

Sygn. akt: KIO 2350/17

WYROK
z dnia 22 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2017 r. przez wykonawcę M. P. sp. z o.o., ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. (...).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej, ul. (...) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego M. P. sp. z o.o., ul.(...), nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. P. sp. z o.o., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. (...) na rzecz wykonawcy M. P. sp. z o.o., ul. (...) kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę systemu próżniowego do pobierania krwi.”, znak sprawy: ZOZ.DZP.271.10.VIII.2017.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 6 września 2017r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 580341 – N -2017.

W dniu 2 listopada 2017r. Odwołujący: M. P. sp. z o.o., ul. (...) powziął wiadomość o odrzuceniu oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 7 listopada 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby zarzucając mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą w zw. art. 7 ust. 1 i 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania i obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty, powołał się na art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, zaś w uzasadnieniu faktycznym podał:

1. Zamawiający w poz. 4 i 5 wymagał próbek do pobierania krwi do analizy koagulologicznej zawierającej 3,8% lub 3,2% r-r cytrynianu sodu o objętości pobierania krwi dla poz. nr 4: 1-1,8 ml, dla poz. nr 5: 2-2,7 ml. Wykonawca dostarczył próbki o nominalnej objętości pobierania krwi 2 ml i 3 ml (zaznaczone na próbówce graficznie i liczbowo), zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 12.10.2017r. oraz objętości pobierania krwi 1,8 ml i 2,7ml zaznaczone liczbowo. Brak na próbówce zaznaczenia graficznego objętości pobierania krwi. Zamawiający zaznacza, iż w odpowiedziach z dnia 12.10.2017r. dopuścił nominalną objętość pobierania 2ml i 3 ml, jednakże nie zrezygnował z wymogu zaznaczenia liczbowego i graficznego objętości pobierania krwi (co Wykonawca potwierdził w odpowiedziach na wyjaśnienia z dnia 30.10.2017r.)

2. Ponadto Zamawiający w poz. 7 wymagał próbki do badania OB metodą

logarytmiczną o pojemności pobierania krwi 1,5 - 6 ml z objętością pobierania zaznaczoną na etykiecie próbówki lub bezpośrednio na próbówce liczbowo i graficznie, kompatybilne z zaferowanym statywem op. 100 szt. Wykonawca dostarczył próbkę z dwoma znacznikami graficznymi oraz znacznikiem liczbowym umieszczonym na etykiecie (trzecie oznakowanie tej samej objętości), co może wprowadzić użytkownika w błąd co do konkretnej pobieranej objętości krwi.

Odwołujący nie podzielił powyższej argumentacji Zamawiającego i podanych przez niego powodów odrzucenia oferty, uzasadniając swoje stanowisko następująco:

Jeżeli chodzi o zarzut Zamawiającego dotyczący „braku na próbce zaznaczenia graficznego objętości pobieranej krwi” Odwołujący stwierdził, że jest on nieprawdziwy i bezpodstawny oraz nie znajduje uzasadnienia w wymogach określonych w SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wbrew temu, co twierdzi Zamawiający w piśmie „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty”, nie wymagał on w tabeli 1 załącznika 2 do SIWZ podania „zaznaczenia graficznego objętości pobierania krwi”.

Podniósł, że Zamawiający wymagał na próbówce lub na jej etykiecie „zaznaczenia liczbowego i graficznego objętości pobierania” a nie jak określił to w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 02.11.2017r „objętości pobierania krwi”. Stwierdzenie to jest próbą zmiany postawionego w SIWZ wymogu.

Zdaniem Odwołującego sformułowanie zawarte w SIWZ jest oczywiste i zrozumiałe, bowiem nie można zaznaczyć na próbówce objętości pobierania samej krwi, co wynika z faktu, że (poza próbkami pustymi bez dodatków) krew dodawana jest zawsze do odczynnika/dodatku znajdującego się już w środku próbówki. Tym samym znacznik objętości pobierania wskazuje nie objętości pobierania krwi, ale objętość pobierania mieszaniny krwi wraz z dodatkiem, który znajdował się w próbówce.

Z tego powodu – według Odwołującego - przedstawienie na próbówce lub jej etykiecie znacznika pobierania samej krwi jest niemożliwe.

Zauważył przy tym, że na zaferowanych przez wykonawcę w pozycjach 4 i 5 tabeli 1 załącznika nr 2 próbkach znajduje się znacznik pobierania, którego zamawiający wymaga w SIWZ i ma postać małego czerwonego prostokąta na krawędzi etykiety próbówki.

Wyjaśnił, że jest to ten sam znacznik, który pokazuje nominalną objętość pobierania,

są to bowiem znaczniki tożsame, bowiem każdy znacznik graficzny naniesiony na probówce lub jej etykiecie jest zarazem znacznikiem objętości napełniania i objętości pobierania, co wynika wprost z ich definicji.

Zaznaczył również, że różne są tylko objętości wskazywane przez podaną wartość liczbową i znacznik/znaczniki graficzne, bowiem wartość liczbowa podaje wartość pobieranej krwi, a znacznik/znaczniki graficzne jej objętość razem z dodatkiem, który się w probówce znajdował.

Przekonywał, że Zamawiający mógł się o tym bardzo łatwo przekonać na podstawie dostarczonych zgodnie z wymogiem SIWZ próbek. Wystarczyło dodać do nich podaną na nich objętość pobierania krwi, aby stwierdzić czy poziom krwi wraz z zawartym w probówce odczynnikiem osiągnie wskaźnik.

Na dowód powyższej okoliczności przedstawił zdjęcia tak wykonanej próby - zał. nr 4 i zdjęcia napełnienia probówek z poz. 4 i 5 objętościami.

Ponadto Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu ze złożonych wraz z ofertą próbek, poprzez ich okazanie Izbie oraz organoleptyczne zbadanie w celu wykazania, iż zawarte na nich oznaczenia są zgodne z treścią SIWZ, zaś czynność odrzucenia oferty Odwołującego bezprawna.

Jednocześnie Odwołujący stanął na stanowisku, że jest bezpodstawne i narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. 82 ust 3 ustawy Pzp odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego pod zarzutem braku na zaoferowanych przez Odwołującego próbkach znaczników, których Zamawiający w SIWZ nie wymagał.

Oдноśnie poz. 7 Odwołujący wskazał, że dostarczył probówkę z dwoma znacznikami graficznymi oraz znacznikiem liczbowym umieszczonym na etykiecie (trzecie oznakowanie tej samej objętości), co – według Odwołującego - może wprowadzać użytkownika w błąd co do konkretnej pobieranej objętości krwi.

Powyższy zarzut – zdaniem Odwołującego - jest bezpodstawny i niezgodny ze stanem faktycznym, bowiem probówka dostarczona przez niego jako próbka wyrobu z pozycji 7 tabeli 1 załącznika nr 2:

- nie zawiera znacznika liczbowego, ale liczbowo podaną objętość pobierania, tak jak żądał tego Zamawiający zgodnie z jej definicją podaną w Normie PN-EN 14820:2009,
- na probówce znajduje się zaznaczenie objętości pobierania, tak jak żądał tego

Zamawiający tyle, że w postaci dwóch linii maksymalnego i minimalnego napełnienia.

Tak więc wbrew temu co twierdzi Zamawiający, Wykonawca nie podał trzech oznakowań tej samej objętości.

Argumentował, że zawarta na próbówce wartość liczbowa i zaznaczenie graficzne objętości pobierania w postaci biegnących wokół próbówki linii podają i wskazują różne objętości:

- Wartość liczbowa - jak wyjaśniono powyżej jest informacją o nominalnej wartości pobieranej krwi i jest wartością informacyjną, której żądał Zamawiający. Nie odpowiada ona żadnemu ze znaczników bowiem podaje ona wartość nominalną pobieranej krwi
- Oznakowanie graficzne w postaci linii wskazują wartości objętości odpowiadające - liniom maksymalnego i minimalnego napełnienia w postaci zdefiniowanej Normie PN-EN 14820:2009.

Zdaniem Odwołującego wartość liczbowa i oznakowanie graficzne na próbówce podają i wskazują różne objętości, odpowiadające informacji, które niosą.

W ocenie Odwołującego - ten sposób oznakowania, wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie tylko, że nie może wprowadzać użytkownika w błąd, ale ułatwia mu prace, bowiem wskazuje jednoznacznie pomiędzy jakimi liniami powinna się znaleźć mieszanina krwi i dodatków, aby uznać, że została ona pobrana w prawidłowej ilości zgodnej z normą.

Odwołujący podniósł, że oznaczenia te są zgodne z Normą PN-EN 14820:2009 i Zamawiający nie wykluczył ich podania w taki sposób w SIWZ, a więc jest z nim zgodny i nie mogą więc być podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że krew do próbówki pobierana jest samoczynnie przez próbówkę poprzez jej do niej zassanie przez wytworzone w niej podciśnienie. Ilość krwi jaka jest pobierana do próbówki, zależy od tego jakie ciśnienie zostało w niej wytworzone przez wytwórcę. Użytkownik nie ma wpływu na ilość pobranej do próbówki krwi, a znajdujące się na niej oznaczenia graficzne i liczbowe mają dla niego jedynie charakter informacyjny i służą odpowiednio:

- znacznik/znaczniki pobierania - ocenie przez pobierającego, czy została pobrana do próbówki właściwa objętość krwi odpowiednia do ilości znajdującego się w niej odczynnika.
- wartość liczbowa pobieranej objętości krwi - dobrania do pobrania krwi próbówki o właściwej objętości do ilości i rodzaju przewidzianych do wykonania na pobranej krwi badań.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu ze złożonej wraz z ofertą próbki poprzez jej okazanie Izbie oraz organoleptyczne zbadanie w celu wykazania istnienia na zaoferowanych przez niego próbkach w poz. 7 oznaczeń wymaganych przez Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że ten sam rodzaj oznakowania znajduje się na zaoferowanej przez firmę B. D. P. Sp. z o.o. próbkach z pozycji 4 i 5 tabeli 1 załącznika 2 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że takie same oznakowanie graficzne na tamtych próbkach Zamawiający uznał za właściwe i zgodne z SIWZ, co potwierdził zarzut naruszenia przez Zamawiającego naczelnej zasady udzielania zamówień jaką jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażona w art. 7 Ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z próbek złożonych przez Wykonawcę B. D. poprzez ich okazanie Izbie i organoleptyczne zbadanie w celu wykazania, iż zawierają takie same oznaczenia jak próbki Odwołującego i Zamawiający uznał, iż odpowiadają treści SIWZ.

Konkludując, Odwołujący stwierdził, że treść oferty firmy M. P. Sp. z o.o. jest w pełni zgodna z treścią SIWZ w świetle obowiązujących przepisów prawa i zapisów SIWZ i nie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania i załączników, wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 25 października 2017r, odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 30 października 2017r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 2 listopada 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 listopada 2017r. wraz z załącznikami, pisma Odwołującego z dnia 20 listopada 2017r. wraz załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności w zakresie rozstrzyganej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 7.4. rozdziału III dokonał opisu przedmiotu zamówienia postanawiając, że w celu spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga dostarczenia próbki każdego elementu systemu. Zamawiający zwróci próbki Wykonawcą, których oferty nie zostały wybrane na ich pisemny wniosek.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający opracował załącznik nr 2 do SIWZ – formularz cenowy, który zawierał w rozpoznawanym zakresie następujący asortyment, który miał zostać zaoferowany przez wykonawców:

I.p.4: Probówki do pobierania krwi do analizy koagulologicznej, zawierające 3,8% lub 3,2% r-r cytrynianu sodu, o pojemności pobierania krwi 1-1,8 ml (objętość pobierania zaznaczona na etykiecie probówki lub bezpośrednio na probówce liczbowo i graficznie), o średnicy 11-13 mm i wysokości probówki bez korka 65-75 mm. op. 100 szt.

I.p.5: Probówki do pobierania krwi do analizy koagulologicznej, zawierające 3,8% lub 3,2% r-r cytrynianu sodu, o pojemności pobierania krwi 2-2,7 ml (objętość pobierania zaznaczona na etykiecie probówki lub bezpośrednio na probówce liczbowo i graficznie), o średnicy 11-13 mm i wysokości probówki bez korka 65-75 mm. op. 100 szt.

I.p.7: Probówki do badania OB metodą logarytmiczną o pojemności pobierania krwi 1,5-6 ml (objętość pobierania zaznaczona na etykiecie probówki lub bezpośrednio na probówce liczbowo i graficznie),kompatybilne z zaoferowanym statywem. Op. 100 szt.

Nadto Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy nr 2 z dnia 12 września 2017r. o następującej treści: „Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o wyrażenie zgody na zaoferowanie w pozycjach 4 i 5 odpowiednio probówek o nominalnej objętości pobrania 2 i 3 ml? Są to probówki o takiej samej objętości pobrania jak u innych producentów 1,8 i 2,7 ml, ale podana jest objętość całej próbki – razem z cytrynianem – a nie tylko pobieranej krwi. Oferowane przez nas probówki są najwyższej jakości, posiadają specjalną dwuścienną budowę, dzięki czemu ich termin ważności w momencie produkcji

wynosi 12 miesięcy” udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, Zamawiający dopuszcza obok rozwiązania opisanego w SIWZ”.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący w formularzu cenowym wpisał nazwę handlową, producenta i kod, a także w następstwie wezwania Zamawiającego w ramach procedury odwróconej Odwołujący dostarczył próbki próbek opisanych w pod l.p.4, 5, 7.

Po przeprowadzeniu badania powyższych próbek Zamawiający wyprowadził wniosek, że zaoferowane próbki nie spełniają powyższych wymogów SIWZ w zakresie oznaczenia objętości pobierania na etykiecie próbki lub bezpośrednio na próbce liczbowo i graficznie.

Według zapatrywania Izby zebrany w sprawie materiał dowodowy, w tym przeprowadzony na rozprawie dowód z oględzin okazanych spornych próbek nie potwierdził tego wnioskowania z kilku powodów.

W trakcie przeprowadzenia powyższego dowodu Zamawiający wyjaśnił, że krew pobrana wraz z dodatkiem, jeżeli by nie przekraczała odpowiednio 2 ml (pozycja 4) oraz 2,5 ml (pozycja 5), to Zamawiający byłby w stanie skutecznie przeprowadzić badanie, a także oświadczył, że jeśli chodzi o próbkę z pozycji nr 7 to, jeżeli krew pobrana byłaby pomiędzy dolną kreską a górną kreską (w kolorze białym), to na tej podstawie można by dokonać skutecznie badania. Zamawiający takiej informacji jednak nie uzyskał.

W trakcie przeprowadzenia powyższego dowodu Odwołujący wyjaśnił, że objętość 1,8 ml i 2,25 ml stanowi objętość samej pobieranej krwi. Natomiast objętości 2 ml i 2,5 ml są objętościami krwi wraz z dodatkiem.

Jeśli chodzi o znaczniki, to do pozycji 4 jest to linia czerwona prostokątna, nad którą znajduje się liczba 2, zaś, jeśli chodzi o pozycję nr 5 to oznaczenie jest linią w kolorze czarnym, a poniżej tej linii znajduje się liczba 2,5 ml. Do wysokości tych znaczników musi być nominalnie pobrana krew.

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że jeżeli chodzi o pozycję nr 7, to dla prawidłowego badania, krew musi znajdować się pomiędzy dwoma białymi liniami oznaczonymi na próbce.

Co do wątpliwości Zamawiającego dotyczących oryginalności i trwałości oznaczeń liczbowych 1,8 ml i 2,25 ml, to Izba nie mogła wykluczyć próby sprawdzenia ich trwałości

przez Zamawiającego, powodującej nieznaczne zniekształcenie oznaczenia, co jednak nie ma znaczenia w świetle braku zastrzeżenia w SIWZ obowiązku umieszczenia trwałego oznaczenia.

Izba również nie dostrzegła w treści SIWZ postanowienia, które nakładałoby na wykonawców obowiązek dostarczenia próbek identycznych jak przy dostawie.

W ocenie Izby powyższy dowód z oględzin próbek z l.p.4, 5, 7 wraz z powyższymi wyjaśnieniami stron potwierdza zaznaczenie liczbowo i graficznie na próbówce zaoferowanej przez Odwołującego objętości pobierania krwi, a także okoliczność, że w ten sposób oznaczone próbówki umożliwiają prawidłowe przeprowadzenie badania.

Inne oczekiwania Zamawiającego, co do sposobu oznaczenia etykiety mogłyby znaleźć uzasadnienie, gdyby Zamawiający przykładowo umieścił w opisie przedmiotu zamówienia rysunki techniczne próbówki wraz z oznaczeniami objętości pobierania krwi.

Dodatkowo, wymaga również wskazania, że Zamawiający w żaden sposób w SIWZ nie zdefiniował pojęcia objętości pobierania, co nie może stanowić okoliczności dającej mu możliwość dowolnej interpretacji, działającej na niekorzyść wykonawcy.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....