

Sygn. akt: KIO 17/20

## POSTANOWENIE

z dnia 17 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **17 stycznia 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2020 r.** przez wykonawcę **SKAMEX sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce**

postanawia:

### 1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SKAMEX sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 17/20

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Dostawy drobnego sprzętu medycznego j.u.ż. wszczepialnych portów naczyniowych, opasek uciskowych, gołarek medycznych dla potrzeb szpitala” znak sprawy: FZP.2810.48.2019; zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.09.2019 pod nr 2019/S 174-423544 przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 23.12.2019 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej: ) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie 21 - Bialmed Sp. z o.o., ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa zwaną dalej: „Bialmed Sp. z o.o.” albo „BIALMED”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w pakiecie 21 - zajęła oferta SKAMEX sp. z o.o. sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź zwaną dalej: „SKAMEX sp. z o.o. sp. k.” albo „Odwołującym”.

W dniu 02.01.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP SKAMEX sp. z o.o. sp. k. wniosło odwołanie na czynność z 23.12.2019 r. dotyczącą pakietu 21 poz. 5 i 6. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pośrednictwem platformy zakupowej: ). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIALMED, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”,
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty BIALMED, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy. Odwołujący wnosil o:
  - 1) uwzględnienie odwołania,
  - 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu 21,
  - 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu 21,
  - 4) nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez BIALMED,
  - 5) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu 21 złożył Odwołujący.

Przedmiot zamówienia, podzielony został na 62 pakiety (części) zadań. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu 21 poz. 5 i 6 zawarł w SIWZ następujący opis przedmiotu zamówienia:

- w zakresie pakietu 21 poz. 5 wymagał zaoferowania produktu o następujących parametrach: „Strzykawki 3-częściowe j.u. tłok zakończony czarną gumą, końcówka LUER-LOCK - strzykawki muszą być wkalibrowane w menu użytkowanych pomp strzykawkowych: B. Braun, Ascor oraz Medima, tłok szczelnie przylegający do korpusu (wysoka szczelność, brak przecieków), płynność jego przesuwu, możliwość szczelnego zakręcenia przedłużacza do pomp (połączenia), wyraźna i trwała podziałka na strzykawce (może być podwójna) (sterylna)”.
- w zakresie pakietu 21 poz. 6 wymagał zaoferowania produktu o następujących parametrach „Strzykawki 3- częściowe j.u. tłok zakończony czarną gumą, końcówka LUER-LOCK, do podawania leków światłoczułych - strzykawki muszą być wkalibrowane w menu użytkowanych pomp strzykawkowych: B. Braun, Ascor oraz Medima, tłok szczelnie przylegający do

korpusu (wysoka szczelność, brak przecieków), płynność jego przesuwu, możliwość szczelnego zakręcenia przedłużacza do pomp (połączenia), wyraźna i trwała podziałka na strzykawkę (może być podwójna) (sterylna)".

Jednocześnie na etapie pytań i odpowiedzi do zapisów SIWZ padło pytanie, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 14.10.2019:

**„145. Zapytanie:**

Pytanie nr 21 dotyczy pakietu nr 21 poz. 1-6:

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o dopuszczenie strzykawek kompatybilnych z pompami Ascor, Ivac oraz Medima nie wpisanych w menu użytkowanych pomp, ale o kompatybilności potwierdzonej oświadczeniem producenta strzykawek.

Prośbę swą motywujemy tym, że na rynku jest wielu producentów oferujących strzykawki kompatybilne z ww. pompami, ale ich produkcja rozpoczęła się kilka lat po wyprodukowaniu pomp, w związku z czym nie ma ich w menu pompy, co nie zmienia faktu, że są one z nimi kompatybilne, co z kolei gwarantują normy i obowiązujące przepisy dotyczące produkcji pomp i strzykawek. Chcielibyśmy także zauważyć, iż do postępowania należy dołączyć próbki oferowanego wyrobu dzięki, którym Zamawiający będzie mógł sprawdzić czy dane strzykawki będą pasować do pomp, które posiada na wyposażeniu.

**Odpowiedź.**

Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania strzykawek, dla których Wykonawca posiada Oświadczenie producenta strzykawek o kompatybilności z posiadanymi przez szpital pompami.

Oceny próbek Zamawiający dokona na każdej z 3 posiadanych pomp, na podstawie dostarczonych wraz z ofertą informacji zawartych w Oświadczeniu producenta oferowanych strzykawek. Oświadczenie musi zawierać w swej treści informacje dla Zamawiającego odnośnie ustawień, jakich musi dokonać na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, Ivac, Medima), w celu właściwego użycia/przetestowania zaoferowanych strzykawek.

W przypadku uzyskania zamówienia przez Wykonawcę oferującego strzykawkę nie wpisane w menu danej pompy, koszt kalibracji we wszystkich posiadanych przez szpital pompach (wykonanej przez autoryzowany serwis pomp), poniesie Wykonawca najpóźniej w dniu pierwszej dostawy."

W ww. pytaniu 145 z firma Bialmed wskazała, że kompatybilność strzykawek z pompą gwarantują normy i obowiązujące przepisy dotyczące **produkcji pomp** i strzykawek.

Poniżej cytuję z ww. pytania poniżej:

„(...) kompatybilne, co z kolei gwarantują normy i obowiązujące przepisy dotyczące produkcji pomp i strzykawek. Chcielibyśmy także zauważyć, iż do postępowania należy dołączyć (...)"

Oświadczenie firmy Margomed z 15.01.2019, które przedłożyła firma Bialmed odnosi się tylko do norm dotyczących strzykawek, a nie odnosi się do norm dotyczących pomp infuzyjnych.

W odpowiedzi na pytania Wykonawców z 14.10.2019 Zamawiający precyzyjnie odpowiedział, że dokona „oceny próbek na każdej z 3 posiadanych pomp, na podstawie dostarczonych wraz z ofertą informacji zawartych w oświadczeniu producenta oferowanych strzykawek.

Zamawiający napisał precyzyjnie, jakich pomp ma dotyczyć oświadczenie - cytuję z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 145:

„(...)strzykawkę. Oświadczenie musi zawierać w swej treści informacje dla Zamawiającego odnośnie ustawień, jakich musi dokonać na posiadanych rodzajach pomp (tj. Ascor, Ivac, Medima), w celu właściwego użycia/przetestowania zaoferowanych strzykawek. (...)"

Nie napisał „między innymi Ascor, Ivac, Medima” lub „tj. Ascor, Ivac, Medima lub inne”, lecz wymienił nazwy 3 konkretnych producentów pomp, jakie posiada.

Jednocześnie zgodnie z pierwotnym opisem SIWZ strzykawki miały być wkalibrowane w menu użytkowanych przez Zamawiającego pomp strzykawkowych. Wymienione zostały pompy producentów: Ascor, Medima i BBraun.

W związku powyższym z precyzyjną odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 145 pozostawiła w mocy wymóg wkalibrowania oferowanych strzykawek w pompy BBraun, której nie wymieniono w pytaniu ani odpowiedzi na nie - co oznacza, że w menu pomp BBraun powinien się pokazać komunikat „50 Margomed”, co nie nastąpiło.

Wynika to z informacji od przedstawiciela Skamex, który 02.01.2019 r. poprosił osobiście w szpitalu o protokół oceny próbek.

Otrzymał on jedynie wgląd do protokołu testowania na testerze z wykresami oraz wynikami testu dla pomp B.Braun, Ascor, Medima. Odnotowano, że badane były na ustawieniach dla strzykawki „50 Polfa Lublin”. Nie udostępniono protokołu z badania próbek na pompach Ivac.

Wobec powyższego zgodnie z zapisami SIWZ używanie strzykawek z pompami BBraun może się opierać wyłącznie na użyciu strzykawki wkalibrowanej do menu pompy.

Ponadto Wykonawca Bialmed nie wywiązał się z nałożonego przez Zamawiającego obowiązku dostarczenia w oświadczeniach informacji na temat postępowania z pompami posiadanymi przez Zamawiającego w zakresie pomp IVAC. Stwierdzenie, że w przypadku braku w menu pompy strzykawek „Margomed” należy wybrać „50 Polfa” nie może być uznane za wystarczające dla właściwego użycia/przetestowania oferowanych strzykawek, gdyż pompy IVAC nie zawierają w menu ani strzykawek „50 Margomed”, ani „50 Polfa”. Instrukcji postępowania w takim przypadku Zamawiający w załączonym oświadczeniu od Wykonawcy Bialmed nie otrzymał. Zatem nie mógł prawidłowo, użyć ani nawet przetestować strzykawek zgodnie z zaleceniami ich producenta w posiadanych przez siebie pompach IVAC.

Postępowanie Zamawiającego narusza przepisy Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 nr 107 poz. 697) i Ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. 1991, nr 91, poz. 408) naraża Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą za używanie sprzętu niezgodnie z instrukcją obsługi producenta.

Podkreślił, że nie tylko zasady prowadzenia postępowania, ale również sama działalność która prowadzi Zamawiający, nakładają na niego obowiązek wyboru zarówno sprzętu jak i asortymentu medycznego, który w pełni odpowiadać będzie jakże ważnej działalności, jaką jest świadczeniem usług medycznych. Tylko asortyment odpowiadający zarówno wymogom odpowiednich norm jak i odpowiadającym wymogom producentów sprzętu (w tym wypadku pomp infuzyjnych), może zostać uznany za asortyment odpowiedni. Zamawiający nie może sobie w szczególności pozwolić na otrzymanie strzykawek, które okazały się nie tylko niekompatybilne, ale również naraża pacjentów na bezpośrednie zagrożenia ich zdrowia, ponieważ podawały będą lek za wolno lub za szybko.

Zamawiający w dniu 07.01.2020 r. wezwał (za pośrednictwem platformy zakupowej: ) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 17.01.2020 r. w związku z postanowieniem Izby z 10 i 16.01.2020 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Na posiedzeniu – nie stawił się Zamawiający. Dowód powiadomienia w aktach postępowania (13.01.2020 r.). Z tej przyczyny zarządzono przerwę. W jej toku ustalono, iż Zamawiający nie stawił się na posiedzenie z powodu uwzględnienia odwołania w całości. Stosowne pismo potwierdzające tą okoliczność, przesłał po skontaktowaniu się telefonicznym podczas przerwy. Dowód przekazania w aktach postępowania (e-mailem).

Zgodnie z jego treścią (odpowiedź na odwołanie z 17.01.2020 r.): „(...)Na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 PZP zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Skamex, w zakresie:

1) unieważnienia czynności oferty najkorzystniejszej - w pakiecie 21

2) powtórzenia czynności badania i oceny - w pakiecie 21, w toku których rozpatrzy niezgodność oferty Wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siwz oraz zweryfikuje czynność wyboru ofert podczas badania i oceny ofert, na podstawie poczynionych ustaleń.

Według wiedzy Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca, dlatego zamawiający wnosi, aby Krajowa Izba Odwoławcza rozważyła możliwość umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Informacja o uwzględnieniu zarzutów została przekazana drogą elektroniczną Odwołującemu. (...)’.

Izba biorąc pod uwagę dokonane uwzględnienie, po poinformowaniu Odwołującego na posiedzeniu o powyższych okolicznościach, uznała, że mamy do czynienia z uwzględnieniem w całości odwołania, oraz wobec braku zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała w konsekwencji, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 17/20 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron (bez obecności Zamawiającego).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....