

Sygn. akt KIO 2192/19

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. odwołania wniesionego w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę SKAMEX Spółkę z o.o. Spółkę komandytową w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża SKAMEX Spółkę z o.o. Spółkę komandytową w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SKAMEX Spółkę z o.o. Spółkę komandytową w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od SKAMEX Spółkę z o.o. Spółkę komandytową w Łodzi na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa leków i wyrobów medycznych: NaCl 0,9% w strzykawkach oraz utensyliów do produkcji leków aseptycznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym, Unii Europejskiej w dniu 8 lipca września 2019 r. i opublikowane zostało pod numerem 2 2019/S 132-323450. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 16 października 2019 r. informacji o wyniku postępowania w części Nr 9 postępowania wykonawca SKAMEX Spółkę z o.o. Spółkę komandytową w Łodzi wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór, w zakresie części nr 9 oferty złożonej przez BECTON Dickinson Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „BECTON”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BECTON pomimo jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "S1WZ");
- 3) art. 94 ust. 1 pkt 1) oraz art. 94 ust. 2 pkt 1) lit. a) ustawy, poprzez błędne poinformowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu, o możliwym terminie zawarcia umowy;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 9, dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez BECTON, dokonanie powtórnej oceny ofert, uznanie że, oferta złożona przez BECTON podlega odrzuceniu, uznanie że odwołujący, w zakresie części nr 9 złożył ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie eksperymentu procesowego.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wyjaśniał treść SIWZ zmieniając wymagania. Becton zaoferował produkt powołując się na zespół cech wybranych zarówno z pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia, jak i treści dopuszczenia, co powoduje, że zaoferowany produkt nie jest zgodny ani z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia, ani treścią, dopuszczenia.

Ponadto odwołujący wywiódł, że zamawiający w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia określił precyzyjnie, że pojemność cylindra strzykawki miała wynosić max. 14 ml, na etapie udzielania wyjaśnień wyrażono zgodę na zaoferowanie produktu również o maksymalnej pojemności max 14 ml. Wniósł, o przeprowadzenie dowodu, w postaci eksperymentu procesowego polegającego na udowodnieniu, że oferowana przez BECTON strzykawka nie posiada wymaganej pojemności, a faktyczna pojemność cylindra wynosi ok. 15,5 ml, a nie wymagane przez zamawiającego 14 ml. Jako kolejny dowód odwołujący powołał film (załącznik do odwołania) oraz zrzuty z tego filmu, na podstawie których chciał wykazać, że strzykawka oferowana przez BECTON posiada objętość większą niż 14 ml.

Odwołujący zarzucił, że pierwszym dniem - w sytuacji jeżeli nie skorzystano z przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej - w którym zamawiający może zawrzeć umowę, jest 29 października (wtorek), a nie 28 października (poniedziałek) będący ostatnim dniem, kiedy wykonawcy mogą składać odwołania.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Jako dowód powołał film, na którym Kierownik Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej za pomocą specjalistycznego sprzętu laboratoryjnego dokonuje pomiaru objętości cylindra strzykawki. Uzyskany wynik to 14 ml. Opis pomiaru potwierdza protokół zbadania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 3 zadania nr 9 zamawiający wymagał dostarczenia w ciągu 12 miesięcy 20.000 szt strzykawek po pojemności 10 ml opisanych w następujący sposób:

„Strzykawka napełniona fabrycznie do przepłukiwania zawierająca chlorek sodu (izotoniczny roztwór NaCl 0,9%) o pojemności 10 ml (całkowita pojemność cylindra max. 14 ml). Strzykawka ma posiadać średnicę cylindra odpowiadającej strzykawce o pojemności 10 ml. Ma posiadać

długi korek zamykający o dł. min. 12mm, posiadający gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki Luer-Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wejścia do strzykawki. Specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks). Ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki przypadkową kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania oraz aspiracji. Po podaży tłok chowający się całkowicie w cylindrze strzykawki, co zapobiega ponownemu użyciu strzykawki oraz minimalizuje objętość strzykawki, co przyczynia zmniejszenie ilości odpadów medycznych. Okres ważności 3 lata.”

W toku postępowania zamawiający wyjaśniał SIWZ udzielając odpowiedzi na następujące pytania:

21. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie w poz. 1,2,3 wysterylizowanych radiacyjnie (gamma) strzykawek do przepłukiwania napełnionych fabrycznie izotonicznym roztworem Na Cl 0,9% zarejestrowanych jako wyrób medyczny, w objętościach zgodnych z SIWZ przy całkowitych pojemnościach cylindra max. 14 ml, z długim gwintowanym korkiem o długości całkowitej min. 12 mm zamykającym wejście do strzykawki luer lock, zapobiegającym przypadkowej kontaminacji wejścia do strzykawki, specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks), ogranicznik tłoka uniemożliwiający wysunięcie tłoka poza cylinder strzykawki, tłok po utyciu w wciskany do wnętrza strzykawki zgodnie z normą ISO 7886-1. Okres ważności 24 m-ce. Dodatkowe oznaczenie na cylindrze zawartej dawki.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę.

22. Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy strzykawki do przepłukiwania poz. 1.2,3 mają być sterylne analogicznie do strzykawek dwuczęściowych i trzyczęściowych, w tym strzykawek do pomp, powszechnie stosowanych w placówkach opieki zdrowotnej?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zaaferowanie strzykawek wyspecyfikowanych w pytaniu.

23. Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy strzykawki mają mieć zaznaczone na opakowaniu miejsce otwarcia dodatkową perforacją lub wolnymi do uchwytu listkami?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie strzykawek wyspecyfikowanych w pytaniu.

24. Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy strzykawki do przepłukiwania mają być gotowe do użycia bez konieczności odblokowywania tłoka tak jak standardowe strzykawki trzyczęściowe powszechnie stosowane w placówkach opieki zdrowotnej?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zaaferowanie strzykawek wyspecyfikowanych w pytaniu.”

Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą próbek oferowanych strzykawek.

Po złożeniu ofert odwołujący w piśmie skierowanym do zamawiającego z 19 sierpnia 2019 r. wskazał, że: zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 9 poz. 3 wymagał zaoferowania produktu o następujących parametrach: „Strzykawka napełniona fabrycznie do przepłukiwania zawierająca chlorek sodu (izotoniczny roztwór , NaCl

0,9%) o pojemności 10ml (całkowita pojemność cylindra max. 14 ml). Strzykawka ma posiadać średnicę cylindra odpowiadającą strzykawce o pojemności 10 ml. Ma posiadać długi korek zamykający o dł. min. 12mm, posiadający gwintowane przedłużenie zamykające wejście do strzykawki Luer-Lock, zapobiegający przypadkowej kontaminacji wejścia do strzykawki. Specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks). Ogranicznik tłoka strzykawki uniemożliwiający ; wysunięcie tłoka poza przestrzeń sterylną strzykawki przypadkową kontaminację roztworu podczas przygotowania strzykawki do przepłukiwania oraz aspiracji. Po podaży tłok chowający się całkowicie w cylindrze strzykawki, co zapobiega ponownemu użyciu strzykawki oraz minimalizuje objętość strzykawki, co przyczynia zmniejszenie ilości odpadów medycznych. Okres ważności 3 lata.” BECTON zaoferował w pakiecie 9, poz. 3 produkt: Strzykawka z solą fizjologiczną 10 ml BD Posiflush 10 ml, kod EAN 30382903065852, nr katalogowy 306585, który jest niezgodny z opisem SIWZ, gdyż nie posiada tłoka chowającego się całkowicie w cylindrze strzykawki po podaży.

Zamawiający wystąpił do BECTON prosząc o ustosunkowanie się do zarzutów odwołującego. W odpowiedzi uzyskał wyjaśnienia, że strzykawka oferowana przez BECTON posiada tłok chowający się do wnętrza cylindra pozostawiając jego część o długości 14 mm (do oceny na podstawie próbki) Rozwiązanie to jest zamierzone i stosowane przez licznych konkurencyjnych producentów – również strzykawki zastosowane przez SKAMEX. Zewnętrzna część tłoka ze względu na brak wcięcia poniżej jego płaskiej powierzchni utrudnia ponowne skorzystanie ze strzykawki po dokonaniu podaży. BECTON dodatkowo wykazywał podobieństwo rozwiązania stosowanego w strzykawkach oferowanych przez SKAMEX. BECTON zadeklarował przesłanie do zamawiającego próbek strzykawk oferowanych przez obu wykonawców i prosił o ocenę produktów na podstawie wyjaśnień i próbek.

Zamawiający za najkorzystniejszą w części 9 uznał ofertę BECTON i jako termin zawarcia umowy wskazał 28 października 2019 r.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą i

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kreując pierwszy zarzut dotyczący niezgodności treści oferty BECTON z treścią siwz odwołujący uznał, że cechy strzykawki oferowanej w poz. 3 części 9 zamówienia stanowią

kompilację opisu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia oraz udzielonych wyjaśnieniach, co jego zdaniem jest niedopuszczalne. Izba nie podzieliła tego poglądu.

Dostrzec trzeba, że wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego nie zmieniły postanowień siwz w ten sposób, że zamawiający dopuścił wariantowy sposób wykonywania zamówienia przez dopuszczenie dostaw strzykawk albo o cechach opisanych pierwotnie w siwz, albo o cechach wskazanych w udzielonych odpowiedziach. Wyjaśniając treść siwz zamawiający zadeklarował, że w zakresie objętym pytaniem dopuszcza możliwość złożenia oferty, która będzie spełniała wymagania zamawiającego rozszerzone o sytuacje opisane w zadawanych pytaniach. Oznacza to, że każda oferta spełniająca wymagania opisane w siwz oraz mieszcząca się w granicach zakreślonych udzielonymi wyjaśnieniami jest zgodna z siwz.

Wyjaśnienia treści siwz kształtują bowiem treść wymagań zamawiającego, mogą stanowić o zmianie siwz i mają charakter wiążący w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pogląd ten jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide*: wyroki w sprawach KIO 1648/11, KIO 388/12, KIO 1615/18) i skład orzekający go w pełni podziela.

Nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty BECTON na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu przekroczenia dopuszczonej przez zamawiającego całkowitej maksymalnej pojemności cylindra - 14 ml.

Przede wszystkim Izba zważyła, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z zasad udzielania zamówienia wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości jest dokonywanie oceny ofert złożonych w postępowaniu wyłącznie na podstawie postanowień siwz. Treść siwz jest podstawowym dokumentem w postępowaniu, który wyznacza zakres wymagań zamawiającego i sposób ich oceny. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonywanie oceny ofert na podstawie dokumentów potwierdzających zgodność tych ofert z opisanymi wymaganiami, zgodnie z nakazem wynikającym z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą próbek strzykawk i dokonywania ocen na ich podstawie Izba uznaje za co do zasady niedopuszczalne.

Po drugie, oceniając dowody zgłoszone przez strony Izba uznała dowody złożone przez zamawiającego za godne wiary i nadała im większą moc dowodową, niż dowodom złożonym przez odwołującego. Zamawiający badania całkowitej pojemności cylindra strzykawki PosiFlush (10 ml) oferowanej przez BECTOM dokonał w warunkach laboratoryjnych przy użyciu precyzyjnego sprzętu laboratoryjnego (automatycznej pipety Eppendorf N 14328 G – 100-1000 µl) i uzyskał wynik potwierdzający spełnianie wymagania opisanego w siwz. Pomiar i wynik udokumentowany jest na nagraniu oraz potwierdzony protokołem podpisanym przez trzy osoby, w tym kierownika zakładu diagnostyki laboratoryjnej oraz adwokata obecnego przy przeprowadzeniu badania.

Z dowodów złożonych przez odwołującego wynika natomiast wynik 15,5 ml, jednak dokonywanym przez niego pomiarem brak jest tej precyzji, z jaką badania dokonał zamawiający. Odwołujący nie wykorzystał specjalistycznego sprzętu, ani nie dokonał dokładnego pomiaru. Eksperyment procesowy, który odwołujący zamierzał przeprowadzić na rozprawie, miał mieć podobny przebieg, gdyż wykonawca nie dysponował sprzętem laboratoryjnym umożliwiającym dokładny pomiar. Izba postanowiła zatem tego dowodu nie dopuszczać. Uznała, że jego przeprowadzenie miałyby bowiem taki sam skutek, jak już został uwidoczniiony na filmie, zatem doszłoby do stwierdzenia tego samego faktu innymi dowodami. Stwierdzenie różnicy 1,5 ml płynu nie może nastąpić na podstawie bezpośredniej obserwacji, kolokwialnie mówiąc „na oko”.

Zarówno art. 190 ust 1 Pzp, jak i art. 6 k.c. wymagają udowodnienia powoływanego przez stronę faktu oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09 stwierdził, że aktywność winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z twierdzonego faktu skutki prawne. W ocenie Izby aktywność dowodowa odwołującego, ściślej - staranność dowodowa odwołującego, okazała się niewystarczająca.

Nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że jego naruszeniem byłoby faktyczne udzielenie zamówienia przed upływem 10 dni od dnia poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli przed upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania (*stand still*). W badanej sprawie, co potwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie doszło do zawarcia umowy. W związku z czym samo błędne wskazanie terminu udzielenia zamówienia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie stanowi naruszenia powołanego przepisu.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: