

Sygn. akt: KIO 2546/12

WYROK
z dnia 3 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012r. przez wykonawcę **Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Radomski Szpital Specjalistyczny, ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Radomski Szpital Specjalistyczny, ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Radomskiego Szpitala Specjalistycznego, ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom na rzecz Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Radomiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Radomski Szpital Specjalistyczny Ul. Tochtermana 1, 26-610 Radom wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę płynów infuzyjnych, leków objętych programem terapeutycznym i innych leków, środków dezynfekcyjnych na skórę i błony śluzowe, materiałów hemostatycznych, dozowników na preparaty do dezynfekcji rąk, plastrów do aplikacji w metodzie Kinesiology Traping, koncentratów, szczepionek oraz zestawów do nebulizatora dla potrzeb Radomskiego Szpitala Specjalistycznego - część nr 29 Preparaty do dezynfekcji skóry, błon śluzowych i ran IV - nr sprawy: RSS/ZPFSiZ/P-37/.../2012.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2012r. pod nr 2012/S 154 – 257124 i w dniu 12 września 2012r. pod nr 2012/S 175 – 287991.

Informację o wyniku postępowania, w tym również o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Bialmed Sp. z o.o. ul. Marii Konopnickiej 11 a, 12-230 Biała Piska - zwanego dalej Bialmed, zostało przekazane Odwołującemu: Schulke Polska Sp. z o.o. Ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa w dniu 9 listopada 2012r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 19 listopada 2012r. wniósł od niej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Powyższe odwołanie zostało również wniesione od zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bialmed, która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ;
3. ewentualne naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wnosil o nakazanie

Zamawiającemu w zakresie Części nr 29:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Bialmed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;
4. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 3 nakazanie wezwania Bialmed do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust. 3 ustawy, co do potwierdzenia wymaganego spektrum działania zaoferowanych preparatów.

Swoje odwołanie oparł przede wszystkim na zarzucie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ – w załączniku nr 32 do oferty tj. Formularz Cenowy / Specyfikacja Techniczna został zdefiniowany przedmiot zamówienia, a w poz. 1 i 2 zostały podane wymogi, które powinny spełniać zaoferowane preparaty, w tym wskazanie m.in.: 3 różnych wielkości opakowań jednostkowych / 250, 500 i 1000 ml / spektrum działania obejmujące m.in. V, w tym Herpes i Papova.

Podniósł, że we wskazanych pozycjach części nr 29 wykonawca Bialmed zaoferował preparaty Softasept N bezbarwny (poz. 1) i barwiony (poz. 2), które nie spełniają tychże wymogów, jeśli zważyć na fakt, iż: preparaty zaoferowane przez tego wykonawcę są konfekcjonowane w opakowaniach 250 i 1000 ml (nie występuje opakowanie 500 ml), a wykonawca w sposób nieuprawniony w miejsce wymaganych opakowań 500 ml zaoferował opakowania 1000 ml - co jednoznacznie wynika z treści oferty wybranej (str. 40 i 41), a także z dokumentów produktowych załączonych do oferty.

Przyznał fakt, że w odpowiedzi na pytanie nr 31 z dnia 7 września 2012r. Zamawiający nie wyraził zgody na zaoferowanie w miejsce opakowania 500 ml opakowania 1000 ml, o co wnosił wykonawca występujący z wnioskiem o wyjaśnienie SIWZ, a jedynie stwierdził, iż opakowanie 1000 ml jest już dopuszczone we wskazanych pozycjach części nr 29.

Poza tym zarzucił, że preparaty te nie spełniają wymogów SIWZ również z powodu braku potwierdzenia spektrum zaoferowanych preparatów co do V - wirusy Herpes i Papova, zarówno w treści oferty (str. 40 – 42) jak i dokumentach przedmiotowych przedłożonych przez Wykonawcę (Charakterystyka produktu leczniczego i ulotka).

Twierdził, że wymóg sprecyzowany przez Zamawiającego - pkt. 7.11 SIWZ był

jednoznaczny i niebudzący wątpliwości tzn. wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty ulotki informacyjne lub karty charakterystyki potwierdzające, że oferowane produkty posiadają żądane spektrum i czas działania.

Wskazał, że Bialmed w ulotce potwierdził wirusobójcze działanie preparatów względem wirusów HIV, HBV, HCV, Vaccinia, Rota, Polio, nie potwierdził jednak skuteczności względów wirusów Herpes i Papova.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia wraz z jego zmianami i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz modyfikacjami, w tym udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ z dnia 7 września 2012r., oferty Bialmed i oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 30 października 2012r i odpowiedzi Bialmed na to wezwanie z dnia 5 listopada 2012r. wraz z załącznikami w postaci oświadczeń Aesculap – Chifa sp. z o.o., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i art.26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), nie dostrzegła jednak po stronie Zamawiającego naruszenia art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były między innymi kwestie czy Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Bialmed z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a także czy Zamawiający wobec braku w ofercie informacji o zwalczaniu przez zaoferowany preparat wirusa Herpersa i Papova nie był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia dokumentów informacyjnych potwierdzających żądane spektrum działania.

Izba w zakresie pierwszego zgłoszonego zarzutu doszła do przekonania, że treść oferty wyrażona w załączniku nr 32 stanowiącym formularz cenowy/specyfikacje techniczną w części nr 29 – Preparaty do dezynfekcji skóry, błon śluzowych i ran IV nie pozostaje w

sprzeczności z treścią zmienionego SIWZ w zakresie formularza cenowego/specyfikacji technicznej po zmianach z dnia 7 września 2012r.(załącznik nr 32 do ofert).

Zdaniem Izby wpisanie przez wykonawcę do rubryki w poz.3 formularza ofertowego zakresu działania Herpes i Papova bez takiego wpisu w poz.8 tegoż formularza ofertowego informacji o zakresie działania nie oznacza kolizji treści oferty w zaskarżonej części z treścią SIWZ, bowiem z oświadczenia zawartego w poz.3 wynika, że zakresem działania objęte są także wirusy Herpes i Papova.

Jednocześnie – w ocenie Izby – z odpowiedzi na pytanie nr 31 z pisma Zamawiającego z dnia 7 września 2012r. „Prosimy o dopuszczenie opakowań 1000ml zamiast 500ml w odpowiednim przeliczeniu ilości. W przypadku negatywnej odpowiedzi prosimy o merytoryczne uzasadnienie”, gdzie udzielił on odpowiedzi: „Zamawiający w w/w pozycjach dopuścił również opakowania 1000ml(1l), dlatego też pytanie jest bezprzedmiotowe” wynika, że jako równoważne Zamawiający przyjął także opakowanie 1000ml(1l) zamiast 500ml.

Izba przy tym ustaliła, że powyższa zmiana SIWZ była uwarunkowana otwarciem konkurencyjnym Zamawiającego wobec faktu, iż wyłącznym dostawcą opakowań przedmiotowych preparatów 500 ml jest Odwołujący.

Według Izby brak wskazania przez Zamawiającego uzasadnienia merytorycznego do żądania opakowania danej wielkości, pomimo oczekiwania wykonawcy zadającego pytanie na takie uzasadnienie jest równoznaczne z dopuszczeniem także opakowań 1000ml zamiast 500ml zgodnych z oczekiwaniami tegoż wykonawcy.

Nadto należy zważyć, że stosownie do brzmienia pkt.9.4 SIWZ w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma, zawierającego późniejsze oświadczenia Zamawiającego.

Zatem w rozpoznawanym przypadku pierwszorzędną regułą interpretacyjną SIWZ w spornym zakresie będzie powołane wyżej wyjaśnienie Zamawiającego.

Poza tym wymaga wskazania, że powyższe wyjaśnienie ma również zastosowanie w stosunku do części nr 27, 28, 29, 30 przedmiotu zamówienia z uwagi na zmianę ogłoszenia i wprowadzenie tych dodatkowych części oraz zważywszy na fakt, że część 13, o której mowa w pytaniu nr 31 dotyczy preparatów do dezynfekcji skóry, błon śluzowych i ran i została oznaczonych cyfrą I, a te nowo wprowadzone części zamówienia zostały oznaczone

następnymi po tej cyfrze cyframi od II do V i również dotyczą preparatów do dezynfekcji skóry, błon śluzowych i ran.

Rozpoznając w dalszej kolejności odwołanie należy stwierdzić, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt.7.11 SIWZ dotyczącym próbek, opisów, fotografii w zakresie części nr 13, 14, 18, 26, 27, 28, 29 i 30 Zamawiający wyjaśnił, że dla części nr 13, 14, 18, 26, 27, 28, 29 i 30 wykonawcy do oferty muszą załączyć ulotki informacyjne lub karty charakterystyki, potwierdzające, że oferowane produkty posiadają żądane spektrum i czas działania.

Zdaniem Izby dołączone do oferty przez Bialmed dokumenty w wykonaniu powyższego postanowienia SIWZ, a szczególności ulotka informacyjna Softasept N i karta charakterystyki, jak również decyzje Ministra Zdrowia z dnia 4 listopada 2008r. na preparat Softasept N zabarwiony i z dnia 6 listopada 2008r. na preparat Softasept N niezabarwiony oraz charakterystyki produktu leczniczego nie potwierdzają, iż oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby dokonane przez Zamawiającego uzupełnienie powyższych dokumentów przy okazji wyjaśnienia treści oferty zostało w sposób niezgodny z prawem

Do uzupełnienia powyższej kategorii dokumentów służy, co do zasady przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp, a nie instytucja określona w art.87 ust.1 ustawy Pzp służąca jedynie do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający mógł wprawdzie żądać od wykonawcy Bialmed wyjaśnienia treści oferty na zasadzie art.87 ust.1 ustawy Pzp w celu uzyskania informacji odnośnie okoliczności czy w ogóle oferowane preparaty posiadają żądany zakres działania, jednak nie był on uprawniony do oceny oferty w zakresie pkt.7.11 SIWZ bez posiadania złożonych przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających, że spełniają one wymagania Zamawiającego w zakresie żądanego spektrum działania.

Jednocześnie Izba reprezentuje zapatrywanie, że informacja wykonawcy zawarta w piśmie z dnia 5 listopada 2012r.o inaktywacji wirusa Polio przez preparat przeznaczony do dezynfekcji, jako tożsamej z inaktywacją innych wirusów, zarówno otoczkowych, jak i bez otoczkowych, a więc również wirusa Herpes oraz Papiloma Virus, zaliczanych niegdyś do niewystępującej obecnie w systematyce rodziny wirusów Papova nie zwalnia wykonawcy od obowiązku załączenia do oferty dokumentów na potwierdzenie spełniania wymogów

przedmiotowych w zakresie spektrum działania preparatu.

Poza tym Izba doszła do przekonania, że oświadczenia producenta preparatów Aeskulap – Chifa sp. z o.o. z dnia 24 września 2012r. dotyczą jedynie wirusa Herpes i Polio, milczą jednak w zakresie dotyczącym wirusa Papova, a Zamawiający nie udowodnił, że oświadczenia te potwierdzają takie działanie wirusobójcze tego preparatu.

Izba nie mogła również uznać powyższych dokumentów za dające podstawę Zamawiającemu do oceny przedmiotowych wymagań, bowiem zostały one pozyskane przez niego przy czynności wyjaśnienia oferty, a nie w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Na marginesie wymaga zauważenia, że Odwołujący w swojej ofercie na stronie 191 przedłożył postanowienie Ministra Zdrowia z dnia 4 lutego 2012r. wyjaśniające wątpliwości, co do treści decyzji Ministra Zdrowia nr RRH/4111/08 z dnia 10 grudnia 2008r., z którego to postanowienia wyraźnie wynika, że w dokumentacji ww produktu leczniczego złożonej w procesie dostosowania do wymogów Prawa farmaceutycznego opisana jest skuteczność działania produktu na V wirusy między innymi: Herpes Simplex i Papovirus.

Powyższy dokument wskazuje, że istnieją różne możliwości potwierdzenia spełniania warunków przedmiotowych tejże dostawy, a pominięcie wymaganych dokumentów zawierających ważne dla Zamawiającego informacje może być traktowane, jako naruszenie zasady równości i konkurencyjności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: