

Sygn. akt: KIO 2282/16

POSTANOWIENIE
z dnia 13 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 13 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2016r. przez **wykonawcę MEDLAB PRODUCTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raszynie, ul. Gałczyńskiego 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Szpitalna 1**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MEDLAB PRODUCTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raszynie, ul. Gałczyńskiego 8** tytułem wpisu od odwołania**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę probówek do pobierania krwi w systemie zamkniętym oraz dzierżawa aparatów do odczytu OB. oraz dostawa probówek do pobierania krwi mikrometodą zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 listopada 2016r. za numerem 353133 – 2016.

W dniu 2 grudnia 2016r. MEDLAB PRODUCTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raszynie, ul. Gałczyńskiego 8 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 grudnia 2016r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w szczególności wobec opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiającemu zarzucił działanie niezgodne z przepisami ustawy przez podjęcie następujących czynności w postępowaniu:

- opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie źródła pochodzenia produktów w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Powyższe czynności w ocenie odwołującego stanowią naruszenie przez zamawiającego:

- art. 29 ust 3 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy;
- art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.
- art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
2. Nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień siwz, poprzez odstąpienie od:
 - a. wymogu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia, aby wszystkie elementy systemu zamkniętego musiały pochodzić od jednego producenta i zmianę zapisu pkt. 1 „Warunki dla pakietu nr 1” w Załączniku 3.1 do siwz przez zastąpienie dotychczasowych postanowień następującą treścią:

„Wszystkie elementy systemu zamkniętego muszą być jednorazowego użytku, muszą być ze sobą kompatybilne i gwarantować wzajemną prawidłową współpracę. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w ofercie oświadczenia o kompatybilności elementów systemu zamkniętego.”

b. narzucenia jednoznacznej wielkości spakowań wyrobów, w szczególności w pozycjach 8, 10 i dopuszczenie innej wielkości opakowań handlowych z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań, tak aby sumaryczna ilość produktów była zgodna z ilością wymaganą w siwz przez Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy.

Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy i dyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia odwołujący pozbawiony zostaje możliwości złożenia ważnej oferty i ubiegania się o zamówienie w niniejszym postępowaniu, co narusza jego interes prawny i finansowy.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia został opisany w tabeli asortymentowej, stanowiącej załącznik nr 3.1 do siwz. Ponadto zamawiający pod tabelą asortymentową określił warunki wymagane dla systemu próżniowego. Zostało określonych 9 parametrów. Niespełnienie któregokolwiek z parametrów wymaganych skutkuje odrzuceniem oferty. W punkcie 1 został zawarty parametr wymagany: „Wszystkie elementy systemu zamkniętego muszą być jednorazowego użytku i pochodzić od jednego producenta.”

Odwołujący uważa, że tak określony parametr graniczny, tj., wymóg pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta, narusza w sposób istotny art. 29 ust. 3 ustawy, bowiem prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania produktów oferowanych przez innych wykonawców, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Powołał uchwałę KIO z dnia 4 kwietnia 2016 sygn. KIO/KD/21/16.

Wymóg pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, ani też uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Odwołujący rozumie, iż potrzebą tą jest kompatybilność produktów, jednak kompatybilność ta nie musi być osiągnięta i zagwarantowana jedynie przez produkty „jednego producenta”. Wręcz przeciwnie - wymóg ten, nie jest konieczny do zapewnienia kompatybilności wszystkich elementów systemu zamkniętego. Producenci produktów systemów podciśnieniowego pobierania krwi produkują je według ogólnie przyjętych standardów i norm, które powodują, że można je używać zamiennie od różnych producentów tak samo jak igły i strzykawki.

Wymóg „pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta” nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Ustawa z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych nie wymaga, aby współpracujące ze sobą wyroby medyczne pochodziły od

jednego producenta, wręcz bardzo wyraźnie wskazuje, że mogą pochodzić one od różnych producentów i wytwórców. Jedyne wymóg jaki nakłada ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, to wymóg określony w art. 30 ust 1 pkt. 1, zgodnie z którym, wykonawca tj. „podmiot, który w celu wprowadzenia do obrotu jako system lub zestaw zabiegowy zestawia razem wyroby medyczne oznakowane znakiem CE, nie przekraczając ich przewidzianego zastosowania i ograniczeń w używaniu określonych przez ich wytwórców” potwierdza złożonym oświadczeniem, że „zweryfikowano wzajemną kompatybilność wyrobów medycznych zgodnie z instrukcjami wytwórców i przeprowadzono wskazane w nich działania zgodnie z tymi instrukcjami”.

Zatem, w świetle obowiązujących przepisów prawa, takie oświadczenie złożone przez dostawcę (Wykonawcę) jest wystarczające i gwarantuje właściwą współpracę zaoferowanych wyrobów medycznych, czego nie gwarantuje, zdaniem odwołującego, zapis wprowadzony przez zamawiającego bowiem pojęcie „producenta” nie istnieje w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych i tym samym może być różnie interpretowane. Odwołujący, który jest jednocześnie wytwórcą części produktów, które zaoferowałby w niniejszym postępowaniu, gwarantuje kompatybilność oferowanych przez siebie produktów - wszystkich elementów systemu zamkniętego pomimo, że nie pochodzą one od „jednego producenta”. Odwołujący swoje twierdzenie o kompatybilności i prawidłowej współpracy probówek i akcesoriów różnych producentów, opiera na:

- pozytywnych opiniach o kompatybilności od klientów - użytkowników probówek MLVacucol i akcesoriów do pobierania krwi firmy Hongyu Medical, którzy pracują na tych produktach pochodzących od różnych producentów od kilku lat (w załączeniu odwołujący przedłożył pinie -zał. 10-12)

Dodał, że pojęcie „producent” nie ma zastosowania do wyrobów medycznych, gdyż nie występuje w ustawie o wyrobach medycznych. Ustawa ta bowiem, w swoim art. 2.1 pkt. 45 używa dla podmiotów biorących udział w procesie wytwarzania wyrobu medycznego pojęcia wytwórcy. Przypisując im o wiele szerszy zakres odpowiedzialności i kompetencji niż tylko produkcja wyrobów medycznych. A więc w przypadku postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem są wyroby medyczne nie może być ono uznane za dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenie jak tego wymaga art. 29 ust 1 ustawy.

To, że wprowadzony parametr graniczny „wszystkie elementy systemu zamkniętego muszą pochodzić od jednego producenta”, prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców, wynika z faktu, że uprzywilejowuje on w niniejszym postępowaniu niektórych wykonawców, którzy deklarują, że ich produkty pochodzą od jednego producenta, co zresztą nie zawsze jest zgodne z prawdą. Tymczasem na świecie istnieją dziesiątki producentów i wytwórców produktów będących przedmiotem niniejszego postępowania, z których jedni zajmują się produkcją probówek, a inni akcesoriów. Produkty te są ze sobą wzajemnie kompatybilne i

można je oferować w systemach i zestawach w sposób przewidziany dyrektywą MDD 93/42/EWG UE i dyrektywą IVD 98/79/WE UE a na gruncie prawa polskiego ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych, Odwołujący podkreślił, że w wielu wypadkach jakość systemów składających się z wyrobów różnych producentów jest dużo wyższa dzięki temu, że każdy z nich specjalizuje się w produkcji wyrobów przez siebie produkowanych.

Oprócz postawionego w siwz wymogu granicznego „pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta”, opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazania źródła pochodzenia elementów składowych systemu zamkniętego w sposób, który prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, wyraża się, w ocenie odwołującego, w narzuceniu przez zamawiającego jednoznacznej wielkości spakować wyrobów i nie dopuszczenie innej wielkości opakowań handlowych z odpowiednim przeliczeniem ilości opakowań, tak aby sumaryczna ilość produktów była zgodna z ilością wymaganą w siwz przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na wymaganą wielkość opakowania handlowego dla pozycji 8 i 10, która jest unikalna i wskazuje jednoznacznie na konkretny system pobierania krwi do badań jednego wytwórcy tj. system Vacutainer firmy Becton Dickinson (BD), ponieważ tylko w tym systemie uchwyty pakowane są po 250 szt. a nie jak w większości systemów po 100 szt., natomiast igły z zabezpieczeniem przeciwwzakłuciowym po 48 szt. (w załączeniu strona 22 i 26 z katalogu produktów firmy Becton-Dickinson -zał. 13).

Tak więc postawienie wymogu jednego producenta oraz narzucenie konkretnych opakowań handlowych i cech tych wyrobów spełnianych tylko przez jednego wytwórcę jest, zdaniem odwołującego, opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób charakteryzujący produkty jednego wytwórcy, co prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych, co narusza wprost zapisy art. 29 ust. 3 ustawy.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia godzące w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 22.01.2009r. (sygn. KIO/UZP 30/09), wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07, uchwała KIO z dnia 4 kwietnia 2016 sygn. KIO/KD/21/16.

Właśnie z taką sytuacją, w ocenie odwołującego mamy od czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie zamawiający przez wprowadzenie wymogu, aby wszystkie elementy systemu pochodziły od jednego producenta, jako parametru wymaganego od przedmiotu postępowania doprowadził do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego, który również byłby w stanie złożyć ważną i zgodną z przepisami prawa ofertę, gdyby nie wskazanie przez zamawiającego wykluczającego go parametru pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta, który to parametr nie wynika z żadnych przepisów prawa i jest w sprzeczności z zapisem art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010r.

o wyrobach medycznych, a którego wprowadzenie uprzywilejowuje dotychczasowych dostawców, choć nie gwarantuje wyższej jakości zaoferowanych produktów.

Poza wymogiem „pochodzenia produktów od jednego producenta”, na uprzywilejowanie jednego wykonawcy względem drugiego wpływają również narzucone przez zamawiającego wielkości opakowań handlowych dla poszczególnych pozycji asortymentowych. W niektórych pozycjach asortymentowych (poz. 8, 10) podana w siwz wielkość opakowania handlowego jest specyficzna i jest ilością jaką pakowane są produkty o nazwie handlowej Vacutainer jednego konkretnego wytwórcy - firmy Becton-Dickinson (BD). Tym same określone w Załączniku 3.1 do siwz wymogi mogą zostać tylko przez jednego wytwórcę i tylko jego dystrybutorów, co narusza wprost zasadę określoną w art. 29 ust 2.

W dniu 5 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 grudnia 2016r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (wpływ 12 grudnia 2016r.), w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania. W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający odstępuje od wymogu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia, aby wszystkie elementy systemu zamkniętego musiały pochodzić od jednego producenta. Zamawiający powtórzy czynność opisu przedmiotu zamówienia i dokona w tym zakresie modyfikacji zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający odstąpił od podanej w opisie przedmiotu zamówienia wielkości opakowań handlowych i dopuści zaoferowanie innych opakowań z odpowiednim przeliczeniem ilości zgodnie z zasadą, że w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje asortyment w opakowaniach zawierających inną ilość niż wskazana w formularzu asortymentowo - cenowym, należy to zaznaczyć w formularzu asortymentowo - cenowym a ilość jednostek przeliczyć na wymaganą przez zamawiającego do dwóch miejsc po przecinku.

Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że ten zarzut jest bezprzedmiotowy, ponieważ przed wniesieniem przez odwołującego odwołania, zamawiający w odpowiedziach na pytania innego wykonawcy dopuścił inne wielkości opakowań w Pakiecie nr 1 w pozycjach 8 i 10.

Zamawiający dokonał w tym zakresie modyfikacji zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: