

Sygn. akt: KIO 671/12

POSTANOWIENIE
z dnia 12.04.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **12.04.2012 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **05.04.2012 r.** przez **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowo-Akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Lwowska 178 A, 33-100 Tarnów**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SKAMEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowo-Akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

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 **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 671/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego przez okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy (sprawa nr 15/2011), zostało wszczęte przez Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Lwowska 178 A, 33-100 Tarnów zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 217-354183 z dnia 11.11.2011 r.

W dniu 26.03.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie nr 3 firmy: Bialmed Sp. z o.o., ul. Marii Konopnickiej 11A, 12-230 Biała Piska zwanej dalej: „Bialmed Sp. z o.o.”, drugą pozycję w zakresie nr 3 zajęła firma SKAMEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowo-Akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź zwana dalej: „SKAMEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowo-Akcyjna” albo „Odwołującym”.

W dniu 05.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie SKAMEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowo-Akcyjna na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.04.2012 r. (faxem). Wnosił odwołanie od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego polegających na nieodrzuconiu oferty Bialmed Sp. z o.o. i uznanie jej za najkorzystniejszą w zakresie nr 3. Wskazał, iż rozstrzygnięcie ww. przetargu jest nieprawidłowe, dokonane z naruszeniem przepisów Pzp. Wybrana przez Zamawiającego oferta w zakresie nr 3 była niegodna z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i z tego powodu podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający prowadząc postępowanie oraz dokonując wyboru najkorzystniejszej ofert; zobowiązany jest do stosowania przy ocenie ważnych ofert wyłącznie kryteriów, które zawarł w SIWZ. Ww. postępowaniu, Odwołujący stwierdził ponad wszelką wątpliwość, że Zamawiający dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SIWZ dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe, fundamentalne przepisy Pzp zawarte odpowiednio w art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach

wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak i również, wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał również Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach Pzp oraz odpowiednio zapisach SIWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie, a w szczególności poprzez czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nieodrzućenie ofert niezgodnych ze SIWZ.

W zakresie nr 3 w poz. 7 Zamawiający wymagał Strzykawkę 50 ml biała-sterylne, jednorazowego użytku, nietoksyczne, szczelne, apiorogenne, trzyczęściowe, zakończenie cylindra typu Luer Lock- centralne. przystosowane do pracy z pompą infuzyjną różnego (typu Ascor, Asena) gumowy tłoczek z podwójnym uszczelnieniem, precyzyjne dozowanie małych ilości, minimalna objętość zalegająca, długość kompatybilna z ww. pompami, dobrze czytelna niezmywalna skala, zabezpieczenie przed wysunięciem tłoka, skala co 1,0 ml na całej długości cylindra, pakowane pojedynczo. Opakowanie zbiorcze max 100 szt., a w poz. 8 strzykawkę Luer- Lock 3 - częściową j.w. do podawania leków światłoczułych.

Na etapie pytań i odpowiedzi, Zamawiający nie dopuścił składania ofert w poz. 7 na strzykawkę z rozszerzoną skalą do 60 ml [pytanie i odpowiedź nr 27 z 05.12.2011 r.], co jednoznacznie oznacza, że należało zaoferować strzykawkę o pojemności 50 ml, a nie jak to zaoferowała firma Bialamed Sp. z o. o. strzykawkę firmy Margomed w poz. 7 - o numerze katalogowym 007111 i w poz. 8 również strzykawkę Margomed o nr. kat. 007121, które posiadają skalę do 60 ml. Ponad to Zamawiający odpowiadając na pytanie 60 z dnia 12.12.2011 r. jednoznacznie wyjaśnił, że zaoferowany produkt mu być wpisany przez producenta w oryginalną instrukcję obsługi pomp wymienionych w SIWZ, czyli należało w poz. 7 i 8 zaoferować strzykawki wpisane oryginalnie przez producenta w instrukcje obsługi pompy Asena i Ascor. Zaoferowane przez firmę Bialmed Sp. z o. o. w poz. 7 i 8 strzykawki produkcji Margomedu o numerach katalogowych 007111 i 007121 nie spełniają tego wymogu - nie są wpisane w instrukcji obsługi pompy Asena (dowody: odpowiedzi Zamawiającego na pytania - w aktach postępowania, instrukcja obsługi pompy Asena, zdjęcia strzykawek firmy Margomed). W zakresie nr 3 poz. 13 (przed modyfikacją poz. 16) Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagał: *„Strzykawki 50 ml biała (ewentualnym rozszerzeniem skali do 60ml) - sterylne, jednorazowego użytku, nietoksyczne, szczelne, apiorogenne, trzyczęściowe, zakończenie cylindra typu Luer Lock-centralne, przystosowane do pracy z pompą infuzyjną różnego (typu Kwapisz) gumowy tłoczek z podwójnym uszczelnieniem, precyzyjne dozowanie małych ilości, minimalna objętość zalegająca, długość kompatybilna z ww. pompami, dobrze czytelna niezmywalna skala, zabezpieczenie przed wysunięciem tłoka, skala co 1,0 ml na całej długości cylindra, pakowane pojedynczo. Opakowanie zbiorcze max. 100 szt.”* oraz w zakresie nr 3 poz. 14

(przed modyfikacją poz. 17): „Strzykawka Luer-Lock 3-częściowa. j.w. do podawania leków światłoczułych”. Zamawiający odpowiadając na pytanie 60 z dnia 12.12.2011 r. jednoznacznie wyjaśnił, że zaoferowany produkt ma być wpisany przez producenta w oryginalną instrukcję obsługi pomp wymienionych w SIWZ, tj. że należało zaoferować w poz.13 (przed modyfikacją 16) i w poz.14 strzykawki wpisane oryginalnie przez producenta w instrukcję pompy Kwapisz (dowody: odpowiedzi Zamawiającego na pytania - w aktach postępowania). Żadna z zaoferowanych w poz. 13 i 14 przez firmę Bialmed Sp. z o.o. strzykawek firmy Margomed nie spełnia wymogu wprowadzonego przez Zamawiającego, tj. zaoferowane strzykawki firmy Margomed o nr katalogowych 007111 i 007121 nie są wpisane przez producenta pompy Kwapisz w jej instrukcję obsługi. Zgodnie z notatką złożoną przez Odwołującego w dniu 02.02.2012 r. i załączonym do niej oświadczeniem producenta pomp typu Kwapisz, strzykawek zaoferowanych przez Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3 poz. 7-9 i 16 nie można używać do ww. pomp, gdyż nie zostały one wymienione w instrukcji producenta, a tym samym nie gwarantują prawidłowej współpracy z danym typem pompy (dowody: oświadczenie producenta Kwapisz Pompy Infuzyjne Sp. z o. o. w Warszawie). Zgodnie z art. 90 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych: „wyrób powinien być właściwie dostarczony, prawidłowo zainstalowany i utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest zobowiązany do przestrzegania instrukcji używania”. „Zabrania się uruchamiania i używania wyrobu mającego wady, mogącego stwarzać ryzyko dla pacjentów, użytkowników, lub innych osób”. Podkreślił, że to producent ustala, jakie rodzaje strzykawek będą prawidłowo współpracować z danym typem pompy, w szczególności poprzez przeprowadzanie odpowiednich testów – celem właściwego działania pompy - podczas których producent wprowadza do pompy odpowiednie oprogramowanie do poszczególnych typów strzykawek. Jedynie, strzykawki przebadane w taki sposób i wskazane przez producenta gwarantują odpowiednie współdziałanie strzykawki z pompą. Bialmed Sp. z o.o. zaoferowała w zakresie nr 3, poz. 7, 8, 13, 14 (przed modyfikacją poz. 16, 17) strzykawki producenta firmy Margomed, nr katalogowy 007111 oraz 007121, które nie są przystosowane do pracy z wymienioną przez Zamawiającego pompą typu Asena i Kwapisz nie zostały one bowiem wymienione w instrukcji użycia przez producenta ww. pompy infuzyjnej. Skoro producent w instrukcji obsługi dokładnie wskazał, jakie strzykawki winny być stosowane do pompy infuzyjnej, to zastosowanie innych strzykawek, nieprzetestowanych przez producenta pompy, może skutkować niepoprawnym działaniem pompy. Niewłaściwe funkcjonowanie pompy może prowadzić do zagrożenia zdrowia i życia pacjenta. Przywołał ugruntowane orzecznictwo KIO, jak również sądów powszechnych, tj. wyrok SO w Warszawie z dnia 18.12.2002 r., wyrok KIO z dnia 03.03.2009 r, sygn. akt: KIO/UZP 177/09 oraz wyrok ZA z dnia 12.02.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-132/07. Nadto, wskazał na wyrok KIO dnia 14.03.2011 r., sygn. akt:

KIO 387/11. Ponad zauważył, że to Zamawiający przygotowując SIWZ i określając wartość szacunkową pakietu nr 3 wziął pod uwagę specyfikę posiadanych przez siebie pomp oraz strzykawek jakie mogą być u nich stosowane, Oferta Odwołującego, nie przekroczyła wartości szacunkowej określonej przez Zamawiającego dla tego zadania. Strzykawki zaoferowane przez firmę Bialmed Sp. z o.o. są strzykawkami ogólnie dostępnymi i firma Odwołująca również mogła je zaoferować, ale dokładając należytej staranności przy przygotowaniu oferty złożyła ofertę która jest w pełni zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego oraz wymogami określonymi w SIWZ, i odpowiedziami Zamawiającego. Wybranie oferty, która nie spełnia wszystkich wymogów Zamawiającego określonych zarówno w SIWZ, jak i modyfikacjach, i pytaniach jest krzywdzące. 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 Pzp). 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, tj. wyjaśnień Zamawiającego). Wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego, w tym wyjaśnienie i sprecyzowanie wymagań wiąże Zamawiającego, jak i wszystkich wykonawców, tak więc Zamawiający dokonując wyboru oferty Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3 wybrał ofertę niezgodną ze SIWZ, czym dopuścił się naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust.1 Pzp. Przywoła wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 918/09. Nadto KIO wprost wskazuje, jak podniósł, iż w przypadku niespełnienia przez zaoferowany przez wykonawcę produkt wymagań technicznych określonych w treści SIWZ, oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Przywoła wyrok ZA z dnia 29.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1491/06, wyrok ZA o sygn. akt: UZP/ZO/0-328/07, jak również wyrok KIO z dnia 29.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 918/09. Zasadny jest więc wniosek Odwołującego, jak stwierdził, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru i oceny ofert w zakresie nr 3 oraz o nakazanie unieważnienia wyboru oferty Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3 oraz o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie nr 3, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a także o nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w zakresie nr 3. W związku z podjętymi czynnościami i zaniechaniem przez Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu sprzeczne z przepisami Pzp nieodrzućenie oferty Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3, uznanie jej za najkorzystniejszą i wybór w zakresie nr 3 i tym samym naruszenie art. 91 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, pierwszy przepis - w następstwie niewłaściwego zastosowania, drugi przepis - poprzez niezastosowanie, w związku z art. 7 Pzp, co doprowadziło do wyboru Wykonawcy, którego oferta w zakresie nr 3, podlegała odrzuceniu jak sprzeczna z SIWZ, do czego Zamawiający był zobowiązany, na

skutek czego nie wybrana została oferta Odwołującego, jako zgodna z SIWZ. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert w zakresie nr 3, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3, o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o. o. w zakresie nr 3 jako niezgodnej z treścią SIWZ, oraz o nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w zakresie nr 3.

Zamawiający w dniu 05.04.2012 r. wezwał (faxem i e-mialem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 11.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie i wnosił o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Wskazał, że podjął decyzje o wykonaniu czynności, których żąda Odwołujący w zakresie nr 3. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Annę Czech osobę ujawnioną w załączonym odpisie KRS i umocowaną do samodzielnej reprezentacji.

W ocenie Zamawiającego powyższy sposób uwzględnienia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Zamawiający zobowiązał się do wykreślenia zgodnego z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....