

WYROK
z dnia 24 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2014 r. przez wykonawcę: **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków, i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej**

30, 31-327 Kraków, w tym kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od wykonawcy: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** na rzecz wykonawcy: **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** na rzecz zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę rękawic diagnostycznych i chirurgicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2013/S 193-332398 w dniu 4 października 2013 r.

Pismem z dnia 2 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawcę Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Łodzi o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu Nr 1 – oferty złożonej przez firmę Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie. Oferta firmy Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo akcyjna została uznana za odrzuconą w związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania w zakresie pakietu Nr 1 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie zamieścił w ofercie wymaganego w pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ raportu z wynikami badań potwierdzonego przez producenta lub niezależną jednostkę, nie starszego niż 24 miesiące. W wyniku uzupełnienia dokumentów wykonawca złożył raport, który nie dotyczy zaoferowanej rękawiczki o nazwie „AURELIA”, a tym samym nie odpowiada zaoferowanemu asortymentowi.

Wykonawca - Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna wniósł odwołanie wobec czynności:

- a/ wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie pakietu Nr 1,
- b/ odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu Nr 1,
- c/ wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu Nr 1 oferty firmy: Mercator Medical S.A. zamiast oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w ramach prowadzonego postępowania przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez co naruszony został interes prawny odwołującego, gdyż ww. nieuprawnione działanie zamawiającego pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie pakietu Nr 1.

Odwołujący wyjaśnił, że w punkcie 8 załącznika nr 6 do SIWZ pakietu Nr 1 zamawiający wymagał załączenia do oferty raportu z wynikami badań potwierdzonymi przez producenta lub niezależną jednostkę, nie starsze niż 24 miesiące.

W ofercie odwołującego na stronach nr 25 i 27 znajduje się spełniający wymagania raport nie starszy niż 24 miesiące o nazwie „Deklaracja Producenta”, zawierający wyniki badań na przenikalność związków chemicznych i cytostatyków dla rękawic o nazwie własnej „Aurelia” 3,2 stanowiących przedmiot oferty odwołującego. W ww. dokumencie wskazano, że badania wykonano w warunkach laboratoryjnych. Tak więc podjęte przez zamawiającego w stosunku do odwołującego czynności w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie do uzupełnienia oferty o rzeczony „raport” w zakresie przedmiotu jego oferty - rękawic „Aurelia” (pismo z dnia 16 grudnia 2013 r.) uznać należy za nieuzasadnione, a tym samym bezprawne.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu Nr 1,
- unieważnienia czynności wykluczenia Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna oraz unieważnienia czynności uznania jej oferty za odrzuconą w zakresie pakietu Nr 1,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu Nr 1 z uwzględnieniem oferty Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Wykonawca Mercator Medical S.A. zgłosił w dniu 16 stycznia 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 22 stycznia 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Wykonawca Mercator Medical S.A. złożył w dniu 23 stycznia 2014 r. sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Przystępujący podniósł, że wywody odwołującego dotyczące nieuprawnionego wezwania do uzupełnienia dokumentów należy uznać za spóźnione. Odwołujący nie kwestionował wezwania w terminie na wniesienie odwołania od tej czynności, a nadto dokonał uzupełnienia dokumentów, co może wskazywać, że zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że raport, o którym mowa w odwołaniu nie znalazł się w pierwotnej ofercie. Uzupełniony przez odwołującego raport

dotyczy natomiast rękawic diagnostycznych nitrylowych o długości 270-275 mm, tj. nie dotyczy rękawic zaopierzanych przez odwołującego zgodnie z treścią formularza asortymentowo – cenowego dla zadania nr 1 (rękawice diagnostyczne o nazwie AURELIA, o długości 240 mm). Przystępujący podniósł, że odwołujący nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie:

1. Braku wyników badań na zgodność z EN 455, EN 420, EN-374-2,
2. Niezgodność raportów oraz próbek w zakresie badanych substancji chemicznych, dla których przeprowadzono testy zgodnie z EN 374-3,
3. Brak próbki zgodnej z SIWZ.

Przystępujący podniósł, że odwołujący nie przedstawił w ofercie wyników badań na zgodność z EN 374-2, EN 455 i EN 420 zgodnie z wymaganiem pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ, a jedynie przedstawił wyniki badań w formie „deklaracji producenta” na zgodność z EN 374-3. Uzupełniony raport z badań nr 13.03699.01 dotyczy rękawic, które nie były objęte przedmiotem zamówienia.

Ponadto, przystępujący zarzucił brak zgodności raportów oraz próbek w zakresie badanych substancji chemicznych, dla których przeprowadzono testy zgodnie z EN 374-3. Wskazał, że nie wszystkie substancje chemiczne deklarowane na opakowaniu oferowanych rękawic zostały przebadane i przedstawione we wspomnianej powyżej deklaracji z wynikami badań.

Zdaniem przystępującego, odwołujący załączył do oferty próbkę, która nie spełnia wymogu III kategorii Środków Ochrony Indywidualnej, ponieważ nie jest prawidłowo oznakowana nazwą, numerem ani adresem Jednostki Notyfikowanej, która przeprowadziła ocenę typu WE w zakresie Środków Ochrony Indywidualnej, a uzupełnienie próbki nie jest możliwe w trybie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Mercator Medical S.A. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, którego oferta została wybrana w zakresie pakietu nr 1 jako najkorzystniejsza.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 zostały złożone 4 oferty. Zamawiający przewidział w SIWZ ocenę ofert według kryteriów: cena oraz jakość.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt VI ust. 4 zamawiający określił dokumenty wymagane w ofercie w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że należy dołączyć do oferty dokumenty wymagane zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ (formularz asortymentowo-cenowy).

W punkcie 8 załącznika nr 6 do SIWZ dla pakietu Nr 1 (formularz asortymentowo-cenowy) w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ zamawiający wymagał załączenia do oferty „raportu z wynikami badań potwierdzonymi przez producenta lub niezależną jednostkę, nie starsze niż 24 miesiące”. W żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie określił zakresu badań objętego ww. raportem oraz nie wskazał, jakie parametry lub wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia mają być potwierdzone za pomocą przedmiotowego raportu.

Odwołujący złożył w ofercie załącznik nr 6 do SIWZ, w którym potwierdził w kolumnie trzeciej tabeli spełnienie „wymagań bezwzględnych” określonych przez zamawiającego podkreślając odpowiedź „Tak” we wszystkich 11 pozycjach, w tym w pozycji nr 8. W kolumnie czwartej tabeli („szczegółowy opis wymagań”) odwołujący zawarł informacje dotyczące poszczególnych pozycji, a w kolumnie piątej „nr strony oferty potwierdzającej opis” podane zostały odpowiednie numery stron oferty. W pozycji nr 8 ww. tabeli odwołujący wskazał stronę 25 oferty, na której znajduje się dokument złożony w celu potwierdzenia wymagania w zakresie ww. raportu z wynikami badań, tj. „Deklaracja Producenta” – firmy MAXTER GLOVE MANUFACTURING SDN.BHD z dnia 18 lipca 2013 r. zawierająca wyniki badań laboratoryjnych według metody EN 374-3 (omyłkowo w tłumaczeniu podano EN 374-2) na przenikalność związków chemicznych cytostatyków dla rękawic o nazwie własnej „Aurelia” 3,2 stanowiących przedmiot oferty odwołującego oraz potwierdzenie zgodności rękawic nitrylowych 3,2 Mil i 4,5 Mil z normami EN 455 – 1,2,3,4. Odwołujący przedłożył także kartę katalogową (str. 26A oferty) potwierdzającą zgodność ww. oferowanych rękawic z normami: EN 455 – 1,2,3,4, EN 374 1,2,3, EN420, ASTM F1671, a także deklaracje zgodności (str. 21 – 24 oferty).

Pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia raportu, o którym mowa w pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ. Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie złożył raport z badań dotyczący rękawic diagnostycznych nitylowych o długości 270-275 mm, tj. nie dotyczący rękawic zaoferowanych przez odwołującego, zgodnie z treścią formularza asortymentowo – cenowego dla pakietu nr 1 (rękawice diagnostyczne o nazwie AURELIA, o długości 240 mm). Okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami.

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia raportu wraz z wynikami badań, wymaganego zgodnie z pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ. Termin do wniesienia odwołania (10 – dniowy) w zakresie tego zarzutu należy liczyć od daty otrzymania wezwania, tj. od dnia 16 grudnia 2013 r. Ponadto Izba stwierdziła zasadność zarzutów naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 82 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 Pzp. Izba zważyła, jak poniżej.

Pomimo niezakwestionowania przez odwołującego w ustawowym terminie na wniesienie odwołania czynności wezwania do uzupełnienia raportu z badań, odwołanie podlega rozpoznaniu w zakresie zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania, która to decyzja została podjęta przez zamawiającego w dniu 2 stycznia 2014 r. Do ostatecznej oceny oferty w zakresie spełniania wymagań SIWZ muszą być brane zatem pod uwagę zarówno dokumenty złożone pierwotnie w ofercie, jak i dokumenty uzupełnione. W przedmiotowej sprawie dokument uzupełniony nie dotyczy zaoferowanego przez odwołującego przedmiotu zamówienia, co nie było sporne pomiędzy stronami, zatem należało uznać, że dokument ten nie potwierdza spełnienia wymagania określonego w pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ.

W świetle zebranego materiału dowodowego Izba stwierdziła natomiast, że dokument złożony przez odwołującego pierwotnie w ofercie, tj. „Deklaracja Producenta” (str. 25 i 27 oferty) potwierdza spełnienie wymagania pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ. W ocenie Izby, dokument ten niezależnie od jego nazwy - „raport” czy też „deklaracja producenta” - jest dokumentem zawierającym wyniki badań, potwierdzone przez producenta i został wystawiony w wymaganym przez zamawiającego terminie. Zarówno odwołujący, jak i zamawiający oraz przystępujący byli zgodni co do braku znaczenia samej nazwy wymaganego dokumentu. Dokument ten zawiera informacje określone w pkt 8 ww. formularza.

Przystępujący podnosił jednak w sprzeciwie, że ww. dokument nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż nie zawiera wyników badań na zgodność z normami EN 455, EN 420, EN-374-2, a jedynie wyniki badań w formie „deklaracji producenta” na zgodność z EN 374-3. Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem. Skoro zamawiający nie określił w specyfikacji ani zakresu badań, ani parametrów, które mają być potwierdzone w raporcie, to nie ma podstaw do uznania, że wymagany raport miał zawierać wyniki badań na zgodność z normami EN 455, EN 420, EN-374-2, tj. w zakresie określonym w pkt 6 i 7 załącznika nr 6 do SIWZ. W specyfikacji nie ma jakichkolwiek wskazówek, choćby w sposób pośredni, pozwalających na wywodzenie takich wniosków. Wręcz przeciwnie, skoro w tabeli w pkt 6, 7 i 8 wymagania zostały wymienione równorzędnie w kolejności, i dla każdego z tych wymagań należało podać stronę oferty, na której znajduje się potwierdzenie spełnienia danego wymagania, to nie można przyjąć, że dokument potwierdzający wymaganie zawarte w pkt 8 musiał potwierdzać wymagania z pkt 6 i 7. Takiego zastrzeżenia brak jest w specyfikacji, co potwierdził sam przystępujący na rozprawie. Podkreślić należy, że na etapie oceny ofert zamawiający nie może zaostrzyć wymagań, poprzez rozszerzającą interpretację postanowień zawartych w SIWZ, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wszelkie wątpliwości co do treści SIWZ, wynikające z błędów zamawiającego przy sporządzaniu specyfikacji, należy interpretować na korzyść wykonawców, co potwierdza jednoznacznie orzecznictwo KIO w tym zakresie. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wymagał złożenia dokumentu, nie określając jednocześnie, jakie okoliczności ma on potwierdzać. Nie sposób zatem na etapie oceny ofert przypisać tego dokumentowi znaczenia (wymagania), które nie zostało określone w SIWZ.

Zauważyć należy dodatkowo, że w toku rozprawy przystępujący w swojej ofercie również nie potrafił wskazać raportów z badań, obejmujących wszystkie normy wymienione w pkt 6 i 7 załącznika nr 6. Jak wynika z też wyjaśnień przystępującego, nie wszystkie laboratoria wykonują ten sam zakres badań w odniesieniu do ww. norm, co jednoznacznie potwierdza, że jeśli zamawiający nie określił zakresu wymaganych badań, to nie może wymagać od wykonawców potwierdzenia wykonania badań w danym zakresie.

W złożonym sprzeciwie od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, przystępujący podniósł także nowe zarzuty, które nie były podstawą wykluczenia odwołującego lub odrzucenia jego oferty, a w związku z powyższym nie były zawarte w odwołaniu. Przystępujący zarzucił bowiem dodatkowo brak zgodności raportów oraz próbek w ofercie odwołującego zakresie badanych substancji chemicznych, dla których przeprowadzono testy zgodnie z EN 374-3 oraz brak spełnienia przez próbkę wymogu III kategorii Środków Ochrony Indywidualnej, która nie jest prawidłowo oznakowana nazwą, numerem ani adresem Jednostki Notyfikowanej, która przeprowadziła ocenę typu WE w zakresie Środków Ochrony Indywidualnej, a uzupełnienie próbki nie jest możliwe w trybie

w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zarzuty te wykraczają poza zakres odwołania, a w związku z tym nie podlegały rozpoznaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp. Odwołującemu przysługiwało w tym zakresie prawo do wniesienia odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego, w ramach dokonanej oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego także z tych ww. powodów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że odwołujący złożył wymagany dokument, zgodnie z pkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ, a tym samym w tym zakresie oferta odwołującego spełnia wymagania SIWZ. Zamawiający bezzasadnie uznał, że oferta ta nie spełnia przedmiotowych wymagań i dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania. Zauważyć również należy, że stosownie do dokonanej przez zamawiającego oceny oferty odwołującego, zamawiający nieprawidłowo podał podstawę prawną swojej decyzji - zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, podczas gdy należało zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (treść oferty vs. wymagania przedmiotowe SIWZ). Niezależnie od powyższego, zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym dokonania oceny tej oferty, według ustalonych kryteriów (cena, jakość) i przyznania punktacji oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, po uprzednim unieważnieniu czynności z dnia 2 stycznia 2014 r. Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, uznając, że stwierdzone w niniejszym postępowaniu naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: