

Sygn. akt: KIO 1919/10

WYROK
z dnia 21 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 6 września 2010 r. wniesionego przez **"Paramedica Polska" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-815 Warszawa, ul. Żoły 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **"Paramedica Polska" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-815 Warszawa, ul. Żoły 11**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** na rzecz **"Paramedica Polska" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-815 Warszawa, ul. Żoły 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów medycznych i produktów leczniczych - plecak ratownika medycznego"- sprawa 62/2010. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 21.05.2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 17.08.2010 r. zawiadomił wykonawcę Paramedica Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żołyń 11, 02-815 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Paramedica”) o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 25 i 26. Pismem z dnia 27.08.2010 r., doręczonym w tym samym dniu za pomocą faksu, wykonawca Paramedica został poinformowany o odrzuceniu jego oferty – w zakresie pakietów nr 25 i 26 – w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jako uzasadnienie odrzucenia - w zakresie pakietu 25 - Zamawiający podał, iż zawarł on w załączniku do siwz (wymogi taktyczno techniczne) w pkt. 3 wymaganie stanowiące, że opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce powinien je chłodzić, łagodzić ból i chronić przed zanieczyszczeniem ran. Zamawiający wymagał też, w pkt 11 ww. załącznika aby opatrunek posiadał nadany numer NSN. Natomiast w zakresie pakietu 26, jako uzasadnienie odrzucenia wskazał, iż w pkt. 10 załącznika do siwz Zamawiający postawił wymóg, tj. łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C. Dodatkowo w pkt 11 ww. załącznika wymagał, aby został mu nadany numer NSN. W uzasadnieniu decyzji wskazał, iż opatrunki hydrożelowe marki BURNSHIELD nie spełniają żadnego z powyższych wymagań.

W dniu 06.09.2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Paramedica. W tej samej dacie Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w celu ustalenia prawdziwości swoich

przypuszczeń nie skorzystał z przysługującego mu na mocy treści art. 87 ust. 1 ustawy, tj. prawa do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie właściwości zaofერowanych opatrunków hydrożelowych. Wobec tego Odwołujący nie miał możliwości ustosunkowania się do postawionych zarzutów a Zamawiający nie mógł poznać argumentacji Paramedica. Odnosząc się do zarzutu, który dotyczy zarówno pakietu 25 jak i 26 przedmiotowego przetargu, tj. dotyczącego rzekomego nie posiadania przez oferowane opatrunki nadanego numeru NSN, Odwołujący stwierdził, że teza organizatora przetargu jest bezpodstawną i niezgodną ze stanem rzeczywistym, ponieważ zaofერowane opatrunki hydrożelowe marki BURNSHIELD posiadają nadany numer NSN. Wskazywał także, że nieprawdziwa jest także teza Zamawiającego sformułowana w zakresie zadania 25, iż opatrunek oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie spełnia wymogu opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce powinien je chłodzić, łagodzić ból i chronić przed zanieczyszczeniem ran. W opinii Odwołującego opatrunek jest przeznaczony do natychmiastowego założenia bez konieczności wcześniejszego schładzania wodą, posiada właściwości chłodzące i łagodzące ból. Zdaniem Odwołującego oferowane opatrunki hydrożelowe stanowią zabezpieczenie przed zanieczyszczeniami. Ochrona ta jest uzyskiwana dzięki samej konstrukcji opatrunku. Składa się on z gęstej gazy nasączonej hydrożelem i foliowej bariery opatrunku niepozwalającej na przedostanie się zanieczyszczeń. Odwołujący twierdził, że w zakresie pakietu 26 nietrafny jest zarzut zamawiającego, iż opatrunek nie jest łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C), ponieważ zaofерowany opatrunek z uwagi na jego niewielkie rozmiary i wagę jest łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu posiada również możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W załączniku 4b do siwz „Zestawienie wymagań taktyczno-technicznych dla wyrobów medycznych i produktów leczniczych” dla opatrunków hydrożelowych:

1. w zakresie pakietu 25 zamawiający określił m. in.:

- opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je, łagodzi ból i chroni przed zanieczyszczeniem ran (pkt 2);
- nadany numer NSN (pkt 11).

2. w zakresie pakietu 26 zamawiający określił m. in.:

- łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35 st. C), (pkt 9);
- nadany numer NSN (pkt 11).

W ofercie Odwołującego w załączniku „Wymagania taktyczne – techniczne dla zestawu PRM (Plecak ratownika medycznego)” w pkt. 24 w kolumnie „Parametr” podano m. in. : „ (...) 3. opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je, łagodzi ból i chroni przed zanieczyszczeniem ran (...) 10. łatwy w transporcie i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35 st. C) (...) 12. nadany numer NSN”; w kolumnach „Wartość wymagana” i „Wartość oferowana” podano „TAK”.

Ponadto, w materiałach informacyjnych załączonych do oferty stwierdzono m. in.: „Preparaty działają chłodząco, zmniejszają obrzęk i ból oraz zabezpieczają rany przed zakażeniem. Zastosowane niezwłocznie po oparzeniu znacząco zmniejszają jego skutki. (...) charakterystyczne cechy produktu: (...) silne działanie schładzające, skutecznie zmniejsza ból, sterylny, nietoksyczny, odporny na wysokie temperatury”.

W dniu 21.07.2010 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy wystąpił do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie pakietu 25 i 26 dotyczących temperatury oraz okresu ważności opatrunków hydrożelowych.

W dniu 04.08.2010 r. pismem Paramedica wyjaśnił, że zaoferowane opatrunki hydrożelowe posiadają 5 letni okres ważności, natomiast temperatura przechowywania mieści się w przedziale -5/+35 st. C.

W dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego załączono „Raport z badań porównanie produktów Water Jel i Burnshield” Advanced Healthcare Technology Ltd. W pkt. 6 raportu „podsumowanie i wyniki” dla systemu Burnshield stwierdzono: „Wymagane jest przechowywanie w chłodnym miejscu. Nie może być przechowywany w warunkach służb ratowniczych!”.

Do odwołania Paramedica załączył kopię tłumaczenia oświadczenie producenta opatrunków w którym potwierdzono, że numery NSN zostały nadane określonym produktom BURNSHIELD.

W „Instrukcję obsługi” opatrunku w której stwierdzono m. in. że opatrunek przynosi ulgę w bólu. Ma działanie lecznicze, nawilżające, chłodzące i łagodzące.

Dodatkowo do odwołania dołączono publikację (z tłumaczeniem) z „Badań klinicznych żelu BURNSHIELD” na bazie Melaleuca Alternifolia nowego środka leczniczego

na poparzenia o właściwościach chłodzących". W publikacji jasno stwierdzono korzystne skutki chłodzenia oparzeń. Rany poddane chłodzeniu wykazywały znikome uszkodzenia i wysoki stopień wyleczenia.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył kopię tłumaczenia oświadczenie producenta opatrunków w którym stwierdzono, że produkty BURNSHIELD zostały poddane testom, które potwierdziły, że mogą być one przechowywane w skrajnych temperaturach od -8 st. C do + 60 st. C.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zatem interes Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda) w sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu braku numerów NSN dla obu opatrunków hydrożelowych (pakiet 25 i 26) Izba dała wiarę przedłożonemu przez Odwołującego na rozprawie oświadczeniu producenta opatrunków BURNSHIELD w którym jasno stwierdzono, iż obu opatrunkom hydrożelowym zostały nadane numery NSN. Wobec powyższego za nietrafne należy uznać odrzucenie oferty Paramedica w oparciu o powyższy zarzut.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do zarzutu właściwości chłodzących i łagodzących opatrunku oraz ochrony przed zanieczyszczeniami ran (pakiet 25). W tej kwestii Izba

podzieliła stanowisko Odwołującego, który w sposób wystarczający wykazał, że zaoferowany przez niego produkt po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je i łagodzi ból. Nie sposób nie zgodzić się z wnioskami płynącymi z przedstawionego przez Paramedica raportu z badań klinicznych, które w oczywisty sposób przyznają ww. opatrunkom wskazane powyżej cechy. Dodatkowo, zapisy instrukcji obsługi oraz materiałów informacyjnych załączonych do oferty Odwołującego potwierdzają, że opatrunek przynosi ulgę w bólu a także posiada właściwości lecznicze, nawilżające, chłodzące i łagodzące oraz ochroni przed zanieczyszczeniami rany.

Natomiast badając materiał dowodowy w zakresie temperatury przechowywania opatrunku (pakiet 26), Izba potwierdziła, że zakres temperatur przechowywania opatrunku BURNSHIELD mieści się w granicach określonych przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone przez producenta opatrunków w oświadczeniu w którym stwierdzono, że produkty BURNSHIELD zostały poddane testom, które potwierdziły, że mogą być one przechowywane w skrajnych temperaturach od -8 st. C do + 60 st. C.

Izba nie dała wiary zawartemu w dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego „raportowi z badań” Advanced Healthcare Technology Ltd., w którym stwierdzono, że wymagane jest przechowywanie opatrunku w chłodnym miejsc. W tej kwestii Izba podzieliła stanowisko i argumentację Odwołującego przedstawioną na rozprawie, który wskazywał, iż w treści raportu brak jest zleceniodawcy raportu. Wobec powyższego, jego zdaniem zleceniodawcą była firma konkurencyjna. Podnosił, że w raporcie nie wskazano jakiego rodzaju opatrunki poddano badaniom. Zdaniem Odwołującego powyższego raportu z badań, wobec jego niewiadomego pochodzenia, nie można uznać za dowód a jedynie za dokument prywatny.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego potwierdził, że Zamawiający nie zlecał wyspecjalizowanym jednostkom przeprowadzenia badań dotyczących charakterystyki ww. opatrunku a powyższy raport został mu najprawdopodobniej przesłany przez jednego z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto na rozprawie, po zaprezentowaniu opatrunku przez Odwołującego Izba potwierdziła, że ww. produkt, biorąc pod uwagę przede wszystkim rozmiary oraz wagę, nie powinien sprawiać żadnych trudności w zakresie jego transporcie i przechowywania.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 7 ustawy. Takie zachowanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, chyba że znajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z

wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty Odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....