

WYROK

z dnia 28 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2014 r. przez wykonawcę

SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez

Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o. ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 3. oraz wezwanie wykonawcy Abook Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie oferty dla zadania 3.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Szpitala Morskiego im. PCK Sp. z o.o. na rzecz SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) 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 – Szpital Morski im. PCK Sp. z o. o. w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę rękawic chirurgicznych i diagnostycznych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 138-247312.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – SKAMEX Sp. z o.o. sp. k. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania (pakietu) nr 3, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania (pakietu) nr 3, odrzucenia oferty złożonej przez ABOOK Sp. z o.o., uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie zadania (pakietu) nr 3 złożył odwołujący.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w ramach zadania (pakietu) nr 3 zamawiający wymagał dostarczenia rękawic diagnostycznych nitrylowych wskazując w opisie przedmiotu zamówienia, że oczekuje rękawic o określonych właściwościach ochronnych.

Wielu producentów rękawic na świecie produkuje kilka rodzajów rękawic np. nitrylowe z warstwą polimerową, nitrylowe chlorowane, nitrylowe cienkie, nitrylowe grube, nitrylowe z powłoką z owsem itp. i aby rozróżnić, jaka to konkretnie rękawica, nadają im różne nazwy, numer katalogowe, np. Laurel EXT, Laurel Coats.

W zależności od typu rękawice mogą posiadać różne właściwości fizyczne, co ma znaczenie przy barierowości rękawic. Barierowość rękawic była jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia i wymagań zamawiającego.

Dla rękawic zaoferowanych w pozycji 1. i 3. w załączonej przez ABOOK Sp. z o.o. dokumentacji nie można zidentyfikować dokumentu, który stanowiłby wymagany raport z badań na przenikanie cytostatyków dla rękawic Laurel COATS oraz Laurel EXT.

W związku z tym, iż w załączonych badaniach nie ma odniesienia do konkretnych rękawic, zamawiający nie ma pewności, że załączone badania dotyczą rękawic zaoferowanych w pozycji 1. i 2., a tym samym, czy rękawice te spełniają wymogi wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rękawiczki zabiegowe niesterylne, w zależności od tego, do czego są przeznaczone i w zależności od kategorii, jak są sklasyfikowane, muszą być odpowiednio oznakowane i przebadane oraz posiadać odpowiednie dokumenty oraz oznaczenia.

Zamawiający z uwagi na bezpieczeństwo pracowników wymagał rękawic oznakowanych podwójnie: jako wyrób medyczny klasy I oraz środek ochrony osobistej kategorii III. Obie te klasyfikacje powinny zostać uwzględnione w deklaracji zgodności oraz nadrukowane na opakowaniu, co zamawiający jednoznacznie wskazał w wymogach specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Zgodność z normą PN-EN 455 potwierdzona na opakowaniu...”, „...środek ochrony osobistej kategorii III z fabrycznym oznakowaniem na opakowaniu (norma EN 420, EN 374-2,3 z poziomami ochrony)...”.

Zamawiający wymagał również we wszystkich pozycjach (1-3) pakietu 3. fabrycznego oznakowania opakowania (EN 455 – norma dla rękawic medycznych, EN 374, EN 420 – norma dla rękawic ŚOO).

Norma EN 420 wskazuje na to, że należy oznakować środek ochrony osobistej piktogramami norm, które spełniają, wraz z towarzyszącymi im poziomami ochrony. Żadna z zaoferowanych przez firmę ABOOK Sp. z o.o. rękawic w pozycji 1-3 nie ma na opakowaniu oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2. Oznacza to, że rękawice nie tylko nie są zgodne z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale i z zapisami obowiązującej normy o środkach ochrony osobistej – normy EN 420.

Ponadto w pozycji 2. na opakowaniu zaoferowanych rękawic Nitril Nugard nie ma wymaganego przez zamawiającego oznakowania zgodności z normą EN 455.

Niezgodności te mają charakter wyłącznie merytoryczny, gdyż dotyczą istoty zobowiązania ABOOK Sp. z o.o. Niezgodności te mają charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych.

Treść merytoryczna oferty ABOOK Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co obliguje zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W sytuacji tej nie ma podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w ofercie ABOOK Sp. z o.o. zostały wyraźnie wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych wyrobów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt, że w złożonej ofercie zostały wskazane wyroby nie spełniające wymagań zamawiającego, nie może być traktowany jako inna omyłka.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający nie zgodził się z oceną swoich działań dokonaną przez odwołującego.

Oдноśnie zarzutu, jakoby dla rękawic zaoferowanych w pozycji 1. i 3. w złożonej przez ABOOK Sp. z o.o. dokumentacji nie można było zidentyfikować dokumentu, który stanowiłby wymagany raport z badań na przenikanie cytostatyków dla rękawic Laurel Coats i Laurel EXT – w ofercie znalazła się co prawda tylko deklaracja dla wyrobu medycznego, jednak w uzupełnieniu deklaracja zgodności dla kat. III i certyfikat CE. Przy ocenie dokumentów zamawiający uznał warunek za spełniony. Także odnośnie badania na przenikalność substancji chemicznych po uzupełnieniu dokumentów zamawiający uznał warunek za spełniony.

Badanie na przenikanie cytostatyków zostało potwierdzone raportem z badań potwierdzającym wymagane parametry, a raport z badań został dołączony do oferty zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał, że jest to dokument dotyczący rękawic zaoferowanych w zadaniu 3. poz. 1 na podstawie adnotacji umieszczonej w prawym górnym rogu „zad. 3 poz. 1” na str. 43 oferty, co wskazuje na powiązanie tego dokumentu z produktem zaoferowanym i wymienionym z nazwy w formularzu cenowym. Ponadto dokumenty w ofercie ułożono tematycznie, co potwierdza słuszność takiej oceny.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego nadruków na opakowaniu, to zamawiający uznał wymóg za spełniony na podstawie oświadczenia producenta dołączonego do oferty. Na etapie oceny ofert jest to jedyny sposób oceny wymagania ze względu na to, że zamawiający nie wymagał dostarczenia próbek oferowanego asortymentu. Będzie to weryfikowane przy pierwszej dostawie. Zamawiający nie ma wiedzy, czy producent na przykład nie zmieni opakowań ani czy są niewłaściwe i czy z pierwszą dostawą dostarczy opakowania oznakowane ww. normami.

Norma EN 455 nie wprowadza oznaczeń na produktach, zatem nie można wymagać oznaczeń, jeśli ich nie wymaga, oznaczenia wyrobów medycznych w formie graficznej wprowadza norma EN 980 i takowe powinny się znaleźć: oznaczenia producenta, data produkcji, numer serii, data przydatności, autoryzowany przedstawiciel w UE. Oznaczenia te

dotyczą wszystkich wyrobów medycznych i narzuca je dyrektywa MDD 93/42/EEC oraz 2007/47/EC.

Z oświadczenia producenta wynika także, że na opakowaniach zarówno dla rękawic z linii Laurel jaki i Nugard jest umieszczona tabelka z informacją o spełnianych normach oraz dyrektywach.

Także w zakresie oznakowania środków ochrony osobistej piktogramami norm, które spełniają wraz z towarzyszącymi im poziomami ochrony zamawiający uznał wymagany parametr za spełniony na podstawie oświadczenia producenta dołączonego do oferty.

Zatem zarzut odwołującego jest niemożliwy do weryfikacji z informacji pozyskanych w postępowaniu, a jednocześnie zarzuty te są wyłącznie opinią firmy Skamex nie popartą żadną opinią jednostki badającej lub wydającej akty prawne.

Norma EN 420, zgodnie z jej wytycznymi, służy jako przewodnia i wprowadzająca norma dla wszystkich rękawic będących środkiem ochrony osobistej, następnie zgodnie z dyrektywą 89/686/EEC producent dokonuje oceny zgodności produktu do poszczególnych kategorii.

W normie EN 420 w punkcie 7. znajdują się wytyczne do znakowania rękawic ochronnych:

„7.2.1.1 Znakowanie rękawic

e) W przypadku zgodności rękawicy z jedną lub kilkoma przedmiotowymi normami europejskimi (patrz biografia) znaki(i) graficzny(-e) odpowiednie do normy (norm) (patrz załącznik C). Przy każdym znaku graficznym powinno być zamieszczone odniesienie do odpowiedniej normy przedmiotowej i poziomy skuteczności (patrz 7.3.5), które zawsze powinny być podane w tej samej ustalonej kolejności, tak jak to określono w normie.”

Jednocześnie zgodnie z EN 420 pkt 7.2.1.4 „Znak graficzny powinien być używany tylko wtedy, gdy rękawica spełnia co najmniej najmniejsze wymagania odpowiedniej normy przedmiotowej. Umieszczenie razem z serią znaków graficznych symbolu „i” oznaczającego informację powinno zwrócić uwagę na to, że powinny być przeczytane także informacje uzupełniające...” Również należy uwzględnić umieszczoną w tej normie uwagę: „Uwaga Samo znakowanie umieszczone na rękawicy, zawierające znaki graficzne, nie jest wystarczające do przekazania użytkownikowi rękawic wyczerpujących informacji na temat ochrony. Dlatego zaleca się, aby było ono rozpatrywane łącznie z informacjami dostarczonymi przez producenta, opisanymi w 7.3”.

Zgodnie z normą EN-372 – część 2 oznacza się wyznaczanie odporności na przesiąkanie, a nie poziom AQL (Akceptowalny Poziom Jakości – poziom jakości dla najgorszego przypadku, wyrażony jako procent uszkodzeń w populacji, które są nadal uważane za dopuszczalne), jak sugeruje odwołujący. W punkcie 2. normy opisane są parametry, jakie są badane i są to dwa parametry: badanie nieszczelności z zastosowaniem powietrza i badanie nieszczelności z zastosowaniem wody. Dalsza część normy podaje sposób badania tych parametrów, a punkt 6. opisuje sprawozdanie z badań, gdzie wyraźnie jest podane, w jaki

sposób podaje się wynik: wynik pozytywny lub wynik negatywny – te wyniki są parametrami ochrony.

Informacja podawana przez odwołującego jako poziom ochrony nie jest wymogiem stawianym przez normę jako poziom ochrony, jest to parametr informacyjny w celu zapewnienia jakości podczas produkcji, czyli jest to parametr jakościowy, a nie parametr ochrony. Wartość tę opisuje AQL. Żaden punkt normy ani żadne oznaczenie graficzne nie podaje, jak podać poziom jakości (AQL) rękawicy na opakowaniu.

Rękawice Laurel oraz Nugard są produkowane również jako środek ochrony osobistej kategorii III i poddane procesowi certyfikacji i poddane kontroli jakości zgodnie z artykułem 11 A tej dyrektywy. Zatem certyfikacji podlegał produkt finalny, czyli również jego opakowanie i informacje na opakowaniu. Producent nie może na etapie produkcji zmienić opakowań bez zatwierdzenia jednostki notyfikowanej, która dokonała certyfikacji finalnego produktu.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający, zgodnie z rozdziałem X ust. 11 pkt 6-8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania 3. zamawiający wymagał przedstawienia badania na przenikalność substancji chemicznych potwierdzających zgodność z normą EN 374-3 – w poz. 1. co najmniej 4 substancji chemicznych, w tym alkohole i aldehydy, badania na przenikanie min. 9 cytostatyków; w poz. 2. co najmniej 4 substancji chemicznych, w tym alkohole i aldehydy, badania na przenikanie min. 10 cytostatyków oraz w poz. 3. zgodność z normą EN 374-3 lub ASTM F 739 co najmniej 8 substancji chemicznych, w tym alkohole i aldehydy.

Jak wynika z wyjaśnień odwołującego, istotą zarzutu, iż dla rękawic zaoferowanych w pozycji 1. i 3. w załączonej przez ABOOK Sp. z o.o. dokumentacji nie można zidentyfikować dokumentu, który stanowiłby wymagany raport z badań na przenikanie cytostatyków dla rękawic Laurel COATS oraz Laurel EXT, gdyż w załączonych badaniach nie ma odniesienia do konkretnych rękawic, więc zamawiający nie ma pewności, że załączone badania dotyczą rękawic zaoferowanych, jest to, że w załączonych do oferty wynikach badań nie figuruje

nazwa konkretnych rękawic, lecz ich opis „Nitrile Powder Free Gloves 240 mm”, a więc badania mogą dotyczyć jakichkolwiek rękawic nitrylowych bezpudrowych, niekoniecznie tych zaoferowanych zamawiającemu.

Rzeczywiście, jak wynika z dokumentów załączonych do poszczególnych złożonych w postępowaniu ofert, w przeważającej większości z nich zawarta jest nazwa handlowa rękawic. Jednak biorąc pod uwagę, że nie we wszystkich, można stwierdzić, że nie ma takiego wymogu dla poprawności dokumentu. Kwestia taka (tj. konieczności umieszczenia w badaniach nazwy handlowej) nie była to też podnoszona przez odwołującego.

Wykonawca, nawet jeśli tylko przez adnotację na dokumencie, że dotyczy danej pozycji danego zadania, przypisał wynik badań do konkretnych rękawic, zatem udzielił zamawiającemu informacji, że w stosunku do danych oferowanych rękawic ten właśnie dokument wystawiono. Zatem całą sytuację można by raczej rozważać pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji, a takiego zarzutu nie postawiono.

Oczywiście zamawiający, w ramach powtórzonej czynności, jeśli uzna to za uzasadnione, może poprosić wykonawcę o wyjaśnienia również w tym zakresie, w celu upewnienia się, czy na pewno zostały mu przedłożone prawidłowe dokumenty.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego oznakowania opakowań rękawic, tj. niezgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zamawiający powinien poprosić wykonawcę o złożenie wyjaśnień wraz z ewentualnym przedłożeniem do wglądu owych opakowań.

Po pierwsze należy przyznać rację odwołującemu, że zamawiający opisał swoje wymagania w zakresie oznakowania opakowań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w formularzu cenowym). Nawet jeśli wymagania te ewentualnie są nieco inne niż opisane w normach, skoro zostały postawione, zamawiający musi się ich trzymać.

Co do samego oznakowania na opakowaniach – umieszcza się je tam nie bez powodu, niewątpliwie głównie po to, aby użytkownik mógł w szybki i łatwy sposób zapoznać się z cechami rękawic nie musząc za każdym razem poszukiwać informacji producenta np. w Internecie lub posiadanej przez szpital dokumentacji, nawet jeśli producent dodatkowo musi takie informacje przedstawić.

Zresztą niezależnie od przyczyn, dla których zamawiający opisał ten wymóg w taki sposób – wymóg ten istnieje i wykonawca musi go spełnić, a zamawiający dopilnować jego dotrzymania.

I tak dla poz. 1-3. na opakowaniu powinna być potwierdzona zgodność z normą PN-EN 455 oraz podwójne oznakowanie jako wyrób medyczny i środek ochrony osobistej kategorii III z fabrycznym oznakowaniem na opakowaniu (norma EN 420, EN 374-2,3 z poziomami ochrony).

Zatem z powyższego rzeczywiście wynika, jak wskazywał odwołujący, że na opakowaniu powinien być podany poziom ochrony („level”). Oczywiście określenie to niekoniecznie ma być w języku angielskim.

Formułując opis zamawiający bowiem niewątpliwie kierował się jakimiś wzorami – najpewniej po prostu oznakowaniem na opakowaniach. Zatem przy interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w formularzu cenowym niejako naturalnie stosuje się wygląd opakowań różnych producentów (informacje na nich zawarte) jako realizację zasady interpretacji oświadczeń woli wskazaną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” Skoro więc – jak wynika ze zdjęć przedstawionych przez odwołującego – producenci, przynajmniej w przeważającej większości, umieszczają na opakowaniu informację „level” wraz z odpowiednim numerem (taki jest „zwyczaj”), to o tę informację musiało chodzić zamawiającemu, gdy pisał o wskazaniu poziomów ochrony.

Rzeczywiście, zamawiający tak sformułował wymogi, że na etapie ofert nie wymagał próbek czy zdjęć pudełek, a wymagał jedynie informacji, że są tak oznakowane – uzupełnienia formularza cenowego z takim opisem. Tym samym weryfikacja następowałaby dopiero przy dostawie.

Jednak skoro już na etapie badania ofert powstała wątpliwość, czy oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego, bardziej logiczne jest wyjaśnić ją przed związaniem się z wykonawcą umową, niż później przyjąć produkt z umową niezgodny lub umowę rozwiązywać.

Jest to słuszne także z punktu widzenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oczywiste jest, że zamawiający nie powinien uznać za najkorzystniejszą oferty, która (ewentualnie) powinna podlegać odrzuceniu.

Przedstawione przez odwołującego opakowania rękawic rzeczywiście posiadają braki w oznakowaniu, jednak, jak słusznie zauważył zamawiający, nie muszą to być opakowania aktualne czy takie, w jakich rękawice zostaną dostarczone zamawiającemu.

Ze względu na to, że ABOOK Sp. z o.o. nie przystąpił do postępowania odwoławczego, a zamawiający nie dysponował wystarczającymi danymi, nie mogło to być rozstrzygnięte podczas postępowania odwoławczego, a konieczne jest uzyskanie stosownych informacji od wykonawcy. Zatem konieczne jest powtórzenie czynności badania oferty spółki ABOOK i zwrócenie się do niej z zapytaniem w tej kwestii.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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: