

Sygn. akt: KIO 383/20

WYROK
z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 lutego 2020 r.** przez wykonawcę **T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S., ul. Alejkowa 21/paw. B9, 15-528 Sowlany** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o. o., Al. Solidarności 67, 03-401 Warszawa**

przy udziale wykonawcę **Szulke Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 132, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S., ul. Alejkowa 21/paw. B9, 15-528 Sowlany i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S., ul. Alejkowa 21/paw. B9, 15-528 Sowlany** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego w częściach - „Dostawa środków dezynfekcyjnych na potrzeby Szpitala Praskiego p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o.o. w Warszawie”, znak sprawy: ZP/56/ŚRODKI DEZYNFEKCYJNE/2019/BZP zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 620847 - N - 2019, data zamieszczenia 08.11.2019 r. przez Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego Sp. z o. o., Al. Solidarności 67, 03-401 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 19.02.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty w cz. 2 na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” – T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S., ul. Alejkowa 21/paw. B9, 15-528 Sowlany zwanego dalej: „ProjectMed T. S.” albo „Odwołującym”.

W dniu 24.02.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ProjectMed T. S. wniósł odwołanie na w/w czynność z 19.02.2020 r. w zakresie cz. 2. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 24.02.2020 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego w części nr 2 poz. 4 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas gdy z przedstawionych dokumentów/próbki wynika jednoznacznie, że preparat spełnia wymagania Zamawiającego;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania;

Wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego.

Dnia 19.03.2020 Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w części nr 2 poz. 4. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż: „Zamawiający dla części nr 2, w poz. 4

wymagał preparatu do dezynfekcji błony śluzowej jamy ustnej, gotowy do użycia; bezbarwnego, bez alkoholu, nie przebarwiający szkliwa zębów. Trwałość preparatu po otwarciu opakowania min 3 miesiące - opakowanie z miarką. Wykonawca zaoferował produkt Germoxid Collturio, a na wezwanie Zamawiającego do przedstawienia próbki w tym zakresie - celem potwierdzenia dowodowego zgodności z wymaganiami Zamawiającego przedłożył rzeczony preparat, który jednak nie posiada miarki, a zatem oferta w przedmiotowej części jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu, zgodnie z dyspozycją art. 89. ust 1 pkt 2 ustawy Pzp". /Dowód: informacja w sprawie rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części nr 3, 10 oraz odrzucenia oferty w części nr 2 z 19.02.2020 r./

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Odwołujący przedłożył próbkę preparatu Germoxid Collturio wraz z etykietą. Zgodnie z treścią etykiety miarką jest nakrętka. Co za tym idzie zaoferowany preparat spełnia wszystkie wymagania wyrażone w SIWZ. Na marginesie zauważył, iż Zamawiający nie określił żadnych wymagań co do miarki. /Dowód: etykieta produktu Germoxid Collturio/.

Przytoczone okoliczności oraz przedstawione dowody w pełni uzasadniają, że taki sposób postępowania Zamawiającego narusza przepisu Pzp. Zamawiający naruszył podstawowe zasady prawa zamówień publicznych wyrażone w dyrektywie i w art. 7 ust. 1 Pzp - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a zwłaszcza zasady przejrzystości postępowania. Zamawiający uchybił regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przede wszystkim poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Co za tym idzie Zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania. Wobec powyższego niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i jako takie winno być uwzględnione. Naruszenie przepisów przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego korzyści wynikających z uzyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Zamawiający w dniu 26.02.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.02.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Schulke Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 132, 02-305 Warszawa zwane dalej: „Schulke Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.03.2020 r. (e-mailem) Schulke Polska Sp. z o.o. wniosło sprostowanie w zakresie zgłoszonego przystąpienia. Sprostowanie dotyczyło terminu uzyskania informacji co do wniesionego odwołania, stwierdzono, że było 24.02.2020 r., a powinno 26.02.2020 r.

W dniu 02.03.2020 r. (e-mailem) ProjectMed T. S. opozycje co do zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego, w zakresie terminu zgłoszenia oraz braku interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w części 2, w wypadku potwierdzenia się zarzutów i uwzględnienia odwołania, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba oddaliła opozycje Odwołującego co do braku interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Schulke Polska Sp. z o.o. Po pierwsze dlatego, iż charakter interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której ma miejsce zgłoszenie przystąpienia, w tym wypadku Zamawiającego jest szerszy niż interes w uzyskaniu zamówienia. Po drugie, w cz. 2 oprócz Odwołującego tylko Schulke Polska Sp. z o.o. złożyła ofertę.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Dotyczy to także oferty Odwołującego w cz. 2 /zał. 2.2/, wezwania Zamawiającego z 10.12.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do Odwołującego, odpowiedzi z 13.12.2019 r. /wpływ/ Odwołującego na wezwanie wraz załącznikami w postaci dokumentów oraz próbek zaoferowanych preparatów w cz. 2, pisma Przystępującego z 09.12.2019 r. złożonego w postępowaniu przetargowym w zakresie m.in. zaoferowanych preparatów przez Odwołującego, w tym Germoxid Collutorio /ulotka wraz z zdjęciem preparatu/ oraz informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego w cz. 2 z 19.12.2019 r.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również złożone wraz z odwołaniem przez Zamawiającego jako dowód:

- Kopie etykiety z zaoferowanego preparatu przez Odwołującego.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również zawnioskowany przez Zamawiającego na rozprawie dowód w postaci próbki Germoxid Collutorio, zaoferowanego preparatu w ramach cz. 2 poz. 4, złożonej przez Odwołującego w ramach wymogów postępowania w dniu 13.12.2019 r., na wezwanie Zamawiającego z 10.12.2019 r.

Jednocześnie, Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego uznając, że stanowisko Zamawiającego z rozprawy w zakresie maksymalnej wielkości możliwej do dozowania jest jego stanowiskiem przedstawionym na potrzeby postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego w części nr 2 poz. 4 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas gdy z przedstawionych dokumentów/próbki wynika jednoznacznie, że preparat spełnia wymagania Zamawiającego;

2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście sformułowanych wymogów w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności zaistniałych w postępowaniu. Ich ocena był odmienna między stronami.

Szczegółowe odniesienie do poszczególnych kwestii będzie miało miejsce w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba z uwagi na charakter zarzutów zawartych w odwołaniu, uznała, że kwalifikują się one do ich łącznego rozpoznania. Uznając, że podlegają one oddaleniu.

Istotą sporu jest ocena, czy czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w cz. 2 poz. 4 była uzasadniona i miała swoje oparcie w postanowieniach SIWZ. W ocenie Izby, należy odpowiedzieć twierdząco w zakresie postawionej wyżej kwestii. Zamawiający bowiem oczekiwał w ramach załącznika nr 2 do SIWZ, tj. załącznik nr 2.2 po zmianie w zakresie zał. 2.4 w poz. 4 zaoferowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia: preparatu do dezynfekcji błony śluzowej jamy ustnej. Gotowego do użycia, bezbarwnego. Bez alkoholu. Nie przebarwiającego szkliwa zębów. Trwałość takiego preparatu po otwarciu miała być minimum 3 miesiące. Nadto, co najistotniejsze Zamawiający oczekiwał opakowania z miarką.

Odwołujący uznawał, że spełnił wszystkie wymogi, w tym także ten ostatni wymóg i niezasadnie została odrzucona jego oferta z tej ostatniej przyczyny, gdyż zgodnie z treścią etykiety umieszczonej na preparacie, a także załączonej do odwołania przez Odwołującego miarką w tym preparacie jest sama nakrętka.

Jednakże, dowód przeprowadzony z próbki złożonej przez Odwołującego w ramach wymogu postępowania na wezwanie Zamawiającego, próbki której pochodzenie potwierdził

na rozprawie Odwołujący, przeczy tej tezie. Na wewnętrznej bowiem stronie nakrętki nie ma żadnej podziałki, czy też skali. Przy czym, nie chodzi tylko o brak możliwości dozowania mniejszej ilości niż wskazana przez producenta na etykiecie – 10 ml (na co wskazywał Zamawiający na rozprawie), ale także nawet tej docelowej referencyjnej opisanej przez producenta na etykiecie. Wykonanie bowiem płukania płynem 10 ml (jedna nakrętka) przez 20 sek. jest *de facto* w połączeniu z samą nakrętką nieprecyzyjne, gdyż z uwagi na brak jakiegokolwiek oznaczenia na wewnętrznej stronie nakrętki, nie wiadomo, jak ową miarkę /za jaką uważa ją Odwołujący/ należy użytkować. Inaczej mówiąc, czy należy niniejszą nakrętkę wypełnić „*po brzegi do końca*”, czy też wystarczy napelnić ją preparatem do pewnego poziomu, a jeśli tak to do jakiego.

Izba nie podzieliła także twierdzeń Odwołującego z rozprawy, że jest to kosmetyk, czy też, iż Zamawiający nie wskazał docelowego przeznaczenia, z SIWZ jasno bowiem wynika, że ma służyć do dezynfekcji błony śluzowej jamy ustnej, jednocześnie cała cz. 2 zawiera preparaty do chirurgicznego i higienicznego mycia rąk oraz ciała i włosów pacjenta. Jak więc widać środek do dezynfekcji był przeznaczony docelowo dla pacjentów Zamawiającego, których stan zdrowia może być różny, z tej przyczyny przeznaczenie o charakterze szpitalnym dla polepszenia stanu życia i zdrowia pacjentów, do ich dezynfekcji, a nie dla celów kosmetycznych, jest bezsprzeczne.

Negowanie w tym zakresie przeznaczenia preparatu przez Odwołującego na rozprawie, Izba traktuje jako przejaw tylko i wyłącznie taktyki procesowej, nie zaś przejaw braku wiedzy w tej materii. W konsekwencji Zamawiający kierując się dobrem, czyli życiem i zdrowiem pacjentów, miał prawo oczekiwać, z uwagi na wskazane w SIWZ przeznaczenie tak całego pakietu (części 2), jak i tej konkretnej pozycji, że miarka będzie pozwalała na precyzyjne dozowanie środka do dezynfekcji jamy ustnej, odpowiednio do stanu zdrowia pacjenta.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....