

Sygn. akt: KIO/UZP 1127/09

WYROK
z dnia 23 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Terebelska 57-65, 21-500 Biała Podlaska**, protestu z dnia 21 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 9 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Bialmed Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Terebelska 57-65, 21-500 Biała Podlaska i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **7 962 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny,**

ul. Terebelska 57-65, 21-500 Biała Podlaska na rzecz **Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Schulke Polska Sp. z o.o., ul. Rydygiera 8, 01-793 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę preparatów dezynfekcyjnych”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Schulke Polska Sp. z o.o., (dalej „*Odwołujący*”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 czerwca 2009 r. (nr ogłoszenia: 196742). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej (dalej: „*Zamawiający*”).

Zamawiający dokonał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*SIWZ*”) podziału zamówienia na 14 części dopuszczając jednocześnie możliwość składania ofert częściowych.

Odwołanie złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą dotyczy części 9 zamówienia, tj. na: „Preparat antyseptyczny do odkażania skóry przed zabiegami operacyjnymi, punkcjami i iniekcjami”.

W tym zakresie Zamawiający w piśmie z dnia 14 lipca 2009 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego. Czynność ta została zaskarżona w trybie protestu złożonego w dniu 21 lipca 2009 r. przez Bialmed Sp. z o.o., który wskazywał na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ.

Zamawiający poinformował wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu, w tym Odwołującego o złożonym proteście w tym samym dniu, a w dniu 24 lipca 2009 r. Odwołujący złożył swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest poprzez jego uwzględnienie w dniu 30 lipca 2009 r., wskazując na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 4 sierpnia 2009 r. (nadanie pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu, przekazując jednocześnie w tym samym dniu jego kopię do Zamawiającego.

W toku postępowania toczącego się w związku z zastosowaniem środków ochrony prawnej strony postępowania zaprezentowały następujące stanowiska w sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego.

Odwołujący twierdzi, że jego oferta nie podlega odrzuceniu jako sprzeczna z SIWZ ponieważ zaferowane przez niego preparaty Kodan Tinktur Forte bezbarwny i Kodan Tinktur Forte barwiony spełniają wymóg SIWZ (załącznik nr 4 H do SIWZ) dotyczący działania prątkobójczego preparatów. Uwzględniając powyższe jego oferta nie podlega odrzuceniu. Odwołujący podniósł, że przedłożył wymagane przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 10 SIWZ dokumenty na potwierdzenie spełnianie tego wymogu. Zamawiający bowiem w SIWZ żądał w tym zakresie dokumentów, potwierdzających m.in. to działanie preparatów, wskazując przykładowo na etykiety produktu, ulotki, dokumenty wystawione przez producenta, foldery informacyjne itp. Natomiast dopiero na etapie rozstrzygnięcia protestu zmienił wymóg SIWZ wskazując, że jedynym dopuszczalnym dokumentem, z którego ma wynikać prątkobójcze działanie preparatów jest charakterystyka produktu leczniczego, podczas gdy Odwołujący zgodnie z przywołanym wymogiem SIWZ przedłożył wraz z ofertą ulotki producenta dotyczące oferowanych preparatów, z których wynika również działanie prątkobójcze tych preparatów. Wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protest oraz przy odwołaniu Odwołujący przedłożył wyniki badań oferowanych preparatów z lat 1983 i 1984, które – w jego ocenie – wskazują również na prątkobójcze działanie oferowanych preparatów.

W trakcie rozprawy Odwołujący przedłożył Izbie pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 7 września 2009 r. odnoszące się do kwestionowanych w zakresie 9 części zamówienia preparatów. W treści tych pism przywołuje się wskazane badania potwierdzające działanie prątkobójcze preparatów Kodan Tinktur Forte.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc jednocześnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wszelkich czynności mających miejsce po ogłoszeniu wyniku postępowania z dnia 14 lipca 2009 r., a będących wynikiem rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez wykonawcę Bialmed Sp. z o.o.

II. Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stanął na stanowisku, że oferta Odwołującego, jako sprzeczna z treścią SIWZ, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdził, że Odwołujący wprowadził go w błąd wskazując w treści oferty, tj. w załączniku nr 4H do SIWZ (str. 34 oferty), że zaoferowane preparaty posiadają działanie prątkobójcze oraz załączając do oferty informacje wystawione przez producenta tych preparatów, że ich działanie prątkobójcze zostało potwierdzone badaniami (str. 58-61 oferty Odwołującego). Podstawą twierdzeń Zamawiającego jest też okoliczność, że Odwołujący w ofercie oraz wraz z przystąpieniem do protestu przedłożył charakterystykę produktu leczniczego oferowanych preparatów, która potwierdza wyłącznie działanie bakteriobójcze, grzybobójcze i wirusobójcze tych preparatów, natomiast brak jest tam informacji o działaniu prątkobójczym.

Odnosząc się do przedłożonych przez Odwołującego wyników badań w odniesieniu do wskazanych preparatów Zamawiający, opierając się jednocześnie w tym zakresie na pozyskanej z własnej inicjatywy opinii z Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc Zakład Mikrobiologii Krajowe Referencyjne Laboratorium Prątka Gruźlicy, przygotowanej przez Kierownika tego Zakładu Prof. dr hab. Zofię Z., podniósł, że przedłożone badania są przestarzałe bowiem wykonywane były przed 25 laty, kiedy nie było jeszcze norm EU. Poza tym badania te zostały przeprowadzone na mikroorganizmach: *M. smegmatis* i *M. phlei*, które nie powodują gruźlicy, nie są reprezentatywne dla gruźlicy i nigdy nie stanowiły standardu w Polsce. Zdaniem Zamawiającego brak wskazania działania prątkobójczego w charakterystyce produktu oferowanych przez Odwołującego preparatów, w sytuacji gdy inne dostępne na rynku preparaty takie wskazanie posiadają, potwierdza brak możliwości tego działania oferowanych przez Odwołującego preparatów.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w szczególności na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 8 ustawy Pzp, wobec wniosku Zamawiającego złożonego w tym zakresie na rozprawie. Stwierdzono, że Odwołujący skutecznie złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wykonawcę Bialmed

Sp. z o.o. przystąpienie zostało złożone w ustawowym terminie oraz przez osobę upoważnioną do składania oświadczeń w imieniu Odwołującego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty Odwołującego. Z pełnomocnictwa tego wynika również umocowanie do składania protestów i odwołań w toku tego postępowania, w czym mieści się również upoważnienie do zgłoszenia przystąpienia w ramach toczącego się postępowania protestacyjnego.

Stwierdzono także, że pomimo okoliczności, iż odwołanie zostało złożone w postępowaniu o wartości, która nie przekracza wartości progów UE, mieści się ono w zakresie dyspozycji art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, bowiem dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Z punktu widzenia oceny tej czynności Zamawiającego w ramach składanego odwołania, nie ma znaczenia okoliczność, czy czynność została dokonana przez Zamawiającego w ramach pierwotnej oceny ofert, czy też w ramach uwzględnienia protestu innego wykonawcy, kwestionującego prawidłowość tej oferty (czynność zapowiedziana przez Zamawiającego). Niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący powinien był w tym przypadku złożyć najpierw odrębny protest na ponowną czynność Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu jego oferty, a następnie ewentualnie odwołanie do Prezesa UZP. Przyjęcie takiego sposobu postępowania byłoby sprzeczne z treścią art. 184 ust. 1 ustawy Pzp, wskazującego, że odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, a więc zarówno protestującemu wykonawcy - w przypadku oddalenia protestu, jak i przystępującemu do tego protestu – w razie jego uwzględnienia. Powyższe byłoby również sprzeczne z treścią art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, wskazującego na zakaz wnoszenia protestu na czynności wynikające z ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W tym przypadku bowiem gdyby Odwołujący nie złożył odwołania od rozstrzygnięcia protestu, którym Zamawiający zakwestionował prawidłowość oferty Odwołującego nastąpiłoby ostateczne rozstrzygnięcie protestu, na podstawie którego Zamawiający zgodnie z prawem mógłby odrzucić ofertę Odwołującego i dokonać wyboru oferty jego konkurenta.

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący, podnosząc zarzut nieuprawnionej oceny przez Zamawiającego, że jego oferta jest sprzeczna z SIWZ, wykazał w dostateczny sposób swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), bowiem uwzględnienie tego stanowiska Odwołującego daje mu realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający w w rozstrzygnięciu protestu w sposób nieuprawniony stwierdził, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ i jako taka na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega odrzuceniu.

Podstawą podjętego rozstrzygnięcia przez Izbę były przede wszystkim dokumentacja z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść oferty Odwołującego, postanowienia SIWZ, a także pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 7 września 2009 r., pismo Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc Zakład Mikrobiologii Krajowe Referencyjne Laboratorium Prątka Gruźlicy z dnia 12 września 2009 r. oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej.

Uwzględniając treść SIWZ Izba ustaliła, że istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu są zapisy załącznika nr 4H do SIWZ, gdzie Zamawiający w ujęciu tabelarycznym określił wymóg działania prątkobójczego preparatów antyseptycznych do odkażania skóry przed zabiegami operacyjnymi, punkcjami i iniekcjami (część 9 zamówienia). Jednocześnie też w rozdziale V pkt 10 SIWZ Zamawiający wskazał również, że przywołany wymóg powinien być potwierdzony dokumentami załączonymi do oferty, którymi były przykładowo przez niego wskazane: etykiety produktu, ulotki, dokumenty wystawione przez producenta, foldery informacyjne itp.

Odwołujący w swojej ofercie w zakresie spornej 9 części zamówienia zaoferował dostawę dwóch preparatów: Kodan Tinktur Forte bezbarwny i Kodan Tinktur Forte barwiony. Przedłożył też wypełniony załącznik 4H do SIWZ (str. 34 oferty), w którym potwierdził działanie prątkobójcze tych preparatów (Tbc). Na stronach 58- 61 oferty przedłożył ulotki dotyczące oferowanych preparatów, w których we właściwościach użytkowych preparatów wskazuje się, że: „Skuteczność mikrobiologiczna potwierdzona badaniami na: *B (łącznie z MRSA i Tbc), F, V, (HIV, HBV, HCV, Hermes simplex, Vaccinia, Rota, Adeno, Papowa, SV-40*”.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że wymogiem Zamawiającego było potwierdzenie działania prątkobójczego oferowanego preparatu poprzez różnego rodzaju dokumenty, w tym również ulotki, czy informacje od producenta. W cenie Izby przedłożona w ofercie Odwołującego ulotka wskazując również na działanie prątkobójcze poświadcza spełnienie wymogu SIWZ. Zresztą – jak potwierdził zresztą sam Zamawiający – treść oferty

Odwołującego nie budziła w tym zakresie pierwotnie jego zastrzeżeń. Jak stwierdził Zamawiający, dopiero przedłożone w wyniku toczącego się postępowania protestacyjnego wyniki badań z 1983 i 1984 r., dotyczące oferowanych przez Odwołującego preparatów, jak też przedłożone przez niego charakterystyki produkty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i w efekcie skutkowały odrzuceniem jego oferty. Podstawą wątpliwości Zamawiającego, co do przedłożonych badań była okoliczność, że są one nieaktualne i były wykonywane na mikroorganizmach, które nie powodują gruźlicy i nie są w Polsce standardem do przeprowadzania badań.

Odnosząc się do wskazanej argumentacji Zamawiającego stwierdzić należy, że nie określił on w SIWZ wymogów, aby żądany przez niego preparat miał przeprowadzone badania w okresie np. ostatnich 5 lat, albo też, aby owe badania były przeprowadzone w oparciu o określone mikroorganizmy, czy też konkretną metodą badawczą. Skład orzekający Izby zwrócił przy tym uwagę, że aktualność przeprowadzonych w odniesieniu do oferowanych preparatów badań, w tym również pod kątem ich działania prątkobójczego, potwierdzają przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy pisma z dnia 7 września 2009 r., wydane przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Stwierdza się w nich, że spektrum działania obydwu oferowanych przez Odwołującego preparatów (Kodan Tinktur Forte bezbarwny i bawiony), w tym w zakresie działania na B bakterie łącznie z Tbc (skrót od łac. „*tuberculosis*”, czyli choroba gruźlicza), zostało potwierdzone przez eksperta na podstawie dokumentacji nieklinicznej i klinicznej. Skoro zatem właściwy Urząd potwierdza skuteczność działania oferowanych preparatów również w zakresie działania na prątki gruźlicy, a inne w tym zakresie argumenty, czy dowody nie zostały zaprezentowane przez Zamawiającego, nie można twierdzić, że takowego działania owe preparaty nie posiadają.

Co do przedłożonej charakterystyki preparatu stwierdzić należy, że faktycznie z jej treści wynika wprost, że oferowane preparaty mają działanie bakteriobójcze, grzybobójcze i wirusobójcze. Wprost w charakterystyce produktu nie stwierdzono zaś, że preparat ma działanie prątkobójcze. Powyższe jednak - w ocenie Izby - nie może dyskwalifikować oferowanego przez Odwołującego produktów, skoro wymogu określenia takiego działania właśnie w dokumencie charakterystyki produktu leczniczego nie określono w SIWZ. Z drugiej też strony Zamawiający z przedłożonej charakterystyki nie może wywodzić, że skoro jej treść wprost nie wskazuje na działanie prątkobójcze to takiego działania owe preparaty nie posiadają. To spektrum działania – jak wskazano powyżej – wynika z innych dokumentów (ulotka producenta), dopuszczonych w postępowaniu przez Zamawiającego.

Tym samym zatem Izba stwierdziła, że Zamawiający poprzez swoje działanie naruszył przywołane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp, tj.: art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, art. 7 ust. 1, poprzez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na odrzucenie w postępowaniu jednej oferty, która nie podlega odrzuceniu i art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, która za taką nie może być uznana wobec konieczności przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego.

W ocenie Izby potwierdzenie się zarzutu skutkuje w świetle art. 191 ust. 1a ustawy Pzp uwzględnieniem odwołania, bowiem wykazane przez Odwołującego naruszenie ma istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....