

Sygn. akt: KIO/2248/10

WYROK

z dnia 28 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2010 r. przez **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02-781 Warszawa, ul. Roentgena 5**

przy udziale wykonawcy **Aesculap – Chifa Sp. z o.o., 64-300 Nowy Tomyśl, ul. Tysiąclecia 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wyrobów medycznych* (znak postępowania: Pn-111/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 154-238168, w dniu 15 października 2010 r., wykonawca SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 października 2010 r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze w Pakiecie nr 1 oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. z Nowego Tomyśla oraz zaniechania jej odrzucenia, jako niespełniającej wymagań określonych w siwz. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1 zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 6 października 2010 r.

Odwołujący wskazał na niezgodność wybranej oferty z wymaganiem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia - zaoferowania „kaniul dożylnych z dodatkowym portem i zintegrowanym koreczkiem luer lock jednorazowego użytku, jałowych, wykonanych z poliuretanu z atraumatycznym końcem, cienkościennych zapewniających duży przepływ, o gładkiej powierzchni, posiadających samozamykający się zawór portu, optymalne położenie skrzydeł mocujących i przezroczystą komorę ułatwiającą obserwację. Kaniule powinny nadto być bez części metalowych w swoim przebiegu oraz posiadać zabezpieczenie otwierające się automatycznie po wyjęciu igły stalowej z kaniuli”. Zamawiający wymagał, aby zabezpieczenie otwierające się samoczynnie po wyjęciu igły stalowej z kaniuli chroniło personel zarówno przed zakłuciem, jak i zachłapaniem się potencjalnie zakażoną krwią, poprzez minimalizację niespodziewanego rozprysku krwi po wycofaniu igły (wyjaśnienia z dnia 03.09.2010 r.). W ocenie odwołującego, zaoferowane w wybranej ofercie kaniule – Vasofix Safety 20G produkcji B.Braun Melsungen AG, numer katalogowy 4269110S-01, budzą wątpliwości co do spełniania wymagania zamawiającego, na co wskazywać ma uwaga producenta o potrzebie powolnego wyciągania kaniuli stalowej, równomiernie, prosto, tak aby uniknąć teoretycznie możliwego rozprysku krwi. Odwołujący zlecił przeprowadzenie badania na urządzeniu Sakito z użyciem kaniul B.Braun Melsungen AG, które wykazało, iż dochodzi do rozprysku płynu znajdującego się w samej igle oraz na mechanizmie zabezpieczającym igłę przed zakłuciem. Analogiczne badania wykazały, iż przy wykorzystaniu kaniuli oferowanej przez odwołującego do takiego rozprysku nie dochodzi. Zamawiający winien w sposób szczególny zbadać, czy zaoferowany wyrób spełnia wszystkie postawione wymagania, skoro jednym z kryteriów oceny ofert była jakość, dla której

zamawiający ustalił wagę 40%. Dokonanie we wskazanych okolicznościach wyboru oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1 i odrzucenie oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o., powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w pakiecie nr 1.

W dniu 18 października 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Aesculap – Chifa Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. W przystąpieniu, wykonawca wskazała na stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 08.09.2010 r., w którym udzielając odpowiedzi dopuścił zarówno zabezpieczenie bocznego portu przez korek samozamykający jak również inne rozwiązania zamknięcia portu. Przystępujący wskazał na odmienny sposób badań kaniuli przeprowadzonych na zlecenie odwołującego, jaki wynika z normy PN EN ISO 10555-5 i która dotyczy sprawdzenia elementu tj. zatyczki odpowietrzającej znajdującej się na nasadce igły, podczas którego mierzy się czas w sekundach do chwili spadnięcia pierwszej kropli płynu. Przystępujący analizując protokoły badania wskazał na nieprawidłowości, które doprowadziły do zmanipulowania ich wyników, które powinny być korzystniejsze dla produktu oferowanego przez przystępującego, który wyposażony jest w filtr hydrofobowy. W ocenie przystępującego, badania przeprowadzone zostały w oparciu o niewłaściwą normę, a także w oparciu o własną metodykę, której celem było wprowadzenie w błąd uczestników postępowania. Odwołujący sugeruje sposób prowadzenia badań (zakładania kaniuli), który prowadziłby do uszkodzenia ciała pacjenta i który nie jest stosowany w praktyce, niezależnie od rodzaju używanej kaniuli. Wskazanie przez producenta na teoretyczne ryzyko rozprysku krwi, wynika z dobrych praktyk rynkowych informowania klientów o możliwych ryzykach związanych z nieprawidłowym wykorzystaniem produktu. W ocenie przystępującego, ocena oferty wybranej nie naruszała wskazanych przepisów, a wnioski i zarzuty odwołującego, sprowadzające się do żądania uwzględnienia subiektywnych wyników badań, nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający dokonując wyboru w pakiecie nr 1 oferty Aesculap – Chifa Sp. z o.o., nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2.

W ocenie Izby, oferta wybrana nie podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba nie uznała za zasadne twierdzenie odwołującego o istnieniu niezgodności oferty wybranej z zapisem siwz, dotyczącym warunku, aby kaniula „posiadała zabezpieczenie otwierające się automatycznie po wyjęciu igły stalowej z kaniuli” (załącznik nr 1 do siwz). Izba uznała, iż odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 3 września 2010 r. potwierdzająca, iż zabezpieczenie ma chronić personel zarówno przed zakłuciem jak i zachlapaniem się potencjalnie zakażoną krwią, poprzez minimalizację niespodziewanego rozprysku krwi po wycofaniu igły, stanowiła wyjaśnienie wymagania, aby kaniula była wyposażona w mechanizm zabezpieczający. Zamawiający dopuścił zarówno zabezpieczenie boczne portu przez korek samozamykający, jak również inne rozwiązania zamknięcia portu (odpowiedź z dnia 08.09.2010 r.). W kontekście przywołanych odpowiedzi zamawiającego, Izba przyjęła, iż każda kaniula posiadająca zabezpieczenie otwierające się samoczynnie po wyjęciu igły, stanowi ochronę personelu przed ryzykiem zakłucia i zakażenia personelu medycznego, jakiej oczekiwał zamawiający. Zwrot użyty w pytaniu „minimalizacja niespodziewanego rozprysku krwi” nie oznaczał wymagania całkowitej eliminacji ryzyka, co również nie zostało stwierdzone przez zamawiającego w odpowiedzi. Nie można zatem uznać, iż wskazanie przez producenta na teoretyczną możliwość rozprysku krwi przy wycofywaniu kaniuli stalowej, stanowi o braku wymaganego zabezpieczenia. Izba nie przyjęła jako dowodu w sprawie wyników badań przeprowadzonych na zlecenie odwołującego przez producenta oferowanych przez niego kaniul. Również prezentacja, jaką na wniosek odwołującego przeprowadził w trakcie rozprawy przedstawiciel producenta Becton Dickinson, w ocenie Izby, nie mogła stanowić dowodu na okoliczność podnoszoną w tezie dowodowej, tj. wystąpienia rozprysku krwi/płynu imitującego krew w kaniuli B.Braun Melsungen AG. Przyjęta metodologia sprawdzenia zabezpieczenia kaniuli została opracowana na potrzeby tego badania i nie znajdowała potwierdzenia w normie PN-EN ISO 10555-5, część 5, która odnosi się do badania wycieku płynu z zatyczki odpowietrzającej.

Samo badanie, jak i prezentacja była przeprowadzona z wykorzystaniem urządzenia skonstruowanego zgodnie z zaleceniami normy PN-EN ISO 10555-5. Wyniki badań, powtórzone w trakcie prezentacji nie mogły mieć znaczenia z uwagi na brak przepisów, czy też norm, pozwalających na ustalenie, jakie zabezpieczenie jest wystarczające dla osiągnięcia efektu minimalizacji rozprysku krwi. W ocenie Izby, nie było podstaw do powoływania biegłego na okoliczność podnoszoną w tezie dowodowej – wystąpienia rozprysku krwi, która nie wymagała wiadomości specjalistycznych. Sama możliwość wystąpienia rozprysku była potwierdzana tak przez zamawiającego, jaki i przystępującego do postępowania odwoławczego, z tym zastrzeżeniem, iż wynikać miałyby z niewłaściwego wycofywania igły. W przypadku obu oferowanych kaniuli, igła ma kontakt z krwią, a zatem zawsze występuje ryzyko, iż część krwi pozostała po usunięciu igły może być rozprysnięta, co jednak nie oznacza, iż kaniula nie jest wyposażona w mechanizm zabezpieczający, którego wymagał zamawiający.

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 i 4 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 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....

.....