

Sygn. akt: KIO 2128/18

POSTANOWIENIE

z dnia 29 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 29 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 roku przez wykonawcę **Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **McPolska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skórzewie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 15.10.2018 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r. poz. 1579) zwanej dalej „ustawą PZP”, odwołanie złożył wykonawca **Sterimed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Dostawę urządzeń do sterylizacji*, znak sprawy 64/2018, Pakiet nr I prowadzi Zamawiający: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku**.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **McPolska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skórzewie**, która to oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ze względu na to, że treść oferty McPolska nie odpowiada treści SIWZ;
2. zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez firmę Sterimed z siedzibą w Warszawie w ramach pakietu nr 1, co stanowi naruszenie art. 91 ust 1 PZP w związku i art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP

Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego w dniu 5 października 2018. Odwołanie wniesiono w terminie 10 dni od otrzymania powyższej informacji. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości;
2. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy McPolska z siedzibą w Skórzewie, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
3. Nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego w ramach pakietu nr 1, zgodnie z art. 91 ust 1 PZP;
4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Podniesiono, że interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, że gdyby oferta firmy McPolska została odrzucona zgodnie z zasadami art. 89 ust 1 pkt 2 PZP, jako najkorzystniejsza wybrana zostać powinna oferta firmy Sterimed, a co za tym idzie Odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 14.07.2018r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na: dostawę urządzeń do sterylizacji, znak sprawy 54/2018 składający się z Pakietu nr 1 i 2. Termin składania ofert został wyznaczony na 21.08.2018 a potem zmieniony na 31.08.2018. Ogłoszenie zamieszczono na witrynie TED

Firma Sterimed złożyła ofertę w ramach Pakietu nr 1, w ramach tego samego pakietu została złożona jeszcze jedna oferta firmy McPolska.

Po otwarciu złożonych ofert wykonawców oraz wniesieniu do Zamawiającego o udostępnienie treści oferty firmy McPolska okazało się, że oferta firmy McPolska nie spełnia wymagań SIWZ, zawierając błędy skutkujące jej odrzuceniem w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wystosował pismo do Zamawiającego w dniu 18.09.2018r., które pozostawione zostało bez odpowiedzi.

Zamawiający w SIWZ określił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym w załączniku nr 1 zwanym formularzem cenowym, poprzez określenie parametrów minimalnych. Oferta firmy McPolska nie spełnia wymogów technicznych określonych w powyższym załączniku w zakresie:

- punktu 22 opisu parametrów, gdzie Zamawiający określił wymaganie dla urządzenia w zakresie wydajności dekontaminacji pomieszczenia o kubaturze 300m³.

Zaproponowane urządzenie model Airdecon 200 posiada wydajność jedynie do 200m³, a co za tym idzie nie spełnia wymagań i powinno zostać odrzucone. Na dowód Odwołujący załączył do odwołania Katalog urządzenia AIRDECON 200 producenta Amity International.

- punktu 4 i 5 parametrów, gdzie Zamawiający wymagał skuteczności mikrobiologicznej zgodnie z normą NFT 72-281 2009 oraz potwierdzenia tego poprzez załączenie wyników badań skuteczności wraz z ofertą. Załączone badania, mimo powołania się wprost na normę NFT 72-281, posiadają dopisek - adaptacja, co wskazuje, że nie spełniają wymogów normy, ponieważ nie zostały przeprowadzone zgodnie z jej założeniami i wymaganiami:

1. Norma wskazuje i wymaga, aby próbka z testem biologicznym była umieszczona w odpowiedniej odległości od urządzenia (zgodnie z załącznikiem Aneks B) oraz aby była umieszczona w pozycji wertykalnej i orientacji odwrotnej do urządzenia (punkt 5.5.1 g). Jest to bardzo istotne kryterium, ponieważ wymaga potwierdzenia testem, że proces jest skuteczny w całym pomieszczeniu poprzez wypełnienie go (zamglawianie) a nie tylko poprzez bezpośredni nadmuch aerozolu na badaną próbkę. Wyniki Badań przedstawionych przez McPolska przeprowadzone przez firmę Abbott Analytical z dnia 5 lipca 2013 opisują metodę badań na stronie 3, gdzie wskazane jest w wersji oryginalnej w języku angielskim „umieszczenie pionowe” ale zwrócone do urządzenia natomiast w tłumaczeniu jest położenie poziome na stole, w obu przypadkach niezgodnie z wymaganiami.

2. Norma wskazuje i wymaga, aby test został wykonany w określonych warunkach środowiska (punkt 5.5.1 d i e) tj. temperatura $20\pm 2^{\circ}\text{C}$ i wilgotność 50-75%, natomiast badanie przeprowadzone przez firmę Abbott na stronie 1 potwierdza temperaturę 24°C i wilgotność 31%. Nie sposób odpowiedzieć na pytanie, czy w prawidłowych warunkach wyniki byłyby wystarczająco dobre aby spełnić wymagania normy, pewne jest że byłyby gorsze.

3. Potwierdzenie spełniania normy, która jest już normą nieobowiązującą, gdyż aktualna wersja jest z 2014 roku wskazuje, że urządzenie nie spełnia aktualnie obowiązujących wymagań, a tym samym niejasny jest status i dopuszczenie do użytkowania w placówkach medycznych, zwłaszcza przy informacji, że badania zostało zlecone z adaptacją normy a nie wprost z normą.

4. Czas kontaktu wskazany na 1 stronie to 60 minut, a w opisie procedury na stronie 3 jest czas gazowania 80 minut plus czas przetrzymania 60 minut, czyli całkowity czas kontaktu aerozolu to 140 minut.

Jako dowody Odwołujący załączył do odwołania wydruk z normy NFT 72 281 2009 oraz wyniki badań wraz z tłumaczeniem z oferty firmy Mc Polska.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **McPolska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skórzewie**. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne i dopuściła zgłaszającego przystąpienie jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Jak ustaliła Izba, w protokole postępowania Druk ZP-PN w punkcie 4, Zamawiający podał, że wartość zamówienia określona została na kwotę 327 000,00 zł, co stanowi równowartość 75 840,15 euro. Wartość szacunkowa została ustalona w dniu 2 lipca 2018 roku na podstawie wyceny rynkowej. Z protokołu wynika, że zamówienie nie jest częścią większego zamówienia, dopuszczono składanie ofert częściowych. Zamawiający dopisał w protokole, że mimo że wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zamieścił ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które ukazało się pod numerem S 134- 304915 w dniu 14 lipca 2018 roku.

Na sesji otwarcia ofert Zamawiający podał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części I wynosi 315 000, 00 zł.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części zarzutu I, podnosząc, że dokona czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ oraz ponowi proces badania i oceny ofert.

Izba poinformowała Odwołującego o szacunkowej wartości postępowania ustalonej przez Zamawiającego, wskazując, że postępowanie ma charakter podprogowy, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający. Wobec powyższego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Na marginesie Izba zauważa, że w postępowaniach, których wartość nie przekracza określonej wartości wynikającej z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp Zamawiający może przekazać do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, którego publikacja ze względu na wartość postępowania nie jest obowiązkowa. Powyższe nie oznacza jednak, że do takiego postępowania stosuje się inne przepisy, to znaczy jak dla postępowań powyższej progów, np. dotyczące środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem progu wartościowego nie traci przymiotu postępowania podprogowego, tylko z uwagi na zmianę publikatora ogłoszenia o zamówieniu. O zastosowaniu odpowiedniej grupy przepisów, w tym dotyczących terminów korzystania ze środków ochrony prawnej, decyduje prawidłowo określona wartość szacunkowa zamówienia, nie miejsce publikacji ogłoszenia.

Należy przy tym stwierdzić, że okoliczność, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia stosując instytucje Prawa zamówień publicznych w sposób nadmiarowy, nie uprawnia wykonawców do skutecznego wniesienia odwołania do Prezesa KIO w terminach jak dla postępowań powyżej progów. Okoliczności tej nie zmienia także błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono zarówno w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej w terminach przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Jednocześnie dostrzec należy, iż

Zamawiający winien w ogłoszeniu lub SIWZ powinien w takiej sytuacji poinformować wykonawców, że ogłoszenie wskazujące na prowadzenie postępowania powyżej progów ma charakter nieobowiązkowy, nadmiarowy. W odmiennej sytuacji bowiem takie działania Zamawiającego wprowadzają wykonawców w błąd, co skutkować może dla nich negatywnymi decyzjami w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972). Jednocześnie Izba odmówiła zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego uznając je za nieuzasadnione, kierując się zasadami słuszności, bowiem to Zamawiający wprowadził Odwołującego w błąd co do wartości postępowania.

Przewodniczący:

.....