oferty). Nawet, gdyby uznać naruszenie art. 87 ust.1 Pzp, czego Izba nie czyni, to nie miałyby ono wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), co skutkowałoby także oddaleniem. Tym bardziej brak było podstaw do odrzucenia oferty Skamex Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie oferty Abook Sp. z o.o.:

Względem zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Abook Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na przedłożenie na potwierdzenie wymagań dokumentów własnych wykonawcy, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tudzież art. 82 ust.3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W zakresie Karty Danych Technicznych ze str. 35-41 oferty Abook Sp. z o.o., Izba opierając się na okazanych na rozprawie oryginalnych stronach z oferty, uznała za uzasadnione stanowisko Zamawiającego, że powyższe „karty” są dokumentami producenta takimi jak np. ulotki, dokumenty firmowe i nie musiały być podpisane przez producenta. Podpis, zaś Abook Sp. z o.o. na tych stronach oferty, to parafowanie stron w złożonej ofercie. W rezultacie brak jest podstaw do ich negowania i nie brania ich pod uwagę przy ocenie oferty Abook Sp. z o.o. (w ramach Kraty Oceny Technicznej Rękawic). Brak jest jakichkolwiek dowodów na zaprzeczenie powyższej tezie. Izba uznała nadto, że Zamawiający nie opierał się na dokumentach uzyskanych w ramach wyjaśnień z 07.04.2015 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Abook Sp. z o.o. z postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym wypadku Odwołujący dokonał porównania informacji z Karty Danych Technicznych ze str. 36 i 37 oferty z dołączonym jako dowód do odwołania Raportem z inspekcji wysyłki z postępowania z 2014 r. (fotografię fragmentu oferty Abook Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Specjalistyczny im.

40

Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Krakowie pod nazwą: *"Dostawa rękawic chirurgicznych jałowych, rękawic diagnostycznych niejałowych oraz osłonek medycznych jednorazowego użytku zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ"*; numer ogłoszenia: 161896 - 2014, numer nadany przez Zamawiającego w tym postępowaniu: Znak ZP 11/2014 [2 - Jednostronicowe Raporty z Inspekcji Wysyłki /oryginały wraz tłumaczeniem/]. W tym zakresie, Izba wskazuje na następujące okoliczności. Niewątpliwie istnieją różnice we wskazanych danych technicznych. Niewątpliwie także dane techniczne z postępowania dotyczą innych niż zaoferowano w postępowaniu nr partii - rękawic Maxitex i Nuzone X2. W tym zakresie Zamawiający okazał stosowne próbki tych rękawic złożone wraz z ofertą przez Abook Sp. z o.o. (Maxitex - nr serii: 2332370, Nuxone X2 - nr serii: 2358670 – numery podane do protokołu rozprawy). W ocenie Izby, należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, o braku możliwości oceny obu dokumentów. Po pierwsze, dlatego, że dotyczą innych partii (Maxitex – nr 2234160, 2234165, 2234170, 2234175, 2234180, 2234185 & 2234190; Nuzone X2 - nr 2158160, 2158165, 2158170, 2158175, 2158180, 2158185 & 2158190) oraz asortymentu z przed roku (jeden raport dotyczy rękawic Nuzone X2 data produkcji: 2014 - 01, drugi Maxitex: 2014 - 03), po drugie dlatego, że inny jest ich charakter – jeśli bowiem nawet przyjąć złożenie Odwołującego, to załączone przez niego dokumenty dotyczą danych technicznych wysyłki danych partii, zaś dokument z oferty ma pewien poziom ogólności. W znacznej części tabeli Odwołujący neguje przy tym część wartości dopowiadając dodatkowe obostrzenia, co do podanych wartości, nie wskazując z jakich postanowień SIWZ, czy też okoliczności, je wywodzi. Z uwagi na powyższe brak jest dostatecznych podstaw dowodowych do uznania złożenia nieprawdziwej informacji, a taki zarzut został w tym kontekście sformułowany. W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo – wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *"Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może*

być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (*verba legis* "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik

41

postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (*verba legis* "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.". Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu uwzględnienia przez Zamawiającego w ocenie oferty Abook Sp. z o.o. w Pakiecie 1 dokumentów uzupełnionych 07.04.2015 r., czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 Pzp, tudzież art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Niewątpliwie miało miejsce postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (z 03.04.2015 r.). W jego wyniku jednak Abook Sp. z o.o. przedłożyło (07.04.2015 r.) te same dokumenty (co znajdowały się na str. 35-41 oferty), tj. kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem – podkreślając jedynie, jako odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień, miejsca, gdzie znajdowały się oczekiwane przez Zamawiającego informacje. Ponownie należy zaznaczyć, że dostarczone dokumenty – nie były podstawą oceny oferty Abook Sp. z o.o. (w ramach kryterium jakościowego, czy też generalnie w zakresie zgodności z przedmiotem zamówienia), ale oryginalne dokumenty z oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu uwzględnienia przez Zamawiającego w ocenie oferty Abook Sp. z o.o. w Pakiecie 1 dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem w dacie po upływie terminu składnia ofert, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Podstawą oceny oferty Abook Sp. z o.o. (w ramach kryterium jakościowego, czy też generalnie w zakresie w zakresie zgodności z przedmiotem zamówienia) były oryginalne dokumenty z oferty (str. 35-41), a nie strony załączone do wyjaśnień 07.04.2015 r. Z tych względów zarzut jest bezprzedmiotowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

42

Względem zarzutu dotyczącego adnotacji na Karcie Danych Technicznych dla rękawicy Nuzone X2 (Pakiet 1 index 3), czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tudzież art. 82 ust.3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, wskazana na str. 37 oferty adnotacja: „Powyższe informacje są podane bezstronnie i firma zastrzega sobie prawo do zmian dowolnych powyższych danych bez uprzedniego powiadomienia”, nie ma charakteru przesadzającego i świadczy jedynie o tym, że parametry z Karty Danych Technicznych nie mają charakteru stałego. W tym przypadku należy je rozpatrywać w kontekście całej oferty i złożonej próbki dla rękawicy Nuzone X2 (Pakiet 1 index 3). Ewentualne zmiany danych w Karcie Danych Technicznych będzie skutkowało, tym, że byłby to zupełnie inny produkt. Wykonawca, zaś zobowiązał się do dostarczania określonego produktu o wymaganych przez Zamawiającego parametrach (co potwierdza nie tylko przedmiotowa karta, ale i próbka). W tym tonie należy odczytywać udzieloną na wezwanie wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 10.04.2015 r. skierowanego przez Zamawiającego do Abook Sp. z o.o. - odpowiedź Abook Sp. z o.o. z 13.04.2015 r.: „pragniemy potwierdzić, iż wymagane cechy zaoferowanych produktów określone w SIWZ potwierdzone dokumentami zawierającymi klauzule („...”) nie zostaną zmienione przez cały

czas trwania umowy z Zamawiającym". W zakresie adnotacji, Izba wskazuje nadto, że jeśli uznać, że w piśmie 03.04.2015 r. Mercator Medical S.A. informował o tej kwestii Zamawiającego po dokonanych wglądzie do ofert, to można nawet przyjąć, że zarzut w tym zakresie jest spóźniony biorąc pod uwagę sposób liczenia terminu na składanie odwołania wskazany w uchwale SN o sygn. akt: III CZP 107/12 z 28.02.2013 r. Zastosowanie miałby bowiem art. 182 ust. 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia wskazanych powyżej zarzutów, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, czy też art. 91 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 862/15 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 842/15, sygn. akt: KIO 862/15 orzeczenie łączne.

43

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

44