

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2020r. przez wykonawcę **SKAMEX sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Łodzi**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wycofanego przez Odwołującego,
- 2) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Zabrzu i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 3) Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kwotę 18600 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę rękawic chirurgicznych i diagnostycznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2020r., pod numerem 2020/S 164-398183.

W dniu 6 listopada 2020r. Odwołujący - Skamex sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Łodzi wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie pozycji nr 5, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór, w zakresie pakietu nr 5 oferty złożonej przez wykonawcę ZARYS INTERNATIONAL GROUP Sp. o. o., sp. k. z siedzibą w Zabrze, (dalej „ZARYS”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZARYS pomimo, że jej treść jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "SIWZ");
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 96 ust. 3 Pzp w związku z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016r., poz. 1128), poprzez zaniechanie udostępnienia treści oferty wykonawcy ZARYS oraz wyjaśnień i uzupełnień tej oferty.

Odwołujący w oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 5,
- 2) udostępnienia treści oferty wykonawcy ZARYS oraz wyjaśnień i uzupełnień tej oferty,
- 3) przeprowadzenie dowodu z treści oferty złożonej przez ZARYS, o którego przeprowadzenie Odwołujący wnosi w niniejszym odwołaniu,
- 4) dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez Wykonawcę ZARYS,
- 5) dokonanie powtórnej oceny ofert, w efekcie czego
- 6) uznanie że, oferta złożona przez ZARYS podlega odrzuceniu,

7) uznanie że Odwołujący, w zakresie pakietu nr 5 złożył ofertę najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający postępowanie na dostawę rękawic chirurgicznych i diagnostycznych podzielił na pakiety. W zakresie pakietu nr 5 Zamawiający w SIWZ wymagał, aby rękawice cechowały się m. in. „siłą przy zrywaniu min. 7 N (przed starzeniem)”. Zaoferowane przez wykonawcę ZARYS rękawice o nr katalogowym RLB03x (easyCare Latex PF), zgodnie z materiałami producenta ZARYS — Karta Techniczna TD49 cechują się siłą zrywania przed starzeniem min 6 N, co jest wprost niezgodne z wymaganiami SIWZ. Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że wytrzymałość na zrywanie jest parametrem fizycznym, którego precyzyjna ocena wymaga dokonania specjalistycznych pomiarów. Jeśli w obrocie są dostępne rękawice o parametrach spełniających i nie spełniających wymagań Zamawiającego oznaczone tym samym numerem katalogowym to niemożliwe jest ich rozróżnienie i weryfikacja prawidłowości realizacji zamówień. Zatem oferta ZARYS winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący stwierdził ponadto, że wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przepisów ustawy, jest krzywdzące i niesprawiedliwe dla pozostałych wykonawców. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są więc zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców, a postępowanie Zamawiającego w postępowaniu powyższe zasady narusza.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, treści oferty wykonawcy ZARYS, dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego przez tego wykonawcę - w tym raportów z badań zaoferowanych rękawic o numerze katalogowym RLB03x, a także przeprowadziła dowód z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie oraz dołączonych do odwołania.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Na wstępie wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślić należy, że Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie zgodności treści oferty z SIWZ jedynie na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie Zamawiającego), co ocenia prawidłowość badania i oceny oferty z SIWZ, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

Izba stwierdziła, że z przedłożonego przez Odwołującego dowodu, tj. karty technicznej rękawic diagnostycznych TD-49, zaoferowanych przez ZARYS wynika, że siła ich zrywu (N) wynosi min. 6. Powyższe potwierdza również przedłożony przez Odwołującego raport z badań rękawic, przeprowadzonych przez ich producenta, tj. spółkę ZARYS International Group. W raporcie tym wskazano, że parametr ten waha się od 6.67 N a 6.99 N, a więc nie spełnia wymogu odnoszącego się do siły zrywu określonego w SIWZ na poziomie 7N.

Odnosząc się do przedłożonego przez wykonawcę ZARYS raportu z badania technicznego rękawic przeprowadzonego przez Messrs. SGS. (Malezja) Sdn. Bhd., z którego wynika, że rękawice przekazane do testów spełniają wymóg techniczny odnoszący się do siły zrywu (7N) to wskazać należy, że z uwagi na fakt, że informacje wynikające z karty technicznej producenta rękawic (ZARYS) oraz z raportu badań producenta (ZARYS) pochodzą z roku 2019r., a badania przeprowadzone przez podmiot w Malezji z 2015r., Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że parametry techniczne rękawic należało oceniać na podstawie aktualnych dokumentów publikowanych i udostępnianych przez ich producenta. Z uwagi natomiast, że pomiędzy raportem z badania przeprowadzonego w Malezji a dokumentami pochodzącymi bezpośrednio od producenta istnieje sprzeczność w zakresie m. in. parametru dotyczącego siły zrywu, Izba w składzie orzekającym dała wiarę dowodom złożonym przez Odwołującego, tj. dokumentom pochodzącym bezpośrednio od producenta rękawic – firmy ZARYS. Doświadczenie życiowe pozwala bowiem sądzić, że to producent najlepiej wie jakie parametry posiada wytwarzany przez niego towar i w konsekwencji parametry te uwidacznia zarówno w jego karcie technicznej jak i raporcie z ich badań (które są ze sobą zbieżne). Uwzględniając więc powyższe okoliczności, skład orzekający stwierdził, że zaoferowany przez wykonawcę ZARYS produkt jest niezgodny z SIWZ, bowiem parametr siły zrywu jest niższy niż 7N. Zamawiający zobligowany był więc do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie powyższej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu i zasadne czyniło zarzuty odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na brak substratu zaskarżenia w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2020r., złożonym jeszcze przed otwarciem rozprawy poinformował, że unieważnił postępowanie w pozycji nr 5 w dniu 19 listopada 2020r. Z treści powyższego pisma jak również z dołączonej do niego informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 19 listopada 2020 r. nie wynikało natomiast, że Zamawiający unieważnił oprócz postępowania także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ZARYS. Nadto – co istotne – na moment rozstrzygania niniejszego sporu, czynność Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie była jeszcze decyzją prawomocną i może ona zostać zaskarżona przez wykonawców.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć wpływ na wynik tego postępowania, z uwagi na fakt, że decyzja o unieważnieniu

postępowania, nie jest na moment orzekania decyzją prawomocną, a Zamawiający – co jest istotne w tej sprawie – nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej którą w niniejszym postępowaniu zakwestionował Odwołujący - pozostawiając tę czynność w postępowaniu. W konsekwencji Izba wobec brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, zobowiązana była do rozpatrzenia merytorycznie zarzutów odnoszących się do wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż czynność ta nie została unieważniona przez Zamawiającego. Tym samym na chwilę orzekania dalej istniał substrat zaskarżenia w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, a Izba nie dokonując badania zarzutów merytorycznie mogłaby - w przypadku ewentualnego zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania ze skutkiem pozytywnym dla Odwołującego – doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca po wzruszeniu czynności unieważnienia postępowania pozbawiony byłby możliwości skarżenia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Zabrze na późniejszym etapie, np. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Dlatego też Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZARYS i uwzględniając odwołanie zobowiązała Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty tego wykonawcy oraz do odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba wskazuje ponadto, że w sytuacji wzruszenia przez Izbę czynności unieważnienia postępowania, Zamawiający zobligowany będzie ponownie przeprowadzić czynność oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu w pozycji nr 5.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: