

Sygn. akt: KIO 3206/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **Sinmed Sp. z o.o. ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku ul. K. Wielkiego 4, 38-600 Lesko,**

przy udziale wykonawcy: **Skamex Sp. z o.o. Sp.j., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Sinmed Sp. z o.o., ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krośnie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie. „Sprzęt medyczny jednorazowego użytku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych po nr 760436-N-2020w dniu 2 grudnia 2020r.

Wykonawca Sinmed Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach wniósł odwołanie, wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb, wymagań technicznych w Pakiecie nr 6 (dokładna ilość płynu do płukania jamy ustnej, skład płynów, sposób klasyfikacji, dokładny sposób podgrzewania produktów, precyzyjny skład preparatu myjącego) odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zestaw do toalety jamy ustnej, myjki do toalety pacjenta, czepki do mycia głowy), a jednocześnie zestawiając w pakiecie produkty oferowane w Polsce przez jedną firmę (stabilizator położenia oraz ochraniacz przeciwoślizgowy stopy z systemem odciążającym).

Odwołujący podniósł, że wymagania powyższe dyskryminują w sposób nieuzasadniony i subiektywny produkt dystrybuowany przez Sinmed Sp. z o.o., preferuje zaś produkt firmy Sage Products. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego w/w postępowania o zamówienie publiczne w/w przepisów ustawy Pzp, przez co naruszony został interes prawny Odwołującego, gdyż nieuprawnione działania i zaniechania działań Zamawiającego, pozbawiają Odwołującego w sposób bezprawny możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach efektywnej konkurencji i zupełnie iluzorycznym czynią szanse na jego uzyskanie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest prowadzenie postępowania w sposób choćby tylko utrudniający uczciwą konkurencję (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2013 r., KIO 2407/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 285/09, Legalis),

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie, a przede wszystkim w sposób niczym nie uzasadniony, ograniczył krąg potencjalnych wykonawców. W kształcie opisanym w SIWZ - eliminuje wszystkich poza jednym wykonawcą - firmą Skamex.

Odwołujący wskazał, że zapisy SIWZ zawarte w Pakiecie nr 6 wskazują w sposób jednoznaczny na opis produktów oferowanych jedynie przez firmę Skamex. Zapisy zawarte

w pozycjach od 1 do 6 wykluczają pozostałych wykonawców lub producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, gdyby Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadnienie ograniczający uczciwą konkurencję.

Zamawiający opisał w Pakiecie nr 6, pozycji od 1 do 6 następujący asortyment:

Pozycja 1: „Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 2 gąbki z poprzecznym pofałdowaniem pokryte dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z 2 otworami ssącymi, z zagiętą końcówką oraz z poziomą manualną zastawką do regulacji siły odsysania. Płyn do płukania jamy ustnej o właściwościach myjących, dezynfekujących i nawilżających Corinz w wyciskanej saszetce, 7ml. Każde pojedyncze opakowanie pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania. Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP. Zarejestrowany jako wyrób medyczny klasy IIa”

Pozycja 2: „Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z poziomą manualną zastawką do regulacji siły odsysania, z 3 otworami ssącymi oraz z pofałdowaną gąbką na górnej powierzchni, 7 ml bezalkoholowego płynu do płukania jamy ustnej z 0,05% roztworem chlorku cetylpirydyny w wyciskanej saszetce, 1 gąbka- aplikator z poprzecznym pofałdowaniem, 1 saszetkę z 2 g preparatu nawilżającego do ust na bazie wodnej z cetylpirydyną i witaminą E.

Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania. Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP. Zarejestrowany jako wyrób medyczny klasy IIa”

Pozycja 3: „Ściereczki barierowe dedykowane wyłącznie do higieny krocza dla pacjentów z nietrzymaniem moczu/stolca, o właściwościach czyszczących, nawilżających, usuwających przykry zapach oraz chroniących skórę pacjenta. Myjki o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone, o wymiarach 20 x 30 cm, w składzie: nie wymagający splukiwania roztwór oczyszczający, usuwający przykry zapach, nawilżający, o właściwościach kojących, z wysoką zawartością aloesu chroniącą przed zapaleniem skóry związanym z nietrzymaniem moczu/stolca, bez lateksu, parabenów, w całkowicie izolowanym, zamykanym na klips opakowaniu chroniącym przed wysychaniem myjek. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako wyrób medyczny. 48 myjek w opakowaniu.”

Pozycja 4: „Myjki do toalety pacjenta - o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone o wymiarach 20 x 20 cm, w składzie: nie wymagający splukiwania roztwór

oczyszczający i nawilżający z zawartością aloesu, witaminy E oraz simetikonu, bez lateksu, w całkowicie izolowanym, zamykanym opakowaniu z dodatkową warstwą termoizolacyjną wewnątrz opakowania, pomagającymi utrzymać temperaturę myjek, oraz zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchence mikrofalowej do 30 sekund przy mocy 1000 W. Skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi. Opakowanie z mini-kartą obserwacji do zaznaczenia zmian skórnych (zespólona fabrycznie z opakowaniem samoprzylepna etykieta), 8 myjek w opakowaniu. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako kosmetyk lub wyrób medyczny.”

Pozycja 5: „Czepek do mycia głowy pacjenta, nie wymagający dodatkowego namoczenia głowy, bez splukiwania, dwuwarstwowa struktura czepka z wyraźnie oddzieloną w celu równomiernego rozprowadzenia roztworu zewnętrzną folią od nawilżonej warstwy absorpcyjnej, zawierający w składzie: 150g (+/- IOg) nie wymagającego splukiwania roztworu z zawartością wody, simetikonu, składników zapobiegających powstawaniu elektryczności statycznej, bez lateksu, w opakowaniu zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchence mikrofalowej do 30 sekund przy mocy 1000 W. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako kosmetyk lub wyrób medyczny.”

Pozycja 6: „Stabilizator położenia oraz ochraniacz przeciwoleżynowy stopy z systemem odciążającym zapobiegającym przykurczom zgięcia podszwowego oraz boczno, z system elastycznych fiksatorów, ze zintegrowanym klinem oraz z otworem pozwalającym na współpracę z urządzeniami do masażu uciskowego DVT, dostępny w rozmiarze standardowym dla pacjentów o obwodzie łydki 25-46 cm i stopach dłuższych niż 23,65 cm.”

Odwołujący podniósł, że ww. produktami dysponuje tylko jeden producent na świecie, tj. firma Sage Products. Zauważył, że takie wymagania nie tylko zawężają liczbę wykonawców do jednego - firmy Skamex, ale i nie mają uzasadnienia logiczno-prawnego. Szczegółowy opis dokładnej ilości płynu do płukania jamy ustnej, sposoby klasyfikacji zestawów, temperatury w której należy podgrzewać myjki i czepek w mikrofalówce nie ma żadnego uzasadnienia praktycznego. Jest to jednoznacznie opisany produkt firmy Sage Products, której wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ, poprzez dopuszczenie produktów alternatywnych/równoważnych oraz podział Pakietu w sposób umożliwiający złożenie oferty większej liczbie wykonawców:

Pakiet 6:

Pozycja 1: „Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 2 gąbki z pofałdowaniem z odsysaniem, z otworami ssącymi, z zagiętą

końcówką oraz z poziomą manualną zastawką do regulacji siły odsysania. Płyn do płukania jamy ustnej o właściwościach myjących, dezynfekujących i nawilżających saszetce, min. 7ml. Każde pojedyncze opakowanie pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw skuteczny w redukcji VAP. Zarejestrowany jako wyrób medyczny.”

Pozycja 2: „Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z manualną zastawką do regulacji siły odsysania, z otworami ssącymi oraz z gąbką na górnej powierzchni, min. 7 ml bezalkoholowego płynu do płukania jamy ustnej o właściwościach myjących, dezynfekujących i nawilżających saszetce, 1 gąbka-aplikator z pofałdowaniem, 1 saszetkę z min. 2 g preparatu nawilżającego do ust.

Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego. Oferowany zestaw skuteczny w redukcji VAP. Zarejestrowany jako wyrób medyczny.”

Pozycja 3: „Ściereczki barierowe dedykowane wyłącznie do higieny krocza dla pacjentów z nietrzymaniem moczu/stolca, o właściwościach czyszczących, nawilżających, usuwających przykry zapach oraz chroniących skórę pacjenta. Myjki o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone, o wymiarach min. 20 x 20 cm, w składzie: nie wymagający splukiwania roztwór oczyszczający, usuwający przykry zapach, nawilżający, o właściwościach kojących, z substancją chroniącą przed zapaleniem skóry związanym z nietrzymaniem moczu/stolca, bez lateksu, parabenów, w całości izolowanym, zamykanym opakowaniu chroniącym przed wysychaniem myjek. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako wyrób medyczny. Max. 48 myjek w opakowaniu, łączna ilość objęta zamówieniem 24000 sztuk myjek — j.m. szt..”

Pozycja 4: „Myjki do toalety pacjenta - o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone o wymiarach min. 20 x 20 cm, w składzie: nie wymagający splukiwania roztwór oczyszczający i nawilżający z zawartością, bez lateksu, w całości izolowanym, zamykanym opakowaniu pomagającym utrzymać temperaturę myjek, oraz zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchence mikrofalowej. Oferowana myjka skuteczna w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych min. 8 myjek w opakowaniu. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako kosmetyk lub wyrób medyczny.”

Pozycja 5: „Czepek do mycia głowy pacjenta, nie wymagający dodatkowego namoczenia głowy, bez splukiwania, dwuwarstwowa struktura czepka z wyraźnie oddzieloną w celu równomiernego rozprowadzenia roztworu zewnętrzną folią od nawilżonej warstwy absorpcyjnej, zawierający w składzie: nie wymagającego splukiwania roztworu z zawartością substancji czyszczących, nawilżających oraz składników zapobiegających powstawaniu

elektryczności statycznej, bez lateksu, w opakowaniu zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchence mikrofalowej. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako kosmetyk lub wyrób medyczny.”

Oddzielny pakiet:

Pozycja 1: „Stabilizator położenia oraz ochraniacz przeciwoleżynowy stopy z systemem odciążającym zapobiegającym przykurczom zgięcia podszwowego oraz boczego, z system elastycznych fiksatorów, ze zintegrowanym klinem oraz z otworem pozwalającym na współpracę z urządzeniami do masażu uciskowego DVT, dostępny w rozmiarze standardowym dla pacjentów o obwodzie łydki 25-46 cm i stopach dłuższych niż 23,65 cm.

Zdaniem Odwołującego, zaproponowany opis przedmiotu zamówienia umożliwia złożenie oferty większej liczbie wykonawców oraz jednocześnie nie ogranicza uczciwej konkurencji.

W dniu 10 grudnia 2020 r. wykonawca: Skamex Sp. z o.o. Sp.j. z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na dzień 29 grudnia 2020 r.), w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający wyjaśnił w uzasadnieniu, że przedstawione przez Odwołującego zarzuty, a przy tym argumenty na ich poparcie, pozostają trafne.

Wykonawca Skamex Sp. z o.o. Sp.j., pismem z dnia 29 grudnia 2020 r., złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 5 Pzp, wobec czynności Zamawiającego uwzględniającej w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, uwzględniając fakt, że uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit.b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: