

Sygn. akt: KIO 1627/15

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2015 r. przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Mercator Medical S.A., ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. K., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówieni publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa bielizny szpitalnej do użytku, zacisków naczyniowych, narzędzi chirurgicznych, rękawic chirurgicznych oraz przepływowych aparatów do ćwiczeń oddechowych - 8 pakietów.

Odwołujący Skamex sp. z o.o. sp. k. zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 6, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 6, nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej wymagane przez Zamawiającego parametry uwzględnione jako obligatoryjne, lub nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Mercator Medical S.A., nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 6 złożył Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że: w opisie pierwotnym pakietu nr 6 na rękawice chirurgiczne Zamawiający oczekiwał rękawic „oznakowanych jako Środek Ochrony Osobistej Kategorii III”. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że Zamawiający oczekiwał wówczas rękawic nie tylko spełniających zasadnicze wymagania dla tego typu produktu, ale i oznakowanych stosownymi piktogramami, czy znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej na podstawie przeprowadzonej przez ową jednostkę oceny zgodności określonej w certyfikacie CE.

W wyniku prośby wykonawcy o odstąpienie od wymogu zarejestrowania jako kategoria III, Zamawiający zmienił zakres swoich wymagań na rzecz rękawic „spełniających wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III”.

Odwołujący wskazywał, że produkt spełniający wymagania rękawicy ochronnej to produkt, który po przebadaniu zgodnie z obowiązującymi normami zapewnia użytkownikom określony poziom ochrony przed czynnikami biologicznymi i chemicznymi (EN 374-1,2,3) oraz spełnia podstawowe wymagania parametrów mierzalnych dla rękawicy ochronnej jak: pH, zręczność, poziom protein. Rękawica spełniać ma wymagania minimalnych cech fizycznych rękawicy ochronnej i właściwości ochronnych dla rękawicy stosowanej w medycynie.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Mercator nie tylko nie załączył takiego potwierdzenia

spełniania wymagań dla rękawic ochronnych kategorii III przez zaoferowane rękawice medyczne, ale i w ramach wyjaśnień w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, potwierdził w piśmie z dnia 15 lipca 2015 r., że poza testami dla kilku chemikaliów wg EN 374-3 nie posiadają one potwierdzenia spełniania pozostałych wymagań dla innych mierzalnych parametrów określonych w innych normach dla Środków Ochrony Osobistej kategorii III. Wykonawca Mercator w piśmie z dnia 15 lipca 2015 r. stwierdził, że zmiana zapisów specyfikacji dotycząca właściwości ochronnych rękawic pozostawiła przedmiot zamówienia bez wymagań. Zdaniem Odwołującego, gdyby tak było, Zamawiający zrezygnowałby z tego punktu w specyfikacji, a nie zastąpił go innym.

Zdaniem Odwołującego, wskazane powyżej okoliczności powodują, że treść merytoryczna oferty Mercator nie odpowiada treści SWZ, co z kolei obliguje Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty na podstawie art. 26 ust. 3 lub odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 15 lipca 2015 r. Wykonawca Mercator Medical S.A. udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że:

Zamawiający pierwotnie wymagał rękawic chirurgicznych, które są (b) zarejestrowane jako środek ochrony osobistej kategorii III. Po udzielnych wyjaśnieniach w dniu 25.05.2015 został zmieniony opis przedmiotu zamówienia w zakresie punktu b, który otrzymał brzmienie:

b) spełniające wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III.

Zgodnie z dokonaną modyfikacją Zamawiający odstąpił od wymogu zaoferowania produktu będącego zarejestrowanym środkiem ochrony indywidualnej w kat. III.

Rękawice kategorii 3 - w przypadku nieodwracalnego lub śmiertelnego ryzyka można zdefiniować następująco:

„Rękawice przeznaczone do ochrony przed najwyższym poziomem ryzyka (np. przed substancjami chemicznymi) muszą być testowane i zatwierdzone przez Jednostkę Notyfikowaną. Dodatkowo system zapewnienia jakości, używany przez producenta w celu zagwarantowania jednorodności produkcji, musi być sprawdzany niezależnie. Organ przeprowadzający tę ocenę jest określony przez numer znajdujący się obok znaku CE.

Rękawice zarejestrowane jako środek ochrony indywidualnej kat III muszą spełniać wymagania odpowiednich norm EN 420, EN 374, EN 388 oraz: przejść pozytywnie certyfikację jednostki notyfikowanej na podstawie, której producent uzyskuje certyfikat oceny zgodności typu WE dla badanego produktu, oznaczyć produkt znakiem CE wraz z numerem jednostki notyfikującej, przeprowadzić badania zgodnie z EN 374-3 na min. 1 substancję chemiczną, przeprowadzić badanie odporności mechanicznej zgodnie z EN 388, Przeprowadzić badanie zgodnie z EN 420 - stawiającej ogólne wymaganie dla rękawic ochronnych w oparciu o spełnienie powyższych norm stosownie oznakować produkt (kat. III

nakłada obowiązek umieszczenia na opakowaniu jednostkowym produktu wyników badania zgodności z EN 37 , EN 388 oraz minimum 2 piktogramów oraz w zależności od wyników badania odporności chemicznej EN 374.

W wyjaśnieniach Wykonawca Mercator wskazał także, że po dokonanej modyfikacji twierdzenie, że zgodność z normami EN 420, EN 374-1-2, a także EN 388 nie jest obligatoryjna, ponieważ w SIWZ nie zostało dokładnie wskazane, co Zamawiający rozumie poprzez postawienie wymogu zaoferowania rękawic spełniających wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III (a nie będących zarejestrowanym środkiem ochrony indywidualnej kat. III). Z punktu bezpieczeństwa użytkownika podstawą kategoryzacji rękawic i jej dostosowania do poziomu ochrony (kat. I, II, III) jest ich przebadanie (lub nie w przypadku kat. I) w zakresie odporności na substancje chemiczne oraz podanie wyniku - czasu w którym w rękawicy można bezpiecznie pracować przy kontakcie % badaną substancją. Na str. 27-28 oferty Mercator Medical w załączonym folderze znajduje się informacja z wynikami badań przeprowadzonymi pod kątem odporności na substancje chemiczne zaoferowanych rękawic.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli potwierdzenie, że zaoferowane w pakiecie 6 rękawice chirurgiczne zostały zarejestrowane jako środek ochrony osobistej kategorii III. Zamawiający zmienił wymaganie w ten sposób, że po dokonanej modyfikacji oczekiwał, aby oferowane rękawice chirurgiczne spełniały wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III.

W treści odwołania, jak również w trakcie rozprawy, Odwołujący nie przedstawił definicji pojęcia „spełniający wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III”. W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił wykaz norm, które w jego ocenie powinny spełniać

rękawice chirurgiczne, aby zostały uznane za spełniające wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III. Załączony dokument nie jest jednak podstawą, która wskazywałaby na konieczność spełnienia przez wykonawców wszystkich norm, na które powołuje się Odwołujący. Na pytanie Izby, Odwołujący nie potrafił wykazać i przedstawić dokumentu, z którego wynikałaby sztywna definicja środka ochrony osobistej kategorii III, która wskazywałaby, że spełnienie wymagań takich norm będzie oznaczało, że oferowane rękawice chirurgiczne mogą zostać uznane za spełniające wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III. Odwołujący nie wskazał żadnego punktu dyrektywy, z którego wynikałaby konieczność wykazania spełnienia wszystkich wymienionych przez Odwołującego norm dla potwierdzenia wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III. Zatem Odwołujący nie wykazał, że zaoferowane przez Przystępującego rękawice chirurgiczne nie spełniają wymagań SIWZ. Należy podkreślić, że w SIWZ nie zostało dokładnie wskazane, co Zamawiający rozumie poprzez postawienie wymogu zaoferowania rękawic spełniających wymagania dla środka ochrony osobistej kategorii III (a nie będących zarejestrowanym środkiem ochrony indywidualnej kat. III).

Skoro Odwołujący nie wykazał, że istnieje obowiązująca definicja takiego pojęcia, a także SIWZ nie zawierała takiej definicji, oznacza to, że nie można uznać, że zaoferowane przez Przystępującego rękawice chirurgiczne nie spełniają wymagań SIWZ.

Należy także podkreślić, że Zamawiający zmienił swoje wymagania i nie oczekiwał przedstawienia dokumentu rejestracji (dla której wymagane jest spełnienie wymagań określonych norm). Zamawiający przyznał, że nie po to złagodził wymagania i zrezygnował z konieczności przedstawienia przez wykonawców dokumentu rejestracji rękawic chirurgicznych, aby ponownie oczekiwać spełnienia wszystkich norm wymaganych dla rejestracji. W związku z powyższym należało uznać, że załączone przez Przystępującego do oferty dokumenty potwierdzają spełnienie norm wskazanych w SIWZ jako wymagane.

Dodatkowo należy zauważyć, że stawiając w odwołaniu zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący nie wskazał, jakie konkretnie dokumenty miałyby zostać uzupełnione przez Przystępującego i jakie okoliczności (oraz na jakiej podstawie), uzupełnione dokumenty miałyby potwierdzać.

Nadto za niezasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego zawarte na stronie czwartej odwołania. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie sformułował żadnego wniosku związanego z jego twierdzeniami ujętymi w punkcie VIII odwołania. Zatem na marginesie Izba zauważyła, że Odwołujący sam wskazał w treści odwołania, że Zamawiający nie uwzględnił konieczności podania w formularzu cenowym producenta rękawic. Nadto, Wykonawca Mercator wyjaśnił w trakcie rozprawy oraz przedstawił na tę

okoliczność dokument, że producent oraz wystawca dokumentu potwierdzającego parametry oferowanego produktu są to firmy należące do tej samej grupy.

Ciężar dowodu wykazania okoliczności, na które powoływał się Odwołujący spoczywał wyłącznie na Odwołującym. Odwołujący nie podołał obowiązkowi wykazania okoliczności, na które powoływał się w odwołaniu, a więc braku spełnienia warunków SIWZ przez Przystępującego, braku zgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący nie udowodnił, że zachodziła konieczność wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym bardziej do odrzucenia jego oferty.

W związku z powyższym Izba uznała zarzuty podniesione w odwołaniu za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono 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 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) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....