

Sygn. akt: KIO 1398/17

WYROK
z dnia 21 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca br. przez wykonawcę T. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S. w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że w opisie cech preparatu w Pakiecie 39 dopuszczalne będzie zaoferowanie również preparatu w postaci cieczy, a w Pakiecie 41 – również w postaci żelu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę T. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S. w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku na rzecz wykonawcy T. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S. w Białymstoku kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na *dostawę materiałów szewnych oraz preparatów dezynfekcyjnych*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2017 roku, pod numerem 2017/S 242270-2017.

Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 lipca 2017 r. wykonawca T. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ProjectMed T. S. w Białymstoku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta;
- 2) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający w Pakiecie nr 39 wymaga „Alkoholowy preparat przeznaczony do dezynfekcji higienicznej oraz chirurgicznej rąk o konsystencji żelu. Zawierający w składzie mieszaninę alkoholi alifatycznych(w tym etanol min 75-80/100g produktu) oraz substancję dodatkową z innej grupy chemicznej(difenyloł lub kwas mlekowy) Nie zawierający barwników , substancji

zapachowych, chlorheksydyny, QAC. Higieniczna dezynfekcja rąk 30s, chirurgiczna do 3min
Spektrum działania: B(w tym MRSA, Tbc, F(Candida albicans), V(H1V,HCV, Rota, Herpes simplex, Noro, Adeno, Polio, Vacina ,SARS)Produkt biobójczy. Opakowanie 500ml z pompką dozującą."

Powyższy opis poprzez wymóg danego składu chemicznego, sposobu rejestracji oraz spektrum mikrobójczego zdaniem Odwołujący w sposób bezpośredni wskazuje na jedyny preparat dostępny w Polsce o powyższych parametrach firmy Schulke Sp. z o.o. o handlowej nazwie Desderman Pure Gel.

Bacząc na powyższe Odwołujący wnosil o modyfikację Pakietu nr 39 poprzez nadanie mu następującej treści:

„Alkoholowy preparat przeznaczony do dezynfekcji higienicznej oraz chirurgicznej rąk o konsystencji żelu. Zawierający w składzie mieszaninę alkoholi alifatycznych (w tym etanol min 60/1 OOg produktu) oraz substancję nawilżającą. Nie zawierający barwników, substancji zapachowych, chlorheksydyny, QAC. Higieniczna dezynfekcja rąk 3 Os, chirurgiczna do 3 min. Spektrum działania: B(w tym MRSA, Tbc, F(Candida albicans), V(HIV,HCV, Rota, Herpes simplex, Noro, Adeno, Polio). Produkt biobójczy. Opakowanie 500ml z pompką dozującą”.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Zamawiający w Pakiecie nr 41 wymaga:

„Alkoholowy płynny preparat przeznaczony do dezynfekcji higienicznej i chirurgicznej rąk. Zawierający w składzie alkohol (izopropanol - 75 g) oraz substancje pielęgnujące (w tym Panthenol). Nie zawierający barwników, substancji zapachowych, chlorheksydyny, QAC. Higieniczna dezynfekcja rąk 30s, chirurgiczna do 90 sek. Spektrum działania: B(w tym MRSA) Tbc, F(Candida albicans), V(HIV, HBV, HCV, Rota, Noro, Adeno). Produkt biobójczy. Opakowanie 500ml z pompką dozującą "

Powyższy opis poprzez wymóg dostarczenie preparatu na bazie alkoholu izopropylowego o gramaturze 75g wskazuje bezpośrednio na jedyny dostępny na rynku produkt posiadający taki skład firmy Schulke+ o handlowej nazwie Desmanol Pure, dodatkowo również opis wymaganego spektrum działania jest identyczne jak w ulotce w/w preparatu.

Z względu na powyższe Odwołujący wnosi o modyfikację Pakietu nr 41 poprzez nadanie mu następującej treści:

„Alkoholowy płynny preparat przeznaczony do dezynfekcji higienicznej i chirurgicznej rąk. Zawierający w składzie jeden alkohol izopropylowy lub etylowy oraz substancje pielęgnujące (w tym Panthenol). Nie zawierający barwników, substancji zapachowych, chlorheksydyny, QAC. Higieniczna dezynfekcja rąk 3Os, chirurgiczna do 90 sek. Spektrum działania: B(w tym

MRSA) Tbc, F(Candida albicans), V(HIV, HBV, HCV, Rota, Noro, Adeno). Produkt biobójczy. Opakowanie 500ml z pompką dozującą".

W ocenie Odwołującego wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia publicznego. Pomimo, iż Odwołujący posiada w swojej ofercie szereg produktów innych firm, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż Odwołujący nie może złożyć Zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność tych produktów, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ.

Opisane przez Zamawiającego parametry graniczne wskazują na konkretne produkty oferowane przez tylko jednego producenta - firmę Schulke+, przez co naruszają prawo Odwołującego oraz innych oferentów do udziału w Postępowaniu na warunkach zapewniających równe traktowanie i zachowanie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny i również zgodny z zharmonizowanymi normami. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ.

Zamawiający podnosił, że w dniu 12 lipca 2017 r. zmienił treść SIWZ przez zmianę opisu wymagań dla pakietu 39 i 41 – okazuje do wglądu wnioski o dokonanie zmiany oraz treść formularza szczegółowego oferty – załącznik do SIWZ dla pakietu 39 i 41. Do akt zrobiono kopię.

Podtrzymał stanowisko jak z odpowiedzi na odwołanie. Jego wymogi są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Zamawiający jest zobligowany przepisami prawa do zachowania najwyższej staranności. W orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie I ACA 515/14 przypisano szpitalowi odpowiedzialność za śmierć pacjenta w wyniku zastosowania cewnika spełniającego wymogi SIWZ, który pękł przy zabiegu. Okazało się, że wykonawca złożył w ofercie oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego, ponieważ oferowany produkt w rzeczywistości nie spełniał wymogów SIWZ.

Wyjaśnia, że zamówienie w ramach pakietu 39 jest zamówieniem uzupełniającym do zamówienia, w którym opisu nie zaskarżono. Wówczas jedynie Zamawiający źle oszacował ilość, stąd niniejsze zamówienie.

Z kolei w ramach pakietu 41 nabywa preparat bez etanolu po raz pierwszy, ponieważ zgłoszono złą reakcję skóry pracowników na preparaty zawierające etanol, co potwierdzają dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Ustosunkowując się do problemu, czy lepszy jest żel czy płyn wskazuje, że żel jest bardziej ekonomiczny i łatwiejszy w stosowaniu oraz bardziej przyjazny dla skóry.

Odnośnie czwartorzędowych związków amoniowych wyłączył ich stosowanie z uwagi na niekorzystne działanie.

Zwracał uwagę, że do odwołania dołączono dokumentację w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski.

Zauważał, że zmiana SIWZ z 12 lipca w pakiecie 39 dopuściła żel w formie płynnej. Powołuje się w odpowiedzi na odwołanie na publikację z 2008, niemniej jednak nie są one gołosłowne, ale powołują się na nadal obowiązujące normy. Podnosi, że wynika z publikacji jeszcze wyższe minimalne stężenie, niż widełki podane w SIWZ – dla pakietu 39 Zamawiający wymaga minimum 75-80%, podczas gdy z publikacji minimum to 76%, w innej publikacji 82%

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Rozważania Odwołującego odnośnie znaczenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych dla opisu przedmiotu zamówienia i zachowania zasady uczciwej konkurencji są trafne. Dla rozstrzygnięcia zasadniczej kwestii odwołania – czy parametry preparatów w pakiecie 39 i 41 zostały opisane prawidłowo, zgodnie z Prawem

zamówień publicznych – konieczne było ustalenie przez Izbę, czy wymogi odnośnie oczekiwanych parametrów są uzasadnione zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego.

Izba, badając sporne kwestie w granicach zarzutów odwołania, stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby wymogi Zamawiającego odnośnie składu chemicznego preparatów z pakietu 39 i 41 były nadmierne. W odwołaniu Odwołujący podał jedynie, że opis tych preparatów (wszystkie parametry brane pod uwagę łącznie) wskazuje na wyłącznie jeden preparat tylko jednego producenta (inny preparat w każdym z pakietów). W ocenie składu orzekającego, taka argumentacja to za mało, aby wykazać naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący musiałby wykazać, że inne preparaty, o innym składzie chemicznym, spełniają identyczne funkcje, co preparaty opisane przez Zamawiającego, czego zdaniem Izby Odwołujący nie uczynił. Odwołujący polemizował z wymogami Zamawiającego – przykładowo, w toku rozprawy kwestionował wymagania Zamawiającego w pakiecie 41 odnośnie braku etanolu w preparacie, twierdząc, że nie uczula on bądź uczula małą grupę osób. Zamawiający przedstawił dowód, że takie przypadki w jego działalności się zdarzają – jedna osoba z tego powodu przebywała na zwolnieniu lekarskim. Wobec powyższego, wywody Odwołujący nie były przekonujące – Izba stwierdziła, że wymogi Zamawiającego odnośnie składu chemicznego preparatów są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami.

Natomiast Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego odnośnie postaci (konsystencji) preparatów. W obu pakietach – 39 i 41 Zamawiający opisał preparaty do dezynfekcji rąk. W pakiecie 39 oczekiwał konsystencji żelu, a w pakiecie 41 – preparatu płynnego. Następnie zmodyfikował SIWZ (modyfikacja ta nie była przedmiotem oceny przez Izbę, ponieważ nie była objęta zakresem odwołania, jednak Izba wzięła ją pod uwagę jako przedstawienie oczekiwań Zamawiającego) w taki sposób, że w pakiecie 39 dopuścił „płynny preparat (...) o konsystencji żelu”. W ocenie składu orzekającego z takiej zmiany wynika, że konsystencja preparatu nie ma dla Zamawiającego istotnego znaczenia (nb. może być trudne do ustalenia, jaka konsystencja jest równocześnie płynem, a równocześnie żelem).

Wobec powyższego, stanowisko Odwołujący w odniesieniu do opisu parametrów preparatów w zakresie ich konsystencji zasługuje na aprobatę – skoro Zamawiający nie jest konsekwentny w swoich oczekiwaniach co do postaci preparatu, to oznacza, że jego potrzeby w tym zakresie nie są oparte na zobiektywizowanych podstawach.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzekła jak w sentencji, nakazując modyfikację SIWZ: Zamawiający powinien w pakiecie nr 39 obok postaci żelu, dopuścić postać płynną, a w pakiecie 41 – obok postaci płynnej – postać żelu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....