

WYROK

z dnia 19 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Medical Clean Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, CTG sp. z o.o.**

z siedzibą w Legnicy, 4 OP Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze:

a) w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego, tj. zarzutu nr 1 odwołania oraz zarzutu IV pkt 1 lit. a) odwołania;

b) w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, tj. zarzutu nr II, V lit. b) pkt 1 lit. e) oraz zarzutu V lit. b) pkt 2 a, b, c, d, e.

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje:

a) wezwania Przystępującego do przedłożenia dokumentów o których mowa w rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 SWZ tj. ulotki dla ANIOS LB 300, ulotki dla ANIOS LB 40, karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF, ulotki dla Niral Gard;

b) ponowną ocenę i badanie ofert;

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. kosztami postępowania obciąża w 1/2 Przystępującego oraz w 1/2 Odwołującego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych),

4.3. znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym i Przystępującym koszty z tytułu zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 068-201695 w dniu 5 kwietnia 2023 r.

W dniu 2 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Medical Clean Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, CTG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 4 OP Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 4 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 poz. 2415, dalej: „rozporządzenie”), poprzez:

a) nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Przystępujący” lub „Wykonawca”) i błędne uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określone w Sekcji III.1.3) pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale 7 dział 2 pkt 1 ppkt 2 SWZ, w szczególności błędne uznanie, iż Wykonawca przedłożył w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 Pzp na tą okoliczność stosowne podmiotowe środki dowodowe, w konsekwencji błędnym uznaniu, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z treścią przedłożonego Wykazu urządzeń w punkcie 2 Wykonawca przewidział do realizacji zamówienia wózek dwuwaderekowy w ilości 3 sztuki, podczas gdy Zamawiający w dokumentach zamówienia w szczególności Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) wskazał wyrażnie, iż wymaga systemu kuwetowego. Sprzęt/urządzenie zaproponowane przez Wykonawcę jest niezgodne z warunkami zamówienia, a tym samym dysponowaniem nim nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu,

b) zaniechanie wezwania do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.1.3) pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale 7 dział 2 pkt 1 ppkt 2 SWZ, w szczególności w postaci Wykazu urządzeń obejmującego urządzenia zgodne z punktem 4 OPZ,

II.art. 18 ust. 1, ust.2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1233 z późn.zm. dalej jako „ustawa o znk”) w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez:

1) błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w nieudostępnionych Odwołującemu dokumentach przedłożonych wraz z pismem z dnia 18 maja 2023 r. oznaczonych prawdopodobnie jako „Opis systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi” wraz z ewentualnymi załącznikami, polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów (wszystkie informacje zawarte ww. dokumentach) podlega utajnieniu, że Wykonawca prawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca prawidłowo wykazał, iż informacje zawarte w ww. dokumentach spełniają przesłanki z art. 11 ustawy o znk, a w konsekwencji:

2) zaniechanie uznania za bezskuteczne dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

3) zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zawartych w ww. dokumentach,

4) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach mimo, iż: (1) dokonane zastrzeżenie jest bezpodstawne (2) Wykonawca nieprawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje te z uwagi na ich treść nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ust 2 ustawy o znk , nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwości ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia a ich ujawnienie nie może narazić Wykonawcy na szkodę (3) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazania przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in. że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają 5 z 22 wartość gospodarczą, podjął działania mające na celu zachowanie informacji w poufności (4) Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (3) wyłącznie niektóre informacje zwarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk oraz (4) mimo że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest ogólne, szampowe i nie odnosi się szczegółowo do uzasadnienia zastrzegania konkretnych informacji znajdujących się w dokumentach, nie identyfikuje konkretnych informacji z uzasadnieniem konieczności każdorazowego wykazania wobec każdej z informacji przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie odnosi się do specyfiki zastrzeganych informacji; Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na spełnienie przesłanej z art. 11 ust. 2 ustawy znk, Konsekwencją zaś powyższych działań jest brak możliwości weryfikacji czy oferta Wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji postawienie stosownych zarzutów w odwołaniu.

III.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez:

1) nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty złożonej przez Wykonawcę i błędne uznanie, że Wykonawca przedłożył wszystkie wymagane w rozdziale 9 dział 2 lit. c dokumenty, podczas gdy w złożonych dokumentach brak jest dokumentów o których mowa w:

a)pkt 4 SWZ dla wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 do OPZ tj. brak jest:

1. Ulotki dla ANIOS LB 300,

2. Ulotki dla ANIOS LB 40,

3. Karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF,

4. Wykonawca załączył kartę charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral a nie wskazał takiego środka w wykazie,

5. Ulotki i karty charakterystyki dla Mors Mleczko,

6. Ulotki dla Niral Gard,

b)pkt 5 SWZ w odniesieniu do środków:

1. INCIDIN Oxy Wipe,

2. INCIDIN Oxy Wipe S,

3. Incidin Active,

4. Medicarine,

5. Actichlor granules,

6. Naner

2) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że Wykonawca nie przedłożył przedmiotowych środków dowodowych, o których była mowa w rozdziale 9 dział 2 lit. c SWZ tj. brak jest dokumentów o których mowa w:

a) pkt 4 SWZ dla wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 OPZ tj. brak jest: 1. Ulotki dla ANIOS LE 300,

2. Ulotki dla ANIOS LB 40,

3. Karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF,

4. Wykonawca załączył kartę charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral a nie wskazał takiego środka w wykazie,

5. Ulotki i karty charakterystyki dla Mors Mleczko,

6. Ulotki dla Niral Gard,

b)pkt 5 SWZ w odniesieniu do środków:

1. INCIDIN Oxy Wipe,

2. INCIDIN Oxy Wipe S,

3. Incidin Active,

4. Medicarine,

5. Actichlor granules,

6. Naner.

Zamawiający w sposób jednoznaczny określił we wspomnianym rozdziale obowiązek przedłożenia wyspecyfikowanych w pkt 4 i 5 dokumentów, z uwagi na charakter tych dokumentów jak i cel jakiemu miało służyć przedstawienie ich w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie można mieć wątpliwości, iż dokumenty te stanowiły przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający nie przewidział procedury z art. 107 ust. 2 Pzp, a zatem niezłożenie ww. dokumentów skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy, a w konsekwencji:

3) wybór oferty Wykonawcy mimo, iż została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych,

4) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej,

IV. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez:

1) nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty złożonej przez Wykonawcę i błędne uznanie, że oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, Wykonawca potwierdził zgodność oferty z warunkami zamówienia w szczególności, iż:

a) zaoferowane w Wykazie produktów chusteczki Incidin Oxy WipeS spełniają wymagania z OPZ, podczas gdy nie są obecnie już dopuszczone do kontaktu z żywnością,

b) Wykonawca przedłożył wszystkie wymagane w rozdziale 9 dział 2 lit. c dokumenty podczas gdy w złożonych dokumentach brak jest dokumentów o których mowa w:

1. pkt 4 SWZ dla wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 do OPZ tj. brak jest:

a. Ulotki dla ANIOS LB 300,

b. Ulotki dla ANIOS LB 40,

c. Karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF,

d. Wykonawca załączył kartę charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral a nie wskazał takiego środka w wykazie,

e. Ulotki i karty charakterystyki dla Mors Mleczko,

f. Ulotki dla Niral Gard,

2. pkt 5 SWZ w odniesieniu do środków:

- a. INCIDIN Oxy Wipe,
- b. INCIDIN Oxy Wipe S,
- c. Incidin Active,
- d. Medicarine,
- e. Actichlor granules,
- f. Naner,

a w konsekwencji:

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia albowiem ww. dokumenty stanowią treść oferty, stanowią przedmiotowe środki dowodowe, nie zaś podmiotowe środki dowodowe bądź innych dokumentów lub oświadczeń w rozumieniu art. 128 Pzp. Ponieważ opisane uchybienia polegające na niezłączeniu wymaganych w SWZ w rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 i 5 dokumentów oraz wskazanie niewłaściwego produktu są nieusuwalne (nie podlegają konwalidacji) w konsekwencji zachodzi niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Niezłączenie dokumentów, które miały potwierdzać zgodność zaoferowanych usług w szczególności produktów i preparatów z konkretnymi wymaganiami, cechami i kryteriami określonymi w SWZ w szczególności w załączniku nr 1 OPZ przekładającymi się na wymagania związane z realizacją zamówienia. W szczególności przedstawienie przedmiotowych środków dowodowych w postaci odpowiednich dokumentów deklaracji zgodności CE (lub dokumentów równoważnych), pozwoleń miało na celu potwierdzenie, że oferowany produkt/preparat został poddany procedurze oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami i posiada oznakowanie zgodności produkt dopuszczony jest do obrotu. Brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów o których mowa powyżej powoduje, że Odwołujący nie potwierdził zgodności oferty z warunkami zamówienia. Podobnie przedstawienie produktu, który jest niezgodny z warunkami zamówienia w szczególności OPZ tj. nie może być stosowany w kontakcie z żywnością na wprost wskazuje na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

a w konsekwencji:

3) wybór oferty Wykonawcy mimo, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia; Ponadto powyższe doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów, (1) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (2) co do których nie wykazano przesłanek z art. 11 ust 2 ustawy znk, (3) które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; ponadto sama decyzja o odmowie udostępnienia nie zawierała żadnego uzasadnienia, odmowę Odwołujący wywodzi z faktu nieudostępnienia ww. Informacji zawartych w ww. dokumentach, nie są mu jednak znane motywy takiego postępowania Zamawiającego.

ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności w przypadku nie podzielenia opisanej powyżej kwalifikacji dokumentów z w rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 i 5 SWZ i uznaniu ich za podmiotowe środki dowodowe ewentualnie za inne dokumenty i oświadczenia o których mowa w art. 128 ust. 1 Pzp zarzucam naruszenie:

V.art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechania wezwania Wykonawcy do przedłożenia: a) poprawnego produktu chusteczek dopuszczonych do kontaktu z żywnością,

b) dokumentów o których mowa w rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 i 5 SWZ tj. dokumentów o których mowa w:

1. pkt 4 SWZ w postaci:

- a) Ulotki dla ANIOS LB 300,
- b) Ulotki dla ANIOS LB 40,
- c) Karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF,

d) Wykonawca załączył kartę charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral a nie wskazał takiego środka w wykazie,

e) Ulotki i karty charakterystyki dla Mors Mleczko,

f) Ulotki dla Niral Gard,

2. pkt 5 SWZ w odniesieniu do środków:

- a) INCIDIN Oxy Wipe,
- b) INCIDIN Oxy Wipe S,
- c) Incidin Active,
- d) Medicarine,
- e) Actichlor granules,
- f) Naner.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania w całości,

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,

III. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym odrzucenie oferty Wykonawcy,

ponadto wniósł o:

IV. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

ewentualnie wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania w całości,

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,

III. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym: 1) wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.1.3) pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu, w rozdziale 7 dział 2 pkt 1 ppkt 2 SWZ, w szczególności w postaci Wykazu urządzeń obejmującego urządzenia zgodne z punktem 4 OPZ,

2) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w nieudostępnionych Odwoływającemu dokumentach przedłożonych wraz z pismem z dnia 18 maja 2023 r. oznaczonych prawdopodobnie jako „Opis systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi” wraz z ewentualnymi załącznikami,

3) dokonania czynności polegającej na odtajnieniu (ujawnieniu) całości lub w odpowiedniej części informacji zawartych ww. nieudostępnionych Odwoływającemu dokumentach przedłożonych wraz z pismem z dnia 18 maja 2023 r. oznaczonych prawdopodobnie jako „Opis systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi” wraz z ewentualnymi załącznikami,

4) udostępnienie Odwoływającemu powyższych dokumentów i informacji,

5) wezwania Wykonawcy do przedłożenia dokumentów o których mowa w rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 i 5 SWZ tj. dokumentów o których mowa w:

a) pkt 4 SWZ dla wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 do OPZ tj. brak jest:

1. Ulotki dla ANIOS LB 300,

2. Ulotki dla ANIOS LB 40,

3. Karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF,

4. Wykonawca załączył kartę charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral a nie wskazał takiego środka w wykazie,

5. Ulotki i karty charakterystyki dla Mors Mleczko,

6. Ulotki dla Niral Gard,

b) pkt 5 SWZ w odniesieniu do środków:

1. INCIDIN Oxy Wipe,

2. INCIDIN Oxy Wipe S,

3. Incidin Active,

4. Medicarine,

5. Actichlor granules,

6. Naner.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia:

1. Zarzut II pkt 4) odwołania, dotyczący błędnej oceny i błędnego uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego.

2. Zarzut V lit. b):

- pkt.1 lit. a) ,b), c) d), e), f) i

- pkt 2 a), b),d),e),f) dotyczący zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów z rozdziału 9 działu 2 lit. c SWZ pkt. 4 i 5 SWZ na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zamawiający na rozprawie oświadczył również o uwzględnieniu zarzutu V lit. b pkt 2 c).

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwoływający w piśmie procesowym z dnia 15 czerwca oświadczył o częściowym wycofaniu:

1. w całości zarzut I naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 4 i 10 rozporządzenia poprzez:

a) nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez Wykonawcę i błędne uznanie, że: Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej określone w Sekcji III.1.3) pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale 7 dział 2 pkt 1 ppkt 2 SWZ, w szczególności błędne uznanie, iż Wykonawca przedłożył w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 Pzp na tą okoliczność stosowne podmiotowe środki dowodowe, w konsekwencji błędnym uznaniu, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków

udziału w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z treścią przedłożonego Wykazu urządzeń w punkcie 2 Wykonawca przewidział do realizacji zamówienia wózek dwuwiaDERKOWY w ilości 3 sztuki, podczas gdy Zamawiający w dokumentach zamówienia w szczególności Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) wskazał wyraźnie, iż wymaga systemu kuwetowego. Sprzęt/urządzenie zaproponowane przez Wykonawcę jest niezgodne z warunkami zamówienia, a tym samym dysponowaniem nim nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu,

b) zaniechanie wezwania do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.1.3) pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale 7 dział 2 pkt 1 ppkt 2 SWZ, w szczególności w postaci Wykazu urządzeń obejmującego urządzenia zgodne z punktem 4 OPZ,

2. w części zarzut IV naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp tj. wyłącznie zakres zarzutu naruszenia poprzez:

1) nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty złożonej przez Wykonawcę i błędne uznanie, że oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, Wykonawca potwierdził zgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowania w Wykazie produktów chusteczki Incidin Oxy WipeS spełniając wymagania z OPZ, podczas gdy nie są obecnie już dopuszczone do kontaktu z żywnością.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15 czerwca 2023 r. oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr V lit. b) pkt 1 a), b), c), d), f, (wezwanie do uzupełnienia ulotek dla Anios LB 300, Anios LB 40, karty charakterystyki dla Merida Velox TOP AF, nie uznania karty charakterystyki dla Velox Spray za kartę charakterystyki dla Merida Velox Top AF, ulotki dla Niral Gard), - zarzutu V lit. b) pkt 2 f). (wezwanie do uzupełnienia dokumentu - pozwolenia na obrót produktem biobójczym NANER).

W pozostałym zakresie Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale 9 „Wykaz podmiotowych środków dowodowych” dział 2 lit. c jako podmiotowe środki dowodowe wymienił:

4	Ulotki i karty charakterystyki do wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 OPZ
5	W przypadku preparatów dezynfekcyjnych (określonych w załączniku nr 1 OPZ) wymagane są dokumenty dopuszczające do obrotu – w przypadku preparatów przeznaczonych do stosowania w obszarach medycznych – deklaracja CE, certyfikat CE, zgłoszenie/ potwierdzenie dokonania zgłoszenia w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, a w przypadku preparatów przeznaczonych do stosowania w obszarach niemedykalnych w tym również do powierzchni mających kontakt z żywnością – pozwolenie na obrót produktem biobójczym;

Ponadto w rozdziale 9 SWZ Zamawiający ustalił, że:

„4)Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

5)Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych.

6)Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie postępowania, wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.”

Jak wynika ponadto z rozdziału 10 SWZ Zamawiający nie wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Izba zważyła:

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się de facto do wykładni postanowień SWZ w zakresie

charakteru żądanych przez Zamawiającego w Rozdziale 9 dział 2 lit. c pkt 4 i 5 SWZ dokumentów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Udostępnienie SWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. Niewątpliwie, Zamawiający jako gospodarz postępowania ponosi odpowiedzialność za prawidłowe, zgodne z własnymi oczekiwaniami sformułowanie poszczególnych wymagań, w tym rodzaju dokumentów żądanych w postępowaniu. Jakakolwiek nadinterpretacja postawionych wymagań czy rozszerzająca ich wkládania jest niedopuszczalna po terminie składania ofert. Zamawiający nie może badać i oceniać ofert przez pryzmat nieuzewnętrznionych oczekiwań, a ich niespełnieniem obarczać wykonawcę. Takie działanie godzi w zasadę przejrzystości postępowania, gdyż wykonawca składa ofertę bazując na treści SWZ.

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że Zamawiający w rozdziale 9 SWZ w sposób jasny i precyzyjny zakwalifikował żądane przez siebie dokumenty jako podmiotowe środki dowodowe. Ponadto w rozdziale 10 SWZ wprost wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie żąda on od wykonawców przedmiotowych środków dowodowych.

W konsekwencji skoro z przygotowanych i udostępnionych przez Zamawiającego postanowień SWZ, które to postanowienia nie zostały w trakcie postępowania zakwestionowane – wynikało, że żądane przez niego dokumenty stanowią podmiotowe środki dowodowe, to nie można – jak obecnie czyni to Odwołujący – zarzucać Przystępującemu, że nie złożył on wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, co wiązałoby się z koniecznością odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że jak wyżej wskazano niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. W związku więc z okolicznością, że Zamawiający w rozdziale 9 SWZ przewidział, że „jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie postępowania, wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia” to w związku z potwierdzeniem się zarzutu ewentualnego konieczne stało się wezwanie Przystępującego do uzupełnienia „podmiotowych” środków dowodowych.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem 9 „Wykaz podmiotowych środków dowodowych” dział 2 lit. c pkt 4 SWZ Zamawiający żądał złożenia ulotek i karty charakterystyki do wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 OPZ.

Niewątpliwie, co nie zostało zakwestionowane przez Przystępującego nie złożył on dla produktów dla produktów Anios LB 40, Anios LB 300 i Niral Gard ulotek, wymaganych przez Zamawiającego. Dlatego też obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów dla tych produktów. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, że dla ww. produktów wydawane są jedynie karty charakterystyki wskazać należy po pierwsze, że Odwołujący wykazał na rozprawie składając dowody, że dla produktów Anios LB 40 oraz 300 istnieją ulotki, a więc możliwe jest ich złożenie Zamawiającemu. Po drugie, kwestionowanie obecnie wymogu dotyczącego jednoczesnego złożenia ulotek i kart charakterystyki, a także wykazywanie, że dla produktów chemicznych ulotki nie są wystawiane, a także, że w karcie charakterystyki zawarte są informacje tożsame jak w ulotce, wskazać należy, że takie działanie jest spóźnione. Skoro z SWZ wynikał obowiązek złożenia zarówno ulotki oraz karty charakterystyki, to obowiązkiem wykonawcy jest przedłożenie Zamawiającemu takich dokumentów.

Kolejno Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut Odwołującego dotyczący braku złożenia karty charakterystyki dla Merida Velox Top AF oraz okoliczności złożenia karty charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral, pomimo

braku wskazania go w wykazie. Przystępujący złożył na rozprawie jako dowód wydruk ze strony internetowej jako wykazanie okoliczności takiego stanu rzeczy. Jednak w ocenie Izby to rolą Zamawiającego jest zwrócenie się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp odnośnie złożenia przez tego wykonawcę karty charakterystyki dla produktu Merida Velox Top AF spray, pomimo, że wykonawca wskazał na produkt Merida Velox Top AF. Zamawiający zobligowany jest ustalić, przyczyny złożenia karty charakterystyki dla środka Velox Spray wersja Neutral, oraz o wykazanie, że produkt firmy Medisept „Velox Spray – wersja – Neutral” to jest ten sam produkt co wskazany przez Przystępującego Merida Velox Top AF spray. Zauważyć bowiem należy, że jak wynika z przedłożonych przez Odwołującego dowodów produkty te się różnią, bowiem inne są obszary biobójcze i zastosowania, a także spektrum działania Velox Top AF i Velox Spray. Ustalenie natomiast w wyniku udzielonych wyjaśnień, że przedłożona karta charakterystyki Medisept „Velox Spray wersja Neutral” nie dotyczy Merida Velox TOP AF spowoduje po stronie Zamawiającego konieczność wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wymaganego dokumentu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku złożenia wymaganych dokumentów dla Naner wskazać należy, że Izba ustaliła, że jak wynika z akt postępowania Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów - przekazał Zamawiającemu decyzję Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych WYROBÓW MEDYCZNYCH I PRODUKTÓW BIOBÓJCZYCH z dnia 26.03.2021r. nr PB.7704.19.z1.87.2021, dotyczącą pozwolenia na wprowadzenie do obrotu, która jest aktualizacją pozwolenia 7704/19 z dnia 29.03.2019r.

Odwołujący w treści odwołania poza lakonicznym wskazaniem, że Przystępujący nie złożył wymaganych dokumentów nie wskazał, dlaczego złożona przez Przystępującego decyzja nie stanowi w jego ocenie pozwolenia na obrót produktem biobójczym. Dopiero na rozprawie Odwołujący wykazywał, że decyzja aktualizacyjna jest niekompletna i konieczne jest złożenie decyzji pierwotnej. Jednakże w treści odwołania brak jakiegokolwiek wskazania na ww. okoliczność. Izba stwierdziła więc, że zarzut został sporządzony w sposób blankietowy bez jakiegokolwiek doprecyzowania podstaw jego sformułowania, co skutkowało koniecznością jego oddalenia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że odwołanie okazało się zasadne w części 1/2 oraz chybione w części 1/2. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 1/2 i Przystępujący w części 1/2. Izba zasądziła więc od Przystępującego na rzecz Odwołującego połowę wpisu od odwołania, tj. kwotę 7500 zł oraz działając na podstawie § 7 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia zniósła pomiędzy Odwołującym i Przystępującym koszty zastępstwa procesowego.

Przewodnicząca:.....