

Sygn. akt: KIO 151/16

WYROK

z dnia 18 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2016 r. przez **Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Abook Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Skamex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zarys International Group Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz Skamex Sp. z o.o. Sp. k. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania 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 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa sprzętu medycznego – rękawic chirurgicznych i diagnostycznych*.

W dniu 4 lutego 2016 r. Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy Abook Sp. z o.o. i wykonawcy Skamex Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie pakietu nr 1 oraz wobec dokonania wyboru oferty Skamex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 stycznia 2016 r. został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze oferty złożonej przez Skamex Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1. Na drugim miejscu znalazła się oferta Abook Sp. z o.o., a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

Odwołujący podniósł, że oferty Abook i Skamex są niezgodne z treścią SIWZ ze względu na brak lub błędne podanie numeru katalogowego pojemników naściennych kompatybilnych z opakowaniami do rękawic, który to numer był wymagany postanowieniami załącznika nr 2 do SIWZ. Ww. wykonawcy nie podali odpowiedniego numeru. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień Skamex podał informację, że oferowane pojemniki nie posiadają własnego numeru katalogowego, a Skamex oferuje go pod swoim własnym numerem katalogowym. Z kolei wykonawca Abook załączył kartę katalogową producenta (przetłumaczoną na język polski) wraz z numerem katalogowym dystrybutora.

Zdaniem Odwołującego, obaj ww. wykonawcy wprowadzili Zamawiającego w błąd, ponieważ Odwołujący posiada informacje, że producent oferowanego produktu sprzedaje go pod wyłącznym własnym numerem katalogowym, a żaden z dystrybutorów nie ma prawa do jego odsprzedaży bez podania numeru katalogowego producenta lub z własnym numerem katalogowym. Już wyłącznie z powyższego wynika, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ (oświadczenie – pkt 13) wykonawcy Abook i Skamex powinni zostać wykluczeni z ponieważ, ponieważ złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ, a co najmniej mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niezależnie od powyższego, oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ, co powoduje, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp powinny zostać odrzucone. Numer katalogowy stanowi bardzo ważną informację dla Zamawiającego, a brak jego podania, w przypadku, gdy jest wymagany powoduje, że takowe oferty nie powinny być brane pod uwagę.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferowane przez wykonawców Skamex i Abook w zakresie pakietu numer 1 rękawiczki nie spełniają normy EN 374, wskazanej w SIWZ (strona 13 – pkt 7).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na zadane pytanie numer 11, że oferowany produkt musi być zgodny z ww. normą. Podniósł, że norma ta składa się z trzech części. Jest to norma europejska, zharmonizowana z dyrektywą UE 89/686/EWG i obowiązuje w polskim porządku prawnym. Dotyczy ona stricte rękawiczek ochronnych, czyli przedmiotu niniejszego postępowania. W sprawach merytorycznych dotyczących treści normy właściwym jest Komitet Techniczny PKN.

Odwołujący podniósł, że oferowane rękawiczki wtedy są zgodne z ww. normą, gdy spełniają ją w całości, a nie częściowo (odpowiedź Zamawiającego na pytanie 11). Zarówno oferowane przez Skamex, jak również przez Abook rękawiczki nie spełniają powyższej normy w całości, ponieważ nie spełniają wymagań wynikających z punktu 5.3.2. normy, tj. *rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A*. Niezgodność znajduje odzwierciedlenie, w próbkach rękawic złożonych przez Skamex oraz Abook, a dokładniej w obrazku na oferowanych opakowaniach rękawiczek. W przypadku gdy rękawiczki spełniają w całości normę PN-EN 374 na opakowaniu znajduje się piktogram ze strony 6 Polskiej Normy, a w przypadku gdy rękawiczki nie spełniają w całości normy PN-EN 374 na opakowaniu znajduje się piktogram ze strony 7 Polskiej Normy. Odwołujący podkreślił, że oferowane rękawiczki przez ww. wykonawców nie spełniają w całości normy, a zamiarem Zamawiającego było otrzymanie produktu całościowo zgodnego z normą PN-EN 374. Wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2448/15 zajmowała się kwestią zgodności rękawiczek ochronnych z normą PN-EN 374 i wskazała, że jeśli Zamawiający żąda, żeby rękawiczki spełniały w całości daną normę, to nie można zgodzić się z sytuacją, że częściowe jej spełnienie skutkuje zgodnością z daną normą w całości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania oferty, odrzucenia ofert złożonych przez Abook Sp. z o.o. i Skamex Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy: Abook Sp. z o.o. oraz Skamex Sp. z o.o. Sp. k., wnosząc o oddalenie odwołania.

W wyniku uwzględnienia opozycji zgłoszonej przez Odwołującego, Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Mercator Medical S.A., stwierdzając, że z uwagi na odrzucenie oferty tego wykonawcy i niewniesienie przez niego odwołania, nie ma on interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem I.1 SIWZ przedmiotem zamówienia są dostawy sprzętu medycznego – rękawic chirurgicznych i diagnostycznych wyszczególnionych asortymentowo i ilościowo nr 2 i 2a do SIWZ, który jest jednocześnie formularzem cenowym.

Zgodnie z wzorem załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający w odniesieniu do pakietu 1 w wierszu 1 formularza należało wskazać oferowane rękawice nitrylowe bezpudrowe z mankietem, niesterylne diagnostyczno-laboratoryjne w rozmiarach od XS do XL, natomiast w wierszu 2 – pojemniki naścienne kompatybilne z opakowaniami rękawic. W kolumnie 7 tabeli należało podać *numer katalogowy oferowanego produktu*.

W załączniku nr 2a do SIWZ Zamawiający określił cechy minimalne obligatoryjne i pożądane (fakultatywne), wskazując jednocześnie w przypisie nr 1, że brak spełnienia cech fakultatywnych nie będzie podstawą do odrzucenia oferty. W wierszu dotyczącym informacji o czasach przenikania substancji chemicznych (zgodnie z normą PN-EN 374-3) Zamawiający wskazał, że jest to parametr nieobligatoryjny, za spełnianie którego można uzyskać 5 punktów. Dla przyznania punktów za kryterium – poza opisem parametru w tabeli Zamawiający wymagał załączenia do oferty raportu z badania rękawic na przenikalność substancji chemicznych zgodnie z normą PN-EN 374-3.

Do Zamawiającego wpłynęło pytanie jednego z wykonawców o następującej treści: *Pytanie nr 11 dotyczy pakietu 1, poz. 1 pkt 7 – Czy Zamawiający będzie wymagał rękawic, które zostały przebadane zgodnie z normą PN-EN 374 cz. 1, 2 i 3, potwierdzone badaniami wykonanymi przez jednostkę niezależną? Część 3 normy opisuje procedurę postępowania laboratoryjnego o raz sporządzania raportu z badań, natomiast część 1 normy opisuje wymogi co do wyników prowadzonego badania w związku z czym wprowadzenie wymogu spełniania normy EN 374 cz. 1, 2, 3 w całości zapewnia pełne bezpieczeństwo m.in. w trakcie pracy ze środkami dezynfekcyjnymi. Ponadto wymóg spełniania normy PN-EN 374*

cz. 1-2-3 jest zalecany przez Polski Komitet Normalizacyjny, w załączeniu opinia. W wyjaśnieniach z 10 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował, że będzie wymagał rękawic przebadanych zgodnie z normą PN-EN 374 cz. 1, 2 i 3.

Przystępujący Skamex w pakiecie 1 zaoferował rękawice Sempercure Nitrile Skin 2, natomiast Przystępujący Abook – rękawice Nugard Nitril. Przystępujący Skamex w odniesieniu do pojemników naściennych w kolumnie dotyczącej numeru katalogowego wpisał „HOL-N40000”, natomiast przystępujący Abook podał nazwę „Dracula”.

W załączniku nr 2a, w wierszu dotyczącym informacji o czasach przenikania substancji chemicznych (zgodnie z normą PN-EN 374-3) Przystępujący wpisali „tak”.

Pismem z 13 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępujących na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu do wykonawcy Skamex Zamawiający wskazał m.in., że: *po przeanalizowaniu treści Państwa oferty Zamawiający stwierdził, iż nie odnalazł dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom Zamawiającego, tj.: brak materiałów producenta np. kart katalogowych, oświadczenia producenta, folderów, opisów, ulotek w zakresie pakietu nr 1 poz. 2. Wobec powyższego Zamawiający zwraca się z prośbą o uzupełnienie dokumentu z którego jednoznacznie wynika, że zaoferowane wyroby spełniają wymagania określone przez zamawiającego dla zaoferowanego asortymentu wraz ze wskazaniem nr katalogowego oferowanego asortymentu.*

Analogiczne wezwanie Zamawiający skierował do wykonawcy Abook, wskazując dodatkowo: *Po przeanalizowaniu Państwa oferty Zamawiający stwierdził, iż w zakresie pakietu nr 1 poz. 2 Wykonawca zaoferował pojemniki naścienne kompatybilne z opakowaniami rękawic zaoferowanych w poz. 1. W treści załącznika nr 2 w kolumnie dotyczącej wskazania numeru katalogowego oferowanego asortymentu wykonawca podał mylnie nazwę handlową zamiast wymaganego numeru katalogowego.*

W odpowiedzi na powyższe wezwania Przystępujący Skamex przedstawił Kartę techniczną wskazującą na nazwę produktu „Dracula” oraz poinformował, że *producent nie stosuje numerów katalogowych, a wskazany numer HOL-N40000 jest numerem nadanym przez dystrybutora – firmę Skamex – dla uniwersalnych uchwytów „Dracula”.*

Przystępujący Abook wraz z wyjaśnieniami przekazała kartę katalogową producenta wraz z tłumaczeniem (zawierające w rubryce nr katalogowy dystrybutora nazwę „dracula”) oraz ulotkę informacyjną zaoferowanych pojemników naściennych oraz wyjaśnił, że (...) *prawidłowo został podany nr katalogowy zaoferowanych pojemników naściennych (dracula) (...). Zamawiający zaciemnił miejsce formularza cenowego komuna: model, typ/nazwa handlowa, w związku z powyższym nie zostało ono uzupełnione.*

Ocena ofert dokonana przez Zamawiającego była następująca:

- 1) oferta Skamex – 97,80 pkt, w tym cena 65,00, jakość/funkcjonalność/parametry techniczne 32,8,
- 2) oferta Abook – 94,90 pkt, w tym cena 59,90, jakość/funkcjonalność/parametry techniczne 35,00,
- 3) oferta Odwołującego – 81,40, w tym cena 54,10, jakość/funkcjonalność/parametry techniczne 27,30.

W dniu 26 stycznia 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Skamex jako najkorzystniejszej w ramach pakietu nr 1.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpatrzyła merytorycznie sprawę na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, ze względu na zgłoszenie sprzeciwu wobec tego uwzględnienia przez Przystępującego Skamex.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, podniesione w odwołaniu zarzuty nie mają bowiem oparcia w postanowieniach SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnego wskazania w ofertach Przystępujących numeru katalogowego pojemników naściennych w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikał wymóg podania numeru katalogowego producenta. Zamawiający we wzorze formularza ofertowego oczekiwał jedynie wpisania *numeru katalogowego oferowanego produktu*, nie precyzując tego pojęcia. Wskazanie numeru katalogowego ma służyć zidentyfikowaniu produktu, który jest przedmiotem oferty. W ocenie Izby, w ofertach obu Przystępujących taka identyfikacja nastąpiła, w przypadku wykonawcy Skamex – przez podanie numeru katalogowego nadanego przez dystrybutora, w przypadku wykonawcy Abook – przez wskazanie nazwy handlowej, pod którą produkt funkcjonuje w obrocie i która jest wskazywany w karcie

katalogowej jako numer katalogowy. Oznaczenia wskazane w ofertach Przystępujących dały Zamawiającemu wystarczającą wiedzę co do oferowanych pojemników, nie pozostawiając wątpliwości, jaki produkt wykonawcy zaoferowali. Przystępujący Skamex wykazał po pierwsze, że zaoferowane pojemniki są oznaczone nazwą handlową „Dracula” (okazanie produktu podczas rozprawy), po drugie – że spółka Skamex jako ich dystrybutor nadała im numer katalogowy HOL-N40000 (kopia karty katalogowej dystrybutora, kopia udzielonej przez producenta autoryzacji do używania w dystrybucji numeru katalogowego dla dozownika „Dracula” HOL-N40000 oraz kopie wystawionych przez Skamex faktur dotyczących sprzedaży tych pojemników). Natomiast Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że wskazane przez Przystępujących oznaczenia nie identyfikują oferowanego produktu. Ponadto Odwołujący nie wykazał ani tego, że pojemniki naścienne są oznaczone jakimkolwiek numerem katalogowym przez producenta, ani że taki numer jest jedynym właściwym i prawdziwym oznaczeniem produktu. Izba nie dopuściła dowodu ze złożonej przez Odwołującego korespondencji mailowej, która miała wykazać, że producent nadał oferowanym przez Przystępujących pojemnikom numer katalogowy. Zgodnie bowiem z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964), wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Przedstawiony przez Odwołującego wydruk sporządzony był w języku angielskim i nie mógł stanowić dowodu w sprawie. Innych dowodów, które potwierdzałyby przedstawione w odwołaniu tezy, Odwołujący nie przedstawił.

W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferty Przystępujących były niezgodne z treścią SIWZ i jako takie podlegały odrzuceniu, jak również że Przystępujący złożyli nieprawdziwe informacje dotyczące numerów katalogowych oferowanych pojemników.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełniania przez oferowane przez Przystępujących rękawice normy PN-EN 374, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zgodność rękawic z powyższą normą nie była wymogiem, którego niespełnienie skutkowałoby stwierdzeniem niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający zamieścił w załączniku nr 2a do SIWZ jedynie fakultatywny warunek dotyczący informacji o czasach przenikania substancji chemicznych, potwierdzonej raportem z badania rękawic zgodnie z normą PN-EN 374-3. Za spełnianie powyższego wymogu oferta mogła uzyskać dodatkowe 5 punktów, zaś jego niespełnianie skutkowało nieprzyznaniem punktów. Zamawiający w załączniku nr 2a w przypisie nr 1 wprost wskazał, że brak spełnienia cech fakultatywnych

nie będzie podstawą do odrzucenia oferty. Treść załącznika nr 2a do SIWZ jednoznacznie określa sporny wymóg jako fakultatywny, zatem kwestia przebadania rękawic zgodnie z powyższą normą nie wpływała na ocenę oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ i nie mogła prowadzić do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. W związku z tym podniesiony w odwołaniu zarzut jest bezzasadny.

Powyższej oceny zarzutu w żadnej mierze nie zmienia treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 11 do SIWZ, pytanie to bowiem dotyczyło spełniania przez oferowane produkty cech fakultatywnych, o czym świadczy powołanie się w pytaniu na konkretną pozycję tabeli opisującej podkryteria w kryterium „jakość, funkcjonalność/parametry techniczne” opisane w załączniku nr 2a (pozycja 7 tabeli zamieszczone w punkcie VIII.3 SIWZ), która dotyczy informacji o czasach przenikania substancji chemicznych zgodnie z normą PN-EN 374-3. Odpowiedź Zamawiającego na tak zadane pytanie dotyczy więc wymogów, których spełnienie warunkować będzie przyznanie dodatkowych punktów i należy ją rozumieć w ten sposób, że Zamawiający przyzna punkty w przedmiotowym podkryterium, jeżeli zaoferowane zostaną rękawice przebadane zgodnie z normą PN-EN 374 cz. 1, 2 i 3. Odwołujący natomiast próbował zinterpretować udzieloną odpowiedź całkowicie w oderwaniu od zadanego pytania, co jest nieuprawnione.

Jak wyżej wskazano, biorąc pod uwagę brzmienie załącznika nr 2a do SIWZ, przebadanie oferowanych rękawic zgodnie z normą PN-EN 374 miało znaczenie wyłącznie dla przyznania punktów w jednym z podkryteriów jakościowych. Kwestia zasadności przyznania tych punktów ofertom Przystępujących nie mogła być jednak przedmiotem oceny Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym, Odwołujący nie podniósł bowiem zarzutu dotyczącego przyznanej punktacji. Zarzut odwołania był precyzyjnie określony jako zaniechanie odrzucenia ofert Przystępujących jako niezgodnych z SIWZ, a sformułowane w odwołaniu żądanie zmierzało do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dopiero podczas rozprawy Odwołujący próbował podnieść dodatkowy zarzut dotyczący niezasadnego przyznania punktów ofertom Przystępujących, co należy uznać za niedopuszczalne, biorąc pod uwagę ustawowe terminy, w których można podnieść zarzuty wobec czynności i zaniechań Zamawiającego oraz treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. pkt 2 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: