Sygn. akt: KIO 2336/23

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **Neomed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu**

przy udziale: wykonawcy **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrzu**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – w części nr 9 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Neomed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piaseczniew części 1/2 oraz zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu w części 1/2, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;
   3.2. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu na rzecz odwołującego Neomed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2336/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcuprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *Dostawa sprzętu jednorazowego użytku*, numer referencyjny: 78/PNE/SW/2022. Zamówienie podzielone jest na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9.12.2022 r. pod numerem 2022/S 238-684461. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 sierpnia 2023 roku wykonawca Neomed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zwany dalej: „odwołującym", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie – w zakresie części nr 9 - od:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k. (dalej jako: „Zarys");

b)czynności odrzucenia oferty odwołującego;
c)zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
a) art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, w której odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty, w szczególności wymagane przedmiotowe środki dowodowe, a także poprzez brak przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
b) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „Zarys" oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu w zakresie części nr 9:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty „Zarys" jako najkorzystniejszej,
b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
c) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w części nr 9 jest dostawa rękawic nitrylowych. Zamawiający w OPZ określił następujące wymaganie:*„Rękawice zarejestrowane jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat III".*

Ponadto, Zamawiający w Rozdz. X ust. 1 SWZ określił katalog wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wymagał m.in.:
„Certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów" (lit. c).

Odwołujący wyjaśnił, że zaoferował rękawice nitrylowe producenta Zhonghong Pulin. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 12 lipca 2023 r. odwołujący przedstawił następujące przedmiotowe środki dowodowe:
a)Deklarację zgodności UE dla wyrobu medycznego w klasie I;
b)Deklarację zgodności UE dla środka ochrony osobistej w kat III;
c)Certyfikat UE.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego przedstawiając następujące uzasadnienie:
„Wykonawca Neomed Polska Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.07.2023r. nie przedstawił przedmiotowego środka dowodowego w postaci – deklaracji zgodności dla zaoferowanych rękawic producenta Zhonghong Pulin nr katalogowy NBSNG1-S NBSNG1-M NBSNG1-L NBSNG1-XL, potwierdzającej że rękawice zarejestrowane są jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat III., odporne na przenikanie substancji chemicznych, bakterii, grzybów, wirusów i alkoholi zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016. Wystawiona Deklaracja zgodności na podstawie zapisów ww. Rozporządzeniu powinna potwierdzać w jednym dokumencie wymagania dla wyrobu medycznego w klasie I oraz środka ochrony osobistej w kat. III, podczas gdy Wykonawca przedstawił 2 osobne deklarację – jedną dla klasy I wyrobu medycznego , drugą dla kat. III środka ochrony osobistej".

W ocenie odwołującego, zamawiający nie przedstawił pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Odwołujący wskazywał, że z uzasadnienia zamawiającego wynika, że uznanie braku złożenia przedmiotowego środka dowodowego jest konsekwencją przedstawienia przez odwołującego dwóch deklaracji potwierdzających spełnienie wymagań przez oferowany produkt, tj. jednej dla wyrobu medycznego oraz drugiej dla środka ochrony osobistej, a nie jak oczekiwał tego zamawiający jednej wspólnej deklaracji. Według zamawiającego konieczność złożenia jednej wspólnej deklaracji wynika nie tyle z postanowień SWZ, co z treści Rozporządzenia ParlamentuEuropejskiego (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 oraz z treści Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016.

Odwołujący zauważył, że pierwszy akt prawny liczy 175 stron, natomiast drugi 45 stron. W jego ocenie, ogólne odwołanie się do tych dokumentów, bez wskazywania na konkretne przepisy, uniemożliwia polemikę. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający dokonuje czynności odrzucenia na podstawie tak rozbudowanych aktów prawnych to powinien wskazać na konkretne postanowienia, co umożliwiłoby kompleksowe odniesienie się do stanowiska zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu odrzucenia brak jest jakiejkolwiek analizy przepisów wskazanych rozporządzeń. Dodał też, że z uzasadnienia nie wynika dlaczego zamawiający nie mógł zaakceptować

dwóch odrębnych deklaracji. Zamawiający nie wyjaśnił czy w jego ocenie przedłożone przez odwołującego deklaracje są nieważne, wadliwe, czy też fakt złożenia dwóch odrębnych deklaracji uniemożliwia potwierdzenia spełnienia wymagań merytorycznych przez oferowany produkt.

W ocenie odwołującego, wskazane powyżej braki, powinny skutkować uwzględnieniem odwołania. Odwołujący stwierdził, że rozumie, iż zamawiający oczekiwał jednej deklaracji, jednak nie wiadomo z czego dokładnie wynika to oczekiwanie oraz dlaczego przedłożone dokumenty nie zostały zaakceptowane, w szczególności nie wiadomo dlaczego nie były wystarczające do potwierdzenia spełnienia wymagań. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie decyzji zamawiającego winno być tak sformułowane, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Zdaniem odwołującego, ogólne wskazanie na kilkuset stronicowe akty prawne uniemożliwia faktyczną weryfikację czynności zamawiającego.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że dokumenty zamówienia nie wymagały złożenia jednej, łącznej deklaracji. Stwierdził też, że zamawiający opisując w Rozdziale X wymagane przedmiotowe środki użył liczby mnogiej, tj. „deklaracji zgodności". Według odwołującego, jeżeli zamawiający oczekiwał złożenia jednej łącznej deklaracji, to powinno to zostać zastrzeżono wprost w dokumentach zamówienia lub przynajmniej mogła zostać użyta liczba pojedyncza tj. „deklaracja zgodności". Jeżeli zapisy SWZ są niejednoznaczne i dopuszczalna jest szersza interpretacja, to należy przyjąć, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że również OPZ w żaden sposób nie wskazywał na konieczność złożenia łącznej deklaracji. Zamawiający wymagał wyłącznie, aby oferowany produkt był wyrobem medycznym w klasie I oraz środkiem ochrony osobistej w kat III. Odwołujący wskazał, że złożył dokumenty które potwierdzają spełnienie przedmiotowego wymagania. Podał, że oferowany przez niego produkt posiada rejestrację w obu zakresach. Natomiast z uzasadnienia odrzucenia nie wynika, jak fakt posiadania odrębnych deklaracji miałby rzutować na nieskuteczność rejestracji, a co za tym idzie niespełnienie wymagań.

W opinii odwołującego, złożył on wymagane przedmiotowe środki dowodowe, które potwierdziły spełnienie wymagań wynikających z OPZ, tj. złożył deklarację zgodności UE dla wyrobu medycznego w klasie I oraz deklarację zgodności UE dla środka ochrony osobistej w kat III. Dokumenty te są ważne, zgodne ze wskazanymi przez zamawiającego rozporządzeniami oraz potwierdzają rejestrację oferowanego produktu jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat III. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wyjaśnił dlaczego uznaje, że dokumenty nie zostały w ogóle złożone, w szczególności nie wskazał na żadne konkretne postanowienia rozporządzeń, potwierdzające nieważność złożonych deklaracji.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że Deklaracja zgodności stwierdza, że wykazano spełnienie wymagań określonych w aktach unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego mających zastosowanie do wyrobu i takie deklaracje zostały przez odwołującego przedłożone. Natomiast z uzasadnienia zamawiającego nie wiadomo dlaczego przedłożenie dwóch deklaracji miałoby nie potwierdzać spełnienia wymagań określonych w aktach unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego mających zastosowanie do wyrobu. Odwołujący podkreślił, że sam fakt wystawienia dwóch dokumentów nie przesądza o braku spełnienia wymagań merytorycznych przez ten produkt. Zamawiający zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp i odrzucił ofertę odwołującego, pomimo że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Zdaniem odwołującego odrzucenie jego oferty jest niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. W sytuacji, gdy zamawiający nie określił żadnych wymagań formalnych dla deklaracji oraz nie kwestionuje spełnienia merytorycznych wymagań dla wyrobu merytorycznego i środka ochrony osobistej, odrzucenie oferty wyłącznie z powodu złożenia dwóch odrębnych deklaracji, zamiast jednej, deklaracji łącznej stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący dodał, że może się jedynie domyślać, że jedną z przyczyn odrzucenia jego oferty była norma zawarta w art. 15 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016, która stanowi:

„Jeżeli ŚOI podlegają więcej niż jednemu aktowi unijnemu wymagającemu deklaracji zgodności UE, sporządzana jest jedna deklaracja zgodności UE odnosząca się do wszystkich takich aktów unijnych. Deklaracja ta wskazuje odpowiednie unijne akty prawne, łącznie z odniesieniem do ich publikacji".

Odwołujący wyjaśnił, że zalecenie sporządzenia przez producenta jednej deklaracji w żaden sposób nie oznacza, iż sporządzenie odrębnych deklaracji dla rożnych aktów unijnych będzie powodować nieważność wystawionych deklaracji. Żaden przepis wskazanych przez zamawiającego rozporządzeń nie wskazuje na nieważność tak przygotowanych deklaracji. Z punktu widzenia nabywcy (zamawiającego) istotnym jest potwierdzenie przez producenta wymagań merytorycznych określonych odpowiednio dla wyrobu medycznego w klasie I oraz środka ochrony osobistej w kat III. Jak zauważył odwołujący, zamawiający nie kwestionuje spełnienia tych wymagań oraz złożenia przez producenta oświadczenia. Powołany przepis nie oznacza nieważności przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych, co również nie zostało wykazane przez zamawiającego.

Następnie, z ostrożności odwołujący wskazywał na okoliczność złożenia przez siebie certyfikatu. Odwołujący zauważył, że zamawiający wymagał złożenia *„certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów".* W wymogu zastosowano spójnik *„lub"* oznaczający alternatywę. Odwołujący podkreślił, że złożył wymagany certyfikat, co jest wystarczające do spełnienia wymagania zamawiającego. Skoro zaś zamawiający nie kwestionuje złożonego certyfikatu, to nie może być mowy o nie złożeniu przedmiotowego środka dowodowego, wymaganego Rozdz. X ust. 1 lit. c) SWZ. Całe uzasadnienie koncentruje się wyłączne na deklaracji zgodności, co przy treści wymagania oraz złożeniu certyfikatu nie jest - w ocenie odwołującego - wystarczające do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp.

Następnie odwołujący podnosił, że skoro zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty „Zarys" jako najkorzystniejszej, to oznacza, że w sposób nierówny traktował wykonawców, nie zachował zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości. Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. W ocenie odwołującego zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, odwołujący wskazywał, że zasady te doznały poważnego ograniczenia, ponieważ zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty „Zarys" mimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Taki sposób rozstrzygnięcia postępowania – w jego ocenie - stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Pismem z dnia 9.08.2023 r. wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrzu (dalej jako: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22.08.2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z Rozdziałem IV Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ"), zatytułowanym „*Opis Przedmiotu Zamówienia*", ust. 1 jest: Dostawa sprzętu jednorazowego użytku. Przedmiot zamówienia został podzielony na części. Odwołanie dotyczy części nr 9.

Przedmiotem zamówienia w części nr 9 – zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ") – jest: dostawa rękawic nitrylowych, które zgodnie z wymaganiem zamawiającego wskazanym w OPZ powinny być: *„zarejestrowane jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat .III.".*

Jednocześnie w Rozdziale X SWZ – *„Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych"* – w ust. 1, dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą w punkcie 1 lit. c) zamawiający wskazał, że: „*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ:*
c) Certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów".

Odwołujący wraz z ofertą złożył Deklarację Zgodności UE producenta oferowanych produktów Zhonghong Pulin Medical Products Co., Ltd. Deklaracja zgodności dotyczyła jednorazowych rękawiczek ochronnych nitrylowych, bezpudrowych. Ocena zgodności: *„Deklaracja zgodności UE zgodnie z załącznikiem II + załącznik III + art. 19 Rozporządzenia*

MDR(UE) 2017/745".

W dniu 4.04.2023 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia Certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów (zgodne z rejestracją w klasie I i III). W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył Deklarację Zgodności jw.

W dniu 2.06.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego w części nr 9. Wobec czynności wyboru oferty odwołującego odwołanie wniósł przystępujący. W dniu 10.07.2023 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego, a w dniu 12.07.2023 roku wezwał go – na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp - do złożenia certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności zaoferowanych produktów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przedłożył:

1)Deklarację Zgodności UE jw.;
2)Deklarację Zgodności UE wydaną przez Zhonghong Pulin Medical Products Co.,Ltd. dotyczącą rękawic zobrazowanych na zdjęciach, stwierdzająca, iż przedmiot deklaracji opisany w punkcie 2 (w punkcie 2 zamieszczono jedynie zdjęcia produktu) jest zgodny z odpowiednim unijnym prawodawstwem zharmonizacyjnym: Rozporządzenie (UE) 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej;
3)Certyfikat badania nr 2777.18208-02/E00-00 dotyczący jednorazowych, bezpudrowych rekawic nitrylowych.

W dniu 27 lipca 2023 roku zamawiający dokonał wyboru oferty w części nr 9 zamówienia, tj. oferty złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrzu. Jednocześnie zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego: „*na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c) ustawy z dnia 11 września 2019r. Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń*
Uzasadnienie faktyczne
Wykonawca Neomed Polska Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.07.2023r. nie przedstawił przedmiotowego środka dowodowego w postaci – deklaracji zgodności dla zaoferowanych rękawic producenta Zhonghong Pulin nr katalogowy NBSNG1-S NBSNG1-M NBSNG1-L NBSNG1-XL potwierdzającej że rękawice zarejestrowane są jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat III. , odporne na przenikanie substancji chemicznych, bakterii, grzybów, wirusów i alkoholi zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016. Wystawiona Deklaracja zgodności na podstawie zapisów ww. Rozporządzeniu powinna potwierdzać w jednym dokumencie wymagania dla wyrobu medycznego w klasie I oraz środka ochrony osobistej w kat. III, podczas gdy Wykonawca przedstawił 2 osobne deklarację – jedną dla klasy I wyrobu medycznego, drugą dla kat. III środka ochrony osobistej.
Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy".

W dniu 3.08.2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 9 i przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 4.08.2023 roku – tj. przed wyznaczonym terminem rozprawy w niniejszej sprawie – zamawiający poinformował ponownie o wyborze oferty w części nr 9 zamówienia, złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrzu oraz m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego z tożsamym uzasadnieniem, jak w informacji z dnia 27.07.2023 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 7.08.2023 r., a zatem jak słusznie podnosił w odwołaniu, oznacza to, że uczynił zadość wymaganiom określonym w ustawie Pzp i wniósł odwołanie w terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c)

ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał, że odwołujący na wezwanie zamawiającego z dnia 12.07.2023 r. nie przedstawił przedmiotowego środka dowodowego w postaci – deklaracji zgodności dla zaoferowanych rękawic - potwierdzającej że rękawice zarejestrowane są jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat III., odporne na przenikanie substancji chemicznych, bakterii, grzybów, wirusów i alkoholi zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016. Wystawiona Deklaracja zgodności na podstawie powołanych Rozporządzeń powinna potwierdzać w jednym dokumencie wymagania dla wyrobu medycznego w klasie I oraz środka ochrony osobistej w kat. III, podczas gdy Wykonawca przedstawił 2 osobne deklarację – jedną dla klasy I wyrobu medycznego, drugą dla kat. III środka ochrony osobistej.

Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego na wskazanej podstawie prawnej i faktycznej było nieprawidłowe.

Zamawiający zgodnie z SWZ wymagał przedstawienia certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności oferowanych produktów. Nie doprecyzował w żaden sposób wymagań odnośnie żądanych dokumentów.

Słusznie odwołujący podnosił w swoim odwołaniu, że z dokumentacji postępowania nie wynika konieczność złożenia łącznej deklaracji, która w jednym dokumencie potwierdzałaby wymagania dla wyrobu medycznego w klasie I oraz środka ochrony osobistej w kat. III.

Ponadto, w treści SWZ, zamawiający nie tylko nie powołał się na wymóg złożenia jednej (łącznej) deklaracji, ale przede wszystkim nie wskazał, że wymagane przez niego dokumenty mają być wystawione na podstawie rozporządzeń unijnych, wskazanych przez niego w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016.

Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia certyfikatu lub deklaracji zgodności i otrzymał 2 deklaracje – jedną potwierdzającą wymagania dla wyrobu medycznego w klasie I, drugą potwierdzającą wymagania dla środka ochrony osobistej w kat. III. Ponadto, odwołujący złożył też Certyfikat Badania EU (certyfikat wydany na podstawie Rozporządzenia 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej).

Tym samym należy uznać, że odrzucenie oferty odwołującego na wskazanej podstawie jest nieuzasadnione, w sytuacji, gdy zamawiający nie sprecyzował w SWZ, że złożone deklaracje zgodności/ certyfikat mają być sporządzone w oparciu o powołane powyżej rozporządzenia unijne. Nawet jeśli z rozporządzeń tych wynika, że producent jest zobowiązany do sporządzenia jednej, łącznej deklaracji. A taki obowiązek, wynika z:

1) art. 19 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 w sprawie wyrobów medycznych, zmiany Dyrektywy 2001/83/WE, Rozporządzenia (WE) Nr 178/2002 i Rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia Dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG z dnia 5 kwietnia 2017 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 117): *W przypadku gdy wyroby – w kwestiach nieobjętych niniejszym rozporządzeniem – podlegają innym przepisom Unii, w których także ustanowiono wymóg sporządzenia przez producenta deklaracji zgodności UE wykazującej spełnienie wymogów zawartych w tych przepisach, sporządza się jedną deklarację zgodności UE odnoszącą się do wszystkich aktów Unii mających zastosowanie do danego wyrobu. Deklaracja zawiera wszystkie informacje wymagane do identyfikacji przepisów Unii, do których deklaracja ta się odnosi;*
2) art. 15 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia Dyrektyw Rady 89/686/EWG (Dz.Urz.UE.L Nr 81)*jeżeli ŚOI podlegają więcej niż jednemu aktowi unijnemu wymagającemu deklaracji zgodności UE, sporządzana jest jedna deklaracja zgodności UE odnosząca się do wszystkich takich aktów unijnych. Deklaracja ta wskazuje odpowiednie unijne akty prawne, łącznie z odniesieniem do ich publikacji.*

Ponadto, jak słusznie zauważył odwołujący, zamawiający wymagał, aby oferowane rękawice były zarejestrowane jako wyrób medyczny w klasie I oraz środek ochrony osobistej w kat. III, przy czym odwołujący złożył dokumenty, które potwierdzają spełnienie tych wymagań. Zaś z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wynika, że fakt posiadania odrębnych deklaracji miałby rzutować na nieskuteczność rejestracji, a w konsekwencji na nie spełnienie wymagań określonych w SWZ.

Podnoszone na rozprawie kwestie dotyczące wątpliwości co do treści przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Nie stanowiły także podstawy zarzutów podnoszonych przez odwołującego. Dlatego też Izba nie jest uprawniona do orzekania w tym zakresie. Niemniej jednak, należy wskazać, że jeśli istnieją wątpliwości w zakresie treści przedłożonych dokumentów, to zamawiający winien je wyjaśnić.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający przedstawił w sposób jasny i wyraźny uzasadnienie i prawne – podając podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego, jak i faktyczne – czyli wskazując na okoliczność faktyczną, która jego zdaniem przesądzała o konieczności odrzucenia oferty odwołującego. W tym przypadku tą okolicznością faktyczną było to, że wykonawca przedstawił dwie osobne deklaracje – jedną dla klasy I wyrobu medycznego, drugą dla kat. III środka ochrony osobistej. Zamawiający przedstawił też z czego wywodzi obowiązek złożenia deklaracji w jednym dokumencie. Powołał się na konkretne akty prawne, a fakt, że nie odniósł się do bezpośredniej jednostki redakcyjnej, czyli konkretnego przepisu danego aktu prawnego, nie czyni niekompletnym uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, skoro odwołujący w sposób prosty mógł wydedukować o który przepis chodzi. Odwołujący nawet powołał się bezpośrednio na jeden z tych przepisów w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, to Izba stoi na stanowisku, że zarzut ten mógłby być uzasadniony, ale w sytuacji, gdyby odwołujący podnosił go w kontekście oceny oferty z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert, określonych przez zamawiającego. Skoro odwołujący nie kwestionował oceny jego oferty przez pryzmat określonych w SWZ kryteriów oceny ofert, to zarzut - w ocenie Izby – nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Zgodnie zaś z § 5 pkt 1 i 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym m.in. koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Z uwagi na to, że jeden z zarzutów odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp został uwzględniony przez Izbę, a drugi – dotyczący naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp został oddalony przez Izbę, Izba postanowiła obciążyć kosztami postępowania i odwołującego, i zamawiającego w części po 1/2.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie został uwzględniony przez Izbę, ale jak wynika z uzasadnienia odwołania, miał on charakter niesamodzielny i podnoszony był w związku z pozostałymi zarzutami, dlatego też Izba nie wzięła go pod uwagę przy rozstrzygnięciu dotyczącym podziału kosztów.

Wobec powyższego Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600,00 stanowiące koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika zamawiającego. W konsekwencji Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……