

Sygn. akt: KIO 1314/18

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2018 r. przez wykonawcę: **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Firma Handlowo Usługowa K.-Bud J. K., ul. Astrów 21, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Podhalański Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ,**

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: **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Firma Handlowo Usługowa K.-Bud J. K. ul. Astrów 21, 43-100 Tychy**, 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 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Podhalański Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Nowym Targu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „dostawa środków dezynfekcyjnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lutego 2018 roku pod numerem 519846-N-2018.

Dnia 29 czerwca 2018 r. wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą - Firma Handlowo Usługowa K.-Bud J. K. z siedzibą w Tychach otrzymał informację o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w pakiecie nr 2 - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający podał w uzasadnieniu faktycznym, że w pakiecie nr 2: „Wykonawca, pomimo wezwań zamawiającego nie złożył tłumaczenia dokumentu - badań analizy elektrochemicznej w kierunku wywoływania korozji wżernej na dezynfekowanych narzędziach. Przetłumaczone zostało tylko ostatnie zdanie dokumentu. Wykonawca naruszył zapis pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z §16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 (Dz.U. z 27 lipca 2016, poz. 1126) oraz art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca, pomimo prób zamawiającego podjętych w celu wyjaśnienia treści oferty - nie potwierdził działania bójczego zaoferowanego środka wobec wszystkich wymaganych szczepów, w szczególności: Acinetobacter Baumani ESBL i szczepów Enterococcus VRE.”

Wobec powyższej decyzji ww. wykonawca wniósł odwołanie, w którym zarzucił bezpodstawne odrzucenie jego oferty w pakiecie nr 2, wskutek czego zostały naruszone przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo że zgodnie z opublikowanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz wymaganymi dokumentami jest ona ofertą najkorzystniejszą spośród ofert prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.
- 5) art. 30 Pzp w wyniku nie respektowania zapisów Norm Polskich i Europejskich.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający korzystając z uprawnienia art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnia treść oferty. Podkreślił, że przepis art. 26 ust. 4 Pzp ma także charakter

bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień. Wezwanie do wyjaśnień winno być precyzyjne, a ponadto Zamawiający nie może żądać przedłożenia dokumentów których przedłożenia nie wymagał w SIWZ, a co za tym idzie - także tłumaczeń tych dokumentów.

Odwołujący wyjaśnił, że w pakiecie nr 2 jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę. Podniósł, iż wyjaśnił właściwości mikrobiologiczne zaoferowanych preparatów, co wymaga wiedzy specjalnej. Badania są walidowane i zgodne z normami europejskimi lub krajowymi, a gdy ich brak - metodami własnymi producenta. Wskazał, że Zamawiający żądał dostarczenia katalogów/opisów/folderów na potwierdzenie spełniania wymaganych parametrów.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowane preparaty są wyrobami medycznymi, których rejestracja polega na powiadomieniu Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu danego wyrobu medycznego do obrotu na terenie Polski, a co za tym idzie treść na ulotce informacyjnej nie jest weryfikowana przez ww. urząd. Jednakże produkt uzyskuje stosowny Certyfikat Europejski w kraju producenta oraz Deklaracje Zgodności z Normami Europejskimi na podstawie przedłożonych badań zgodnych z obowiązującymi wymogami Norm Europejskich. Na podstawie katalogów/opisów/folderów nie można oceniać mikrobójczości preparatów. Warunki badania i poziom redukcji drobnoustrojów określają Normy Europejskie. Wykaz norm europejskich określających obowiązujące metody badania zawiera Polska Norma Zbiorcza PN-EN 14885 - Chemiczne środki dezynfekcyjne i antyseptyczne - Zastosowanie chemicznych norm europejskich dotyczących chemicznych środków dezynfekcyjnych i antyseptycznych. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu pełną skuteczność bójczą oferowanego preparatu w uzasadnieniu poprzednio wniesionego odwołania z dnia 11 maja 2018 r. (Zamawiający uznał odwołanie w całości) oraz w ostatnio złożonych wyjaśnieniach z dnia 18 czerwca 2018 r., wskazując Normy Europejskie.

Zaoferowany preparat posiada pełne właściwości bakteriobójcze, zgodnie z normą PN-EN 13727. Zgodnie ze wskazaną normą, szczepami referencyjnymi są: Staphylococcus aureus ATCC 6538, Pseudomonas Aeruginosa ATCC 15442, Enterococcus hirae ATCC 10541. Produkt przebadany, zgodnie ze wskazaną normą, posiada pełne właściwości bakteriobójcze i nie ma potrzeby ani obowiązku wskazywania wszystkich istniejących szczepów bakterii, na które działa.

Abstrahując od powyższego, szczepy Enterococcus VRE, Acinetobacter Baumannii ESBL odporne są na antybiotyki, a zaoferowane preparaty nie zawierają antybiotyków z grup B-laktamowych ani też antybiotyku wankomycyny, teikoplaniny i żadnego innego antybiotyku, zatem posiadają całkowicie odmienny sposób oraz czas działania niż leki przeciwdrobnoustrojowe, dlatego nie wykazują braku skuteczności na wskazane szczepy.

Ponadto, badania metodami opisanymi w normach europejskich nie obejmują

gronkowców metycylinoopornych, pałeczek ESBL, VRE ani innych drobnoustrojów opornych wobec antybiotyków gdyż ich wrażliwość na preparaty dezynfekcyjne jest znacząco większa niż szczepów referencyjnych ujętych w normach europejskich. Nie ma dowodów opartych na wiarygodnych danych naukowych opartych na EBM, że oporność na antybiotyki przenosi się także na środki dezynfekujące.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa w oparciu o SIWZ, z zastosowaniem przytoczonych w wezwaniu aktów prawnych, wezwać Odwołującego do „przedłożenia tłumaczenia na język polski dokumentów z badań analizy elektrochemicznej w kierunku wywoływania korozji wżernej na dezynfekowanych narzędziach”, ponieważ nie wymagał w SIWZ dostarczenia takich dokumentów.

Zamawiający wymagał przedłożenia „13. Dokumenty związane z przedmiotem zamówienia: katalogi/opisy/foldery producenta, których treść potwierdza spełnianie wymagań zamawiającego.” Zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia, jako „Płynny preparat do dezynfekcji i mycia narzędzi chirurgicznych i sprzętu anestezyjologicznego o wysokiej tolerancji materiałowej i bardzo dobrych właściwościach myjących zawierający enzymy rozpuszczające białka, tłuszcze i cukry; bez aldehydów, chloru, związków utleniających i alkiloamin, potwierdzony badaniami brak korozji wżernej (analiza elektrochemiczna)”. Zatem Zamawiający wymagał, aby produkt nie wywoływał korozji wżernej i był w tym zakresie przebadany. Po stronie wykonawcy jest sposób udokumentowania posiadania badań braku korozji wżernej. Można przyjąć, iż nawet oświadczenie wykonawcy o posiadaniu takowych badań powinno być wystarczające dla Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zapis zastosowany w opisie przedmiotu zamówienia dotyczący braku korozji wżernej jest nieprecyzyjny i skrótowy oraz nie koreluje z rozbudowanym wezwaniem do wyjaśnień i żądaniem Zamawiającego co do zakresu dokumentów i tłumaczeń.

Odwołujący wyjaśnił, że w terminie, wyczerpująco, dwukrotnie, mailem (w dniu 22.06.2018 r.) oraz faksem (w dniu 25.06.2018 r.) odpowiedział na wezwanie, przekazując Zamawiającemu kopię oryginału raportu z badań wraz z *Tłumaczeniem Podsumowania Raportu Badania z języka francuskiego na język polski, wyników testu zgodnie z normą NORMA NFS 94-402-1 (NORMA AFNOR Instrumenty chirurgiczne - Badanie korozyjnego działania środka dezynfekującego lub środka czyszczącego i dezynfekującego na instrumentach medyczno-chirurgicznych wielokrotnego użytku - Metody badań - Część 1: Stal nierdzewna, co potwierdza spełnianie stawianych produktowi wymagań*. W punkcie V Podsumowanie - jest zawarte potwierdzenie spełnienia wymogów Zamawiającego „Zgodnie z warunkami testu, produkt Proteazone nie wykazuje działania żrącego (korozyj) na opłki ze sztyftem ze stali nierdzewnej P0101000”.

Zdaniem Odwołującego, przytoczone okoliczności oraz dowody w pełni uzasadniają stwierdzenie, że czynności Zamawiającego naruszają art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 4

Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego preparatu i uzupełnionych dokumentów, w sytuacji gdy powziął on kolejną wątpliwość, czy zaoferowane preparaty spełniają wymagania SIWZ. Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez brak traktowania wszystkich wykonawców na równych prawach i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 2.

Zamawiający w dniu 16 lipca 2018 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się do dokonania czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania, uznając że zarzuty odwołania są w całości uzasadnione.

W ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego, przy czym Odwołujący jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym pakiecie nr 2.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nakazała zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł, którą wniósł Odwołujący tytułem wpisu.

Przewodniczący: