

Sygn. akt: KIO 943/15

POSTANOWIENIE
z dnia 21 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 21 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2015 r. przez **wykonawcę Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie, ul. Bielska 4**

przy udziale **wykonawcy KD-Medical Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Partyzantów 71** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 943/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcę **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzysta tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów medycznych - nr postępowania zamawiającego: ZP 40/15 zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w Dzienniku urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 lutego 2015r. za numerem 2015/S 023-037597.

W dniu 29 kwietnia 2015r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym w zakresie pakietu nr 68 o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę firmy KD - Medical Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku Białej.

W dniu 8 maja 2015r. odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wybranej wniósł wykonawca Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu SKAMEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji tej spółki. SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest jednocześnie komplementariuszem upoważnionym do reprezentowania odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 maja 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy), art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy, przez co naruszony został interes prawny odwołującego, gdyż nieuprawnione, tak działania jak i zaniechanie działań zamawiającego, pozbawiło tego odwołującego w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a którego oferta złożona w postępowaniu przetargowym, w zakresie zadania/pakietu Nr 68 jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) zasadami oceny ofert i została ważnie złożona, a odwołujący ten nie podlega wykluczeniu.

Wniósł o:

uznanie wniesionego odwołania za zasadne i nakazanie zamawiającemu:

a/ dokonania unieważnienia czynności wyboru, w zakresie zadania (pakietu) Nr 68, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę KD - Medical Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64)

b/ dokonania w zakresie zadania (pakietu) Nr 68, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia, w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferty złożonej przez firmę KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64),

c/ dokonania, w zakresie zadania (pakietu) Nr 68 w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie spośród ważnie złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty firmy Skamex Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w Łodzi (oferta Nr 50) zgodnie z warunkami określonymi w siwz i przepisami ustawy.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający wybrał ofertę firmy KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64) nie dokonując jej odrzucenia w/w zakresie lecz uznał ją za ważnie złożoną, natomiast ofertę odwołującego sklasyfikował w w/w zadaniu (pakiecie) na miejscu drugim.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego zadania (pakietu) Nr 68, gdyż firma KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64) w poz. 11 zadania zaoferowała bezigłowy zawór dostępu żylnego o nazwie KD-Valve, który nie spełnia warunków siwz.

Zgodnie z odpowiedzią na jedno z pytań wykonawców z dn. 11 marca 2015 r. dotyczącą treści siwz zamawiający doprecyzował, że zawór bezigłowy ma się cechować przepływem grawitacyjnym niepowodującym hamowania przepływu przez kaniule zaoferowane w zadaniu (pakiecie) Nr 68.

Zapytanie nr 244

Zadanie nr 68. doz. 11

c) Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy zamknięty bezigłowy system dostępu naczyniowego jako element kaniuli obwodowej (po podłączeniu) ma posiadać przepływ grawitacyjny nie mniejszy niż przepływ przez największą kaniulę wskazany na opakowaniu przez producenta kaniuli, np. jeżeli na opakowaniu kaniuli jest wskazany przepływ: 60 ml/min, 100 ml/min, 140 ml/min to podłączony zawór nie stanowi bariery dla osiągnięcia tych przepływów?

Wyjaśnienie: Ad c) - Port ma się cechować przepływem grawitacyjnym niepowodującym hamowania przepływu przez kaniule zaoferowane w Zadaniu nr 68.

W związku z powyższym przepływ przez łącznik zaoferowany w pozycji nr 11 powinien być nie mniejszy niż przepływ kaniul oferowanych w zadaniu nr 68, tj. w przypadku kaniuli 14G 305 ml/min w warunkach znormalizowanych (ciśnienie grawitacyjne 100 cmH₂O). Zgodnie z wynikami badań zaoferowany przez firmę KD Medical zawór posiada maksymalny przepływ grawitacyjny 153ml/min, czyli hamuje przepływ przez kaniulę 14G aż o 49%. W tym miejscu odwołujący wkleił fragment jakiegoś innego dokumentu w języku angielski, gdzie zaznaczył pozycję

Flow Rate [ml/min] @ 100 cm water column - 153

Biorąc to pod uwagę odwołujący stwierdził, że oferta firmy KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64) w zakresie zadania (pakietu) Nr 68, nie spełnia wymogów zawartych w treści siwz i winna podlegać odrzuceniu.

Reasumując odwołujący podniósł, że w świetle przedstawionych niegò w odwołaniu faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zaniechania zamawiającego, polegające zarówno na nie odrzuceniu ofert firmy KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64) w zakresie zadania (pakietu) Nr 68 jak i braku wyboru w w/w zakresie jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej w zadaniu (pakiecie) Nr 68 oferty firmy KD - Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, (oferta Nr 64) kwalifikują się do uznania ich za całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes prawny odwołującego.

W dniu 8 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11 maja 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca KD-Medical Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Partyzantów 71 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta w pakiecie nr 68 została uznana za najkorzystniejszą. Złożona przez niego oferta była prawidłowa i zgodna z siwz, a zamawiający działał zgodnie z ustawą. Ewentualne uwzględnienie odwołania pozbawi zgłaszającego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji prowadzenia działalności gospodarczej. Przystępujący wskazał, że w treści jego oferty brak jest sprzeczności z treścią siwz, w tym z odpowiedzią zamawiającego na pytanie z dnia 11 marca 2015r. Podniósł, że w dniu 13 kwietnia 2015r. złożył wyjaśnienia potwierdzające, że zaoferowane produkty odpowiadają siwz. Wyjaśnienia wykonawcy zostały oparte o oświadczenie producenta, który potwierdził wartość przepływów zaoferowanych zaworów oraz potwierdził, że porty cechują się przepływem grawitacyjnym, który nie wpływa na drożność kaniul dożylnych. Skoro nie wpływa na przepływ kaniul, to według przystępującego oczywiste jest, że nie hamuje przepływu. W tym stanie rzeczy przystępujący stwierdził, że jego oferta jest zgodna z treścią siwz i nie ma do niej zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nadto wskazał, że wklejony w odwołanie fragment tabeli w języku angielskim nie wiadomo skąd pochodzi, czego dotyczy, jak i przez kogo został wykonany, nie podano numeru katalogowego, ani nr serii produktu, który pozwalałby w jakikolwiek sposób zidentyfikować badaną próbkę. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, którego odpis załączono do zgłoszenia. Brak dowodu przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 20 maja 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie go w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 5 080,49zł., w tym 34zł. kosztów opłaty skarbowej od złożonych pełnomocnictw, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600zł. netto, 4428zł. brutto oraz kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 618,49zł. udokumentowanych załączonymi do odpowiedzi na odwołanie rachunkami.

W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający podniósł, iż nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż o ile rzeczywiście załączona do oferty przystępującego karta katalogowa nie potwierdzała parametru dookreślonego w wyjaśnieniach do pytania 244 z dnia 11 marca 2015r., to zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie, a przystępujący te wyjaśnienia złożył i potwierdził spełnianie wymagania zamawiającego, co dodatkowo wykazał oświadczeniem producenta wraz z tłumaczeniem. Na podstawie tych okoliczności zamawiający uznał, że nie ma podstaw do zastosowania wobec przystępującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zaś odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem, że oferowany przez przystępującego zawór bezigłowy KD-VALVE nie spełnia wymagań siwz, żadnych dowodów na tę okoliczność nie przedstawił. Za dowód taki nie może być uznana tabela zawarta w uzasadnieniu odwołania, która w żaden sposób nie odnosi się do wymagań zamawiającego. Zamawiający nie jest zobowiązany do prowadzenia badań (w tym naukowych), które potwierdzałyby, że oferowane wyroby spełniają wymagania, ma natomiast obowiązek sprawdzenia, czy oferta spełnia wymagania siwz i może domagać się wyjaśnień, o ile w jego ocenie złożone do oferty dokumenty budzą wątpliwości, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Złożone wyjaśnienia i załączone do nich dokumenty potwierdziły spełnianie wymagań siwz i zamawiający nie mógł odrzucić przystępującego. Odwołujący kwestionuje spełnianie przez przystępującego wymagań zamawiającego, co oznacza podważanie treści oświadczenia producenta zaworu. Odwołujący nie wykazał zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowany przez przystępującego zawór wymagań nie spełnia, gdyby tak było zamawiający uznałby zasadność odwołania. W zakresie pozostałych podniesionych przez odwołującego zarzutów, zamawiający stwierdził, że brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta przystępującego nie jest ofertą najkorzystniejszą, zamawiający wybrał ją na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w siwz oraz przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający uważa, że odwołujący nie wykazał, na czym miałyby polegać naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zatem zamawiającemu trudno było się odnieść do tego zarzutu. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 21 maja 2015r. odwołujący złożył drogą elektroniczną oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym prezesa zarządu SKAMEX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji tej spółki. SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest jednocześnie komplementariuszem upoważnionym do reprezentowania odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o zwrot kosztów postępowania odwoławczego tj. opłat skarbowych, zastępstwa prawnego i dojazdu, gdyż zgodnie z § 5 ust. 3 lit. b 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) zwrot takich kosztów jest dopuszczalny po otwarciu rozprawy, a postępowanie odwoławcze do tego etapu postępowanie nie doszło.

Przewodniczący: