

POSTANOWIENIE
z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r. przez wykonawcę **Annę Ignaciuk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego Anna Ignaciuk z siedzibą w Gdańsku, ul. Uczniowska 33** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a**

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2091/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Anny Ignaciuk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego Anna Ignaciuk z siedzibą w Gdańsku, ul. Uczniowska 33** kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów medycznych jednorazowego użytku zostało wszczęte przez zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2011r. za numerem 2011/S 90-146747.

W dniu 21 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym w zakresie pakietu 19 o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty firmy Covidien Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 162 – zwanego dalej przystępującym, oraz o odrzuceniu oferty Anny Ignaciuk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego Anna Ignaciuk z siedzibą w Gdańsku, ul. Uczniowska 33, zwanej dalej odwołującym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy).

W dniu 29 września 2011r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty i zarzucił zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 1 oraz art.7 ust. 3 ustawy PZP poprzez odrzucenie i niedopuszczenie do końcowej oceny oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, a także wybór oferty przystępującego w zakresie pakietu nr 19 jako najkorzystniejszej poprzez nierówne traktowanie wykonawców przez zamawiającego; oraz art. 91 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 19 dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego

Wniósł o

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) uznanie za nieważne czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu i niedopuszczenie do końcowej oceny oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych, gdyż oferta ta spełnia warunki udziału w postępowaniu i była ofertą najkorzystniejszą,
- 3) uznanie za nieważne czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty przystępującego w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych jako najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych;

- 5) nakazanie zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych;
- 6) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 19 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy filtrów oddechowych sterylnych jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego;
- 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę prawidłową i korzystniejszą pod względem ceny od oferty przystępującego. Gdyby zatem uwzględniono odwołanie miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że zamawiający załączniku 1.19 określił szczegółowe wymogi przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 19. W części VI pkt.2 ppkt. C SIWZ zamawiający jasno określił, iż na potwierdzenie parametrów oferowanych produktów w przedmiotowym postępowaniu wymaga: foldery/prospekty/informacje producenta potwierdzające spełnianie parametrów technicznych. Odwołujący takie dokumenty załączył do oferty, ale zamawiający zarzuca odwołującemu, że załączył do oferty materiały zawierające informacje nieprawdziwe. Uważa tak na podstawie analizy materiałów z Internetu oraz wątpliwości innych oferentów tj. przystępującego. Swoją decyzję motywuje wnikliwą analizą materiałów zamieszczonych w Internecie oraz wątpliwościami innych oferentów. Odwołujący podniósł, że zasięgnięcie opinii przez zamawiającego u innego wykonawcy w danym postępowaniu jest niedozwolone. W dniu 29 lipca 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do przesłania oryginalnej charakterystyki produktów wraz z instrukcją obsługi filtrów oraz o przedstawienie próbek zaoferowanych w pakiecie nr 19 produktów. W odpowiedzi pismem z dnia 4 sierpnia 2011r odwołujący przesłał oryginalne karty katalogowe poświadczone przez producenta firmę Air Safety Ltd. wraz z ich tłumaczeniem, a także instrukcje obsługi oferowanych filtrów, zgodne z dokumentacją załączoną wcześniej do oferty przetargowej i potwierdzające wszystkie wymagane parametry. Podstawą odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego było natomiast niedostarczenie próbek oferowanych filtrów, a tym samym niemożność, zdaniem Zamawiającego, sprawdzenia ich właściwości. Odwołujący podniósł, że w siwz nie znajduje się postanowienie upoważniające zamawiającego do żądania przedłożenia próbek. Zamawiający próbował weryfikować nadesłane przez odwołującego informacje na stronie internetowej producenta filtrów, ale nie uzyskał dostępu z uwagi na konieczność posiadania loginu i hasła. Odwołujący podniósł, że taka próba weryfikacji jest niedopuszczalna, a zamawiający powinien dokonywać oceny ofert na podstawie dołączonych do oferty dokumentów – wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 529/08. Odwołujący nie ponosi odpowiedzialności za informacje na stronach producenta i sposób ich udostępniania. Wobec niemożności zweryfikowania danych na stronie producenta zamawiający posłużył się niezależnym

raportem MHRA i stwierdził rozbieżności dla filtrów o numerach katalogowych 9080 i 9066. Odwołujący podniósł, że raport pochodzi z 2004r. i zawiera nieaktualne numery katalogowe, a nadto ofertowany filtr o numerze 9066/711S jest produkowany od 2009r. i nie był objęty raportem.

Kolejnym filtrem zaofertowanym w postępowaniu przetargowym jest filtr 9080/100S. W raporcie opisany jest jedynie filtr z rodziny 9080, natomiast nie jest podany dokładny numer katalogowy. W rodzinie filtrów 9080 możemy wyróżnić wiele typów filtrów, m.in. 9080/100, 9080/700, 9080/01, 9080/02 itd., tak więc nie można jednoznacznie określić który filtr był przedmiotem publikacji. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty raportów niezależnych instytucji. Wskazał, że posługując się raportem MHRA również należałoby stwierdzić, że oferta wybrana nie spełnia wymagań siwz. Odwołujący wskazał, że wezwanie go do złożenia próbek było bezcelowe, gdyż nie posiadając specjalistycznego laboratorium zamawiający i tak na podstawie próbek nie byłby w stanie sprawdzić parametrów. Ponadto tylko odwołujący był wzywany do złożenia próbek, a takie wymaganie nie było zawarte w siwz. Wskazał na fakty podważające wiarygodność przystępującego. Podniósł, że zamawiający działał w celu wyboru konkretnej oferty i nierówno traktował wykonawców. Wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne tj. siwz wraz z korespondencją przekazaną przez zamawiającego; zbiorcze zestawienie ofert; pismo zamawiającego z dnia 19.09.2011r. przekazane w dniu 21.09.2011 r. z informacją o wyborze ofert najkorzystniejszych w prowadzonym postępowaniu przetargowym; streszczenie oceny i porównania złożonych ofert w prowadzonym postępowaniu przetargowym; kserokopia formularza cenowego oraz kart katalogowych załączonych do oferty przetargowej odwołującego; pismo zamawiającego z dnia 29.07.2011 r. zawierające prośbę o przesłanie dodatkowych dokumentów oraz próbek; kserokopia pisma, oryginalnych kart katalogowych poświadczonych przez producenta filtrów oddechowych wraz z tłumaczeniem oraz instrukcja obsługi przesłana zamawiającemu w dniu 04.08.2011 r.; kserokopia niezależnego raportu MHRA dot. filtrów oddechowych oferowanych przez firmę AKSIS (produkowanych przez firmę Air Safety); kserokopia niezależnego raportu MHRA dot. filtrów oddechowych oferowanych przez firmę Covidien (produkowanych przez firmę Mallinckrodt DAR); kserokopia kart katalogowych filtrów oddechowych oferowanych przez firmę Covidien. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy odwołującego, zgodnie z zaświadczeniem z EDG załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 września 2011r.

W dniu 30 września 2011r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania.

W dniu 30 września 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Covidien Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wskazał, że jako wykonawca wybrany w zakresie pakietu 19 ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania zmierza do zachowania jego pozycji, jako wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne. Wniósł o oddalenie

odwołania w całości oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do przedmiotowego zgłoszenia, oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu podniósł, że zachodzą rozbieżności pomiędzy parametrami filtrów zaoferowanymi przez odwołującego w ofercie, a parametrami tych filtrów opublikowanymi na stronach internetowych dostawców filtrów np. www.gvs.it, czy www.supplychain.nhs.ukk, a na stronie producenta filtrów nie istnieją w ogóle filtry zaoferowane przez odwołującego. Rozbieżności pomiędzy pozyskanymi ze stron internetowych informacjami, a ofertą odwołującego dotyczą :

- filtra 4333/711, gdzie wedle informacji ze stron internetowych przestrzeń martwa wynosi 55ml, w ofercie wskazano na 45ml, a zamawiający wymagał 47ml,
- filtra 4244/711, gdzie wedle informacji ze stron wydajność nawilżania wynosi 31 mg przy Vt 250ml, w ofercie 34,2 mg przy Vt 500 ml, a zamawiający wymagał 31,5 mg przy Vt 250ml,
- filtra 9066/711S, gdzie wedle informacji ze stron wydajność nawilżania wynosi 31 mg przy Vt 250ml, w ofercie 32 mg przy Vt 250 ml, a zamawiający wymagał 32 mg przy Vt 250ml.

Wskazał także, iż wedle jego wiedzy odwołujący oferuje różne parametry filtrów w zależności od postępowania i wskazał na postępowanie przed Mazowieckim Szpitalem Wojewódzkim w Siedlcach, gdzie dla filtrów 9066/711S, 4333/711S i 4222/11S zaoferowano inne parametry niż obecnie w postępowaniu. Zgłaszający podniósł także, iż procedura zmiany numerów katalogowych musi być poprzedzona wnikliwymi badaniami, gdyż zmiana numeru katalogowego wiąże się z koniecznością ponownej rejestracji wyrobu medycznego, co wymaga czasu, a zatem nie jest możliwe zaoferowanie w krótkim okresie czasu tych samych filtrów o różnych parametrach. Zgłaszający przystąpienie powołał się także na wyrok Izby z 8 grudnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1567/09. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 30 września 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu Covidien Polska sp. z o.o. ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 września 2011r. faksem.

W dniu 4 października 2011r. przystępujący złożył pismo – uzupełnienie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w którym wskazał na orzecznictwo Izby sygn. akt KIO 467/11, KIO 1288/11 i KIO 688/11 i wywiódł, że twierdzenia odwołującego o braku uprawnień zamawiającego do weryfikowania informacji zawartych w ofercie są błędne. Ponadto odwołujący wiedział, że powodem odrzucenia jego oferty było nieprzedstawienie próbek filtrów, bo próbki te były niezbędne do oceny oferty, a odwołujący mógł je bez problemu przedstawić. Podniósł, że oświadczenie zawarte w ofercie nie jest wystarczające do zweryfikowania zgodności przedmiotu oferowanego z przedmiotem zamówienia. Zamawiający może bez specjalistycznego laboratorium zweryfikować takie parametry jak waga, czy przestrzeń martwa. Wskazał także że powoływanie się na postępowania w Stanach Zjednoczonych przeciwko poprzednikowi prawnemu przystępującego i

jego pracownikom jest niemerytoryczne i nieetyczne. Również nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego o tym, że zamawiający znał wynik postępowania już na etapie opracowywania siwz.

W dniu 7 października 2011r. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i zobowiązał się do dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wniósł o umorzenie postępowania. W uzasadnieniu przyznał, że w siwz nie wymagał od wykonawców załączania do ofert certyfikatów niezależnych laboratoriów potwierdzających parametry oferowanego sprzętu, ani próbek oferowanych materiałów. Zamawiający mając do dyspozycji wyłącznie prospekty producenta dokonał ich weryfikacji na stronie internetowej producenta, ale nie miał możliwości wglądu do poszczególnych pozycji i w związku z tym zdecydował o wnikliwszej weryfikacji oferty odwołującego. Oparł się w tej analizie na raporcie MHRA i stwierdził rozbieżności w parametrach proponowanego asortymentu o tożsamy numerach katalogowych tj. jak waga, przestrzeń martwa czy wydajność. Zamawiający próbował to dalej weryfikować analizując normę testowania oferowanego wyrobu tj. brytyjską normę BS 3928. Zamawiający potwierdził, że badając ofertę odwołującego wyszedł poza wymogi określone w siwz. Podzielił zdaniem odwołującego, że nie jest w stanie wyłącznie posiadając próbki w warunkach szpitalnych potwierdzić parametrów wydajności nawilżania, ale może potwierdzić parametry wagi czy wielkości przestrzeni martwej, które mają istotne znaczenie w wentylacji noworodków i wcześniaków. Przyznał także, że w odniesieniu do oferty przystępującego nie dokonywał tak wnikliwej analizy. Kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana odwołującemu i przystępującemu w dniu 7 października 2011r.

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości i uczyni zadość żądaniom Odwołującego, to Izba uznała to oświadczenie za wiążące.

Wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Covidien Polska sp. z o.o., ale nie wniósł on sprzeciwu

skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby uwzględnił okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....