

Sygn. akt KIO 232/18

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2018 r. przez odwołującego – **M. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P. M. ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gdański Uniwersytet Medyczny ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A 80-210 Gdańsk,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – **M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P. M. ul. Kołłątaja 4, 62-035 Kórnik** kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579 ze zm.), [ustawy Pzp], którego przedmiotem jest: „„Dostawa myjni oraz maceratora" w zakresie Pakietu nr 1 - myjnia - dezynfektor do kaczek i basenów - 25 szt.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych: nr 513167-N-2018 w dniu 01-02-2018r. Odwołujący – M. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Wielkopolskie Centrum Zaopatrzenia Lecznictwa ANMED P. M. z siedzibą w Kórniku - zaskarżył opis przedmiotu zamówienia, który jego zdaniem utrudnia uczciwą konkurencję z uwagi na dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych charakterystycznych dla jednego producenta. Zarzucił zamawiającemu - Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku [Zamawiający] także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z wagi na preferowanie rozwiązań, które nie znajdują technicznego i funkcjonalnego uzasadnienia w zakresie konfiguracji parametrów wymaganych i punktowanych. Powyższe jego zdaniem narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał ponadto, że zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Na skutek wadliwie skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu i w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia oferty i w konsekwencji pozyskania i realizacji zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania. Także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania. W uzasadnieniu zarzutów wskazał na załącznik nr 3 do SIWZ zawierający opis przedmiotu zamówienia, który to opis jednoznacznie wskazuje na konkretne rozwiązania jednego producenta - firmy Erlen reprezentowanej przez firmę Sani System sp. z o.o. sp. k. ul. Działkowa 19 65-767 Zielona Góra. Uniemożliwia to wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym wszystkim innym wykonawcom posiadającym urządzenia wysokiej klasy o rozwiązaniach równoważnych lub wyższej jakości.

I. Zamawiający w pkt. 11 tabeli Opisu przedmiotu zamówienia wymaga aby myjni posiadały „Orurowanie w urządzeniu wykonane z metalu, niedopuszczalne przewody z tworzyw sztucznych 1. Orurowanie z miedzi 2 pkt.; 2. Orurowanie ze stali nierdzewnej 0 pkt. " Tym samym Zamawiający punktuje rozwiązanie jakie posiadają tylko urządzenia jednego producenta - tj. orurowanie z miedzi występujące w myjniach Erlen. Różni producenci w różny sposób realizują te same funkcje użytkowe, natomiast Zamawiający powinien kierować się parametrami użytkowymi, a nie indywidualnymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi. Materiały stosowane na orurowanie to między innymi tworzywa sztuczne, stal

nierdzewna/kwasoodporna, miedź. Wyższa punktacja dla orurowania z miedzi nie ma uzasadnienia ponieważ ma ona szereg wad. Materiał ten jest bardzo podatny na korozję elektrochemiczną oraz wżerową związaną z jakością wody oraz pracą ze środkami chemicznymi. Ponadto cechuje się dużymi stratami ciepła oraz niską odpornością mechaniczną. Natomiast nowoczesne tworzywa sztuczne charakteryzują się bardzo dobrymi właściwościami odpornościowymi na wszelkie zmiany środowiskowe, bardzo wysoką wytrzymałością na środki chemiczne oraz dużą elastycznością na zmiany temperaturowe. Cechują się ponadto wysoką trwałością, co gwarantuje długoletnią eksploatację bez konieczności wymiany. Dodatkowo powyższe obrazy dowodzą niezbicie, że nawet w przypadku częściowego występowania miedzi orurowanie zawsze wykonane jest z różnych materiałów, co wynika nie tylko z indywidualnych rozwiązań technologicznych stosowanych przez poszczególnych producentów, ale również z funkcji jakie dane fragmenty orurowania pełnią. Zdjęcia te również pokazują, iż system transportu cieczy jest mieszany i realizowany poprzez rury, kształtki rurowe, rozdzielacze i przewody elastyczne wykonane z różnych materiałów jak stal nierdzewna, miedź, silikon, polimery syntetyczne i inne tworzywa sztuczne. Zdaniem Odwołującego, żadne z obecnie dostępnych na polskim rynku urządzeń nie posiada orurowania wykonanego w całości ze stali nierdzewnej lub miedzi. We wszystkich dostępnych rozwiązaniach technicznych integralnie występują elementy z teflonu, mieszanek kauczukowych, silikonu i innych tworzyw sztucznych. Jego zdaniem, punkt 11 tabeli Opisu przedmiotu zamówienia jest sformułowany w sposób błędny i nawet przy ustanowieniu punktacji, żadne urządzenie nie jest w stanie spełnić wymagań SIWZ.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie orurowania wykonanego z tworzyw sztucznych (polimerów syntetycznych) tj. materiału odpornego na działanie korozji oraz wysokiej temperatury i wyeliminowanie punktacji w tym zakresie, jako parametru nie mającego znaczenia dla eksploatacji urządzenia i preferującego jednego wykonawcę - dystrybutora myjni Erlen. Alternatywnie, o wykreślenie parametru opisanego w pkt. 11 w całości.

II. Zamawiający wyraźnie stawia w uprzywilejowanej pozycji firmę Erlen ponieważ pomija lub nie wprowadza oceny jakościowej dla rozwiązań, które posiadają wszyscy producenci z wyjątkiem firmy Erlen, a które są faktycznie istotne z punktu eksploatacji i użytkowania sprzętu. Wskazał na dwa istotne dla dobrego funkcjonowania urządzeń przykłady parametrów technicznych:

1. Opis zawarty w pkt. 23 tabeli parametrów wymaganych wskazuje na dwie dopuszczalne przez Zamawiającego metody suszenia: „Suszenie wsadu po procesie płukania wymuszonym strumieniem powietrza lub automatycznym rozszczepieniem drzwi na koniec cyklu”. Zamawiający opisując parametry techniczne urządzeń w pkt. 23 użył sformułowania odnoszącego się do technologii zastosowanej przez jednego producenta myjni dezynfektorów firmę Erlen tj. automatycznego rozszczepienia drzwi na koniec cyklu. W myjniach do kaczek i

basenów występują dwa rodzaje suszenia: konwekcyjne i strumieniem powietrza i takie dopuszcza norma EN ISO 15883-1 i EN ISO 15883-3. Rozszczepienie drzwi na koniec cyklu jest typem suszenia konwekcyjnego, zawężenie zapisu nie ma uzasadnienia merytorycznego, a powodować może wydostawanie się pary i szkodliwych aerozoli do pomieszczenia zaraz po zakończeniu cyklu. Opcja suszenia strumieniem powietrza jest parametrem jakościowo lepszym i droższym, a w SIWZ zrównanym z rozwiązaniem stosowanym w urządzeniach firmy Erlen. Żaden potencjalny wykonawca poza firmą Sani System nie jest w stanie zaoferować urządzeń wyposażonych w automatyczne rozszczepienie drzwi komory po zakończonym cyklu. W związku z tym obecne brzemienie pkt. 23 obliguje innych wykonawców do zaoferowania urządzeń z opcją suszenia strumieniem powietrza, jest to parametr wyższy jakościowo, ale wpływający znacząco na wzrost ceny urządzenia. Skutkuje to mniejszą konkurencyjnością innych wykonawców w stosunku do dystrybutora urządzeń firmy Erlen.

Odwołujący wniósł o zastąpienie sformułowania „automatyczne rozszczepienie drzwi” określeniem „suszenie konwekcyjne” tj. zmiany brzmienia punktu 23 tabeli Opisu przedmiotu zamówienia na: „suszenie wsadu po procesie płukania wymuszonym strumieniem powietrza lub konwekcyjne”. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający przy tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia i ustalaniu punktacji jakościowej poszczególnych cech pomija istotny parametr, a który to parametr ma istotny wpływ na użytkowanie urządzenia i faktycznie podnosi jakość, bezpieczeństwo higieniczne oraz zmniejsza zagrożenie epidemiologiczne. Podał ponadto, że „W wymaganych parametrach technicznych nie ma zapisu o konstrukcji komory mycia, która jest jednym z najistotniejszych elementów urządzenia. Wszyscy producenci urządzeń poza firmą Erlen posiadają komory wykonane z jednego elementu bez spoin, co ułatwia utrzymanie jej w czystości i należytym stanie higienicznym, co zapobiega wtórnej kontaminacji naczyń sanitarnych. Komory spawane - jakie są stosowane w urządzeniach firmy Erlen mogą ulegać rozszczelnieniu i nigdy nie gwarantują zachowania trwałości. Każde połączenie dwóch elementów metalowych za pomocą spawów obarczone jest ryzykiem rozszczelnienia i nigdy nie zastąpi jednego elementu stalowego wykonanego w całości metodą gięcia bądź tłoczenia. Ponadto każdy spaw narażony jest na ubytki, które są potencjalnym źródłem korozji, a tym samym nośnikiem bakterii, co w rezultacie może doprowadzić do kontaminacji wtórnej wsadu. W związku z powyższym mając na względzie punktowanie rozwiązań jakościowych, ten parametr na pewno powinien do nich należeć, a został przez Zamawiającego pominięty”. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest czynnością, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania takiej czynności wg. zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nakłada ona obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą

konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. Jest to jedna z najistotniejszych czynności po stronie zamawiającego, która poprzedza wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia zależy w decydującej mierze od opisu przedmiotu zamówienia. Wadliwy opis determinuje cały przebieg postępowania, wpływa na mniejszą liczbę złożonych ofert i powoduje oferowanie produktów jednego producenta czy dystrybutora, co w konsekwencji prowadzi do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych i naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Wskazał, że do naruszenia zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może dojść w sposób bezpośredni oraz pośredni. Pośrednie naruszenie w/w artykułu ma miejsce, gdy opis urządzenia sporządzony przez Zamawiającego zawiera wymogi i parametry określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt określonego typu. Nawet w przypadku oceny punktowej, konfiguracja określonych wymagań i parametrów punktowanych promuje i daje przewagę jednemu wykonawcy. Wskazał na wyrok KIO z dnia 5 maja 2014r. sygn. KI0765/14 oraz na uchwałę KIO z dnia 31 sierpnia 2016 r. sygn. KIO/KD58/16 i stwierdził, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uniemożliwia złożenie ważnej oferty Wykonawcy posiadającemu wiedzę, doświadczenie, uprawnienia, potencjał techniczny i kadrowy. W odniesieniu do kryterium parametry techniczno-użytkowe oraz wagi kryterium poza cenowych wynoszących 40% Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający ma dużą swobodę w formułowaniu kryteriów oceny ofert, jednakże nie w sposób nieograniczony. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuszcza konkurowania i tylko pozornie mieści się w ramach prawnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, skierowaną mailem w dniu 13/02/18 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podał, że odnosząc się do treści odwołania, dokonał skreślenia w całości wymagań opisanych w punkcie 11 Tabeli oraz dokonał modyfikacji brzmienia punktu 23 w sposób odpowiadający żądaniom Odwołującego. Podał, że w dniu 08.02.2018 r. dokonał modyfikacji parametrów w zakresie Pakietu 1 - myjnia-dezynfektor do kaczek i basenów, uwzględniając pytania, które Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu w dniu 05.02.2018r. Odpowiedzi na zadane pytania umieścił na swojej stronie Internetowej w dniu 08.02.2018 r.

Zamawiający, w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz z wykonaniem czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, na podstawie art. 186 ust. 2 wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Ta odpowiedź w formie pisemnej została złożona przed otwarciem posiedzenia w dniu 19/02/2018 r.

Odwołujący w dniu 16 lutego 2018 r. w piśmie złożonym drogą elektroniczną o godz. 14:33 oświadczył o wycofaniu odwołania w całości, z wnioskiem o zwrot 90% wpisu. W tym samym dniu drogą mailową o godz. 15:02 wpłynęło drugie pismo od Odwołującego, w którym nawiązuje do odwołania i informuje, że powziął wiadomość telefoniczną o uznaniu przez Zamawiającego wymagań wykonawcy i przesłania drogą mailową do Krajowej Izby Odwoławczej powiadomienia o tym. Podał, że nie posiada oficjalnego potwierdzenia tej odpowiedzi, dlatego też zaznaczył „asekuracyjnie, aby uniknąć konsekwencji finansowych dla każdej ze stron oraz bezzasadnego posiedzenia KIO, oficjalnie cofa odwołanie, „pozostając w przekonaniu o bezkosztowym anulowaniu sprawy”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w terminie wymaganym art. 185 ust.2 ustawy Pzp przystąpienia nie zgłosił żaden z zainteresowanych wykonawców.

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze – zgodnie z wnioskiem Zamawiającego - na podstawie art. 186 ust.2 w zw. z ust. 3a ustawy Pzp, zauważając, że składane przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania (jak podniósł asekuracyjnie) są skutkiem braku informacji o stanowisku Zamawiającego, co do wniesionego odwołania i podnoszonych w nim zarzutów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz odpowiednio § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....