

Sygn. akt: KIO/UZP 590/08

WYROK
z dnia 4 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Anna Packo**
Stanisław Sadowy

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2008r. i 2 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18A, 85-655 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, ul Pasteura 1, 50-367 Wrocław** protestu z dnia 5 czerwca 2008r.

przy udziale **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18A, 85-655 Bydgoszcz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18A, 85-655 Bydgoszcz**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18A, 85-655 Bydgoszcz** na rzecz **Akademia Medyczna Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, ul Pasteura 1, 50-367 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18A, 85-655 Bydgoszcz.**

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

Akademia Medyczna, Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę urządzeń stanowiących wyposażenie Oddziału Anestezjologicznego i Chirurgii Serca oraz montaż i uruchomienie w Centrum Klinicznym Akademii Medycznej przy ul. Borowskiej 213 we Wrocławiu” część B i C. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 5 października 2007 r., nr 2007/S 192-233718.

Zamawiający – jak podniósł w rozstrzygnięciu postępowania z dnia 30 maja 2008 r. - w wykonaniu wyroków Krajowej izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08 oraz z dnia 16 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 420/08 przeprowadził czynności nakazane przedmiotowymi wyrokami oraz uznał za nieważny wynik postępowania z dnia 21 grudnia 2007 r. polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 30 maja 2008 r., poinformował Dräger Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwaną dalej „Odwołującym” o ponownej ocenie złożonych ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie **części B i C** - oferty wykonawcy PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „PROMED” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu nie spełnienia przez tę ofertę wszystkich warunków granicznych, tj.:

1. w zakresie części B dotyczących:

- załącznika 2B, poz. 1, l.p. 23 – respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA, model: Evita XL),
- załącznika 2B, poz. 1, l.p. 54 – respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA, model: Evita XL),
- załącznika 2B, poz. 3, l.p. 9 – respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA, model: CARINA),
- załącznika 2B poz. 3, l.p. 20 i 21 – respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA, model: CARINA),

2. w zakresie części C dotyczących:

- załącznika 2C, poz. 1, l.p. 29 – aparatu do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA (Fabius Plus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Delta XL, model: Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL),
- załącznika 2C, poz. 2, l.p. 35 – stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA (Primus), Draeger Medical Systems Inc. (Infinity Kappa), model: Aparat Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa),
- załącznika 2C, poz. 2, l.p. 55 – stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy (producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA (Primus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Kappa, model: Aparat Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa).

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 5 czerwca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie)

Odwołujący wniósł protest na czynności polegające na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. wyborze oferty wykonawcy PROMED.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit.a ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
3. unieważnienie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PROMED,
4. wybór oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał wyrok KIO i odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie wskazał, iż zarzuty

skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego są identyczne jak postawione na etapie wcześniejszych czynności, które były już rozpatrzone na korzyść Odwołującego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08. Nadto dodał, iż jedynie zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, l.p. 54, tj. zaproponowania „wszystkich elementów wielokrotnego użytku” jest zarzutem nowym, który wcześniej nie był podnoszony.

Pismem z 5 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przedmiotowe pismo wykonawca PROMED otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 9 czerwca 2008 r. wykonawca PROMED przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 16 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

Pismem z dnia 18 czerwca 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP oraz Zamawiającego w tej samej dacie), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania. Jednocześnie, na rozprawie, modyfikując wniosek z pkt 5 odwołania o żądanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty PROMED.

Pismem z dnia 19 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 czerwca 2008 r. – przed rozpoczęciem rozprawy - (pismem z dnia 26 czerwca 2008 r.) wykonawca PROMED przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Bezspornym jest, iż zarzuty dotyczące

1. w zakresie części B:

- załącznika 2B, poz. 3, l.p. 9 – respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG&Co.KgaA, model: CARINA),
- załącznika 2B poz. 3, l.p. 20 i 21 – respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG&Co.KgaA, model: CARINA),

2. w zakresie części C:

- załącznika 2C, poz. 1, l.p. 29 – aparatu do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych (producent: Dräger Medical AG&Co.KgaA (Fabius Plus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Delta XL, model: Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL),
- załącznika 2C, poz. 2, l.p. 35 – stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy (producent: Dräger Medical AG&Co.KgaA (Primus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Kappa, model: Aparat Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa)

jak również zarzuty pod adresem wykonawcy PROMED (załącznik 2B, poz.4, l.p. 3.1-3.4 oferty tego wykonawcy) były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08). Powyższe uniemożliwia Odwołującemu ponowne powoływanie się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia i powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej.

Kwestią sporną między stronami są natomiast zarzuty dotyczące:

- załącznika 2B, poz. 1, l.p. 23 – respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej,
- załącznika 2C, poz. 2, l.p. 55 – stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy,

Zdaniem Odwołującego powyższe zarzuty były już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast Zamawiający i Przystępujący podnoszą, iż są to zarzuty nowe.

Izba ustaliła, iż zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, l.p. 23, tj. braku określenia zakresu wartości wyzwalania oddechu przepływem, istotnie był już podniesiony we wcześniejszym postępowaniu. Wskazuje na to, m.in. pismo z dnia 21 grudnia 2007 r., w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu tego wykonawcy z niniejszego postępowania. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał m.in., iż w załączniku B, poz.1, l.p. 23 „firma Dräger Polska Sp. z o.o. stwierdza możliwość wyzwalania oddechu przepływem i ciśnieniem, ale z dostępnej dokumentacji wynika, że oferowany aparat Evita XL nie posiada możliwości wyzwalania oddechu ciśnieniem”. Powyższe zaskarżył Odwołujący (protest z dnia 26 grudnia 2008 r.), w którym podniósł, iż

przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony, gdyż respirator Evita XL posiada możliwość wyzwalania oddechu ciśnieniem.

KIO w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08 stwierdziła, iż odpowiedź Odwołującego „potwierdza spełnienie warunku zarówno w zakresie wyzwalania oddechu przepływem (wymóg minimalny 2l/min.- oferowany 15l/min.) jak w zakresie wyzwalania oddechu ciśnieniem (Zamawiający nie wskazał minimalnego zakresu ciśnienia jaki będzie potwierdzał spełnienie wymogu minimalnego – granicznego).” (s.8-9 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08). Jednocześnie Izba unieważniła czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Natomiast zarówno Zamawiający, jak i PROMED wnieśli skargę na powyższy wyrok do Sądu Okręgowego we Wrocławiu, w której PROMED podniósł, iż zarzuty w zakresie parametrów technicznych oferty Odwołującego nie zostały spełnione w zaoferowanych urządzeniach, w tym m.in. parametry dotyczące respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej (załącznik B, poz.1, l.p. 23) (s. 3-5 skargi, będącej załącznikiem do zgłoszenia przystąpienia do odwołania przez wykonawcę PROMED).

Nadto Izba ustaliła, iż drugi sporny zarzut, tj. zarzut dotyczący załącznika 2C, poz. 2, l.p. 35 (stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy) był już przedmiotem rozstrzygnięcia w tym postępowaniu ale w innym odwołaniu. Zamawiający wykluczając Odwołującego oraz odrzucając złożoną przez niego ofertę wskazał, iż zaoferowane stanowiska do znieczulania wysokiej klasy (załącznik 2C, poz. 2) powinny m.in. „posiadać możliwość regulacji położenia ekranu w płaszczyźnie poziomej i pionowej, a funkcji takiej (...) oferowany przez Odwołującego aparat PRIMUS nie spełnia”. Odwołujący w proteście z dnia 26 grudnia 2008 r. podniósł, iż aparat Primus wyposażony w respirator anestetyczny wraz z monitorem umożliwi optymalny dobór prezentacji parametrów.” W odpowiedzi na protest z dnia 4 stycznia 2008 r. Zamawiający stwierdził, iż oferowany przez Odwołującego aparat Primus posiada jedynie wbudowany ekran w korpus aparatu, a nie monitora pacjenta, nie ma więc możliwości regulacji jego ułożenia w płaszczyźnie poziomej i pionowej. KIO w wydanym wyroku stwierdziła, iż „stanowisko do znieczulenia, wysokiej klasy – 16 sztuk” zaoferowane przez Odwołującego (poz. 2 pkt 54, 55 i 64) spełnia parametry wymagane przez Zamawiającego. Nadto Izba uznała, iż „niemożliwym jest postawienie zarzutu dotyczącego nie posiadania ruchomego monitora urządzenia w celu optymalnej, ergonomicznej prezentacji parametrów, osobno pracy aparatu do znieczulania oraz osobno funkcji organizmu pacjenta w płaszczyźnie poziomej i pionowej, gdyż z postanowień SIWZ wprost nie wynika, aby taki wymóg istniał” (s.10-11 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08). W zakresie powyższego PROMED również podniosła zarzut w składanej skardze do Sądu Okręgowego we Wrocławiu wskazując, iż Izba błędnie połączyła

„opisy wymogów w zakresie respiratora anestetycznego” – ekranu respiratora (l.p. 54-55) „z wymogami dotyczącymi monitora pacjenta do aparatu (l.p. 66-70)”. Tak więc zarzut dotyczył braku w zaoferowanym urządzeniu (aparacie Primus) ekranu respiratora z funkcją regulacji położenia ekranu w płaszczyźnie pionowej i poziomej.

Nadto należy dodać, iż skarga wniesiona m.in. przez PROMED do Sądu Okręgowego we Wrocławiu zawierała wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii na okoliczność tego, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych.

Z załączonego do wniosku o zawieszenie postępowania protokołu rozprawy apelacyjnej z dnia 26 maja 2008 r. w sprawie sygn. akt X Ga 22/08 wynika, iż sąd postanowił dopuścić dowód z opinii biegłego z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii na m.in. okoliczność ustalenia czy oferta Odwołującego dotycząca urządzeń określonych w pakiecie B, tj. respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej i respiratora do wentylacji nieinwazyjnej oraz w pakiecie C to jest stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy i aparatury do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych spełnia wymagania określone w SIWZ (s. 4 powołanego wyżej protokołu).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Izba nie może orzekać także w zakresie dwóch ww. zarzutów, gdyż były one już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą co ustalono na podstawie treści wskazanych wyżej dokumentów.

Bezspornym jest także, iż zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, l.p. 54 - respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej jest zarzutem nowym i dotychczas nie był przez Zamawiającego podnoszony.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 2B / poz.1 „respirator do leczenia ostrej niewydolności oddechowej” l.p. 54 w rubryce 2 „Opis techniczny, funkcje i parametry techniczne” zamieścił postanowienie „Kompletna linia do wziewnej podaży leków (wszystkie elementy jednorazowe po 10 szt.) – 1 kpl do każdego respiratora”. Jednocześnie w rubryce 3 „Wymagana odpowiedź” wskazał, iż „TAK”.

Odwołujący w załączniku 2B / poz.1 zaoferował respirator do leczenia ostrej niewydolności oddechowej – 40 sztuk – producent: Dräger Medical AG & Co. KgaA, model: Evita XL.

W rubryce 4 „Parametr oferowany” załącznika 2B / poz. 1, l.p. 54 Odwołujący zaoferował Zamawiającemu „TAK. Kompletna linia do wziewnej podaży leków – 1 kpl do każdego respiratora. Wszystkie elementy wielokrotnego użytku”.

Zamawiający w sposób jednoznaczny, w postanowieniu załącznika 2B / poz. 1, l.p. 54, wskazał, iż oczekuje kompletnej linii do wziewnej podaży, doprecyzowując iż „wszystkie

elementy jednorazowe – 10 szt”. Zdaniem Izby powyższe oznacza, iż Zamawiający oczekiwał urządzenia, w skład którego miały wchodzić elementy jednorazowe, które miały być dostarczone w ilości 10 sztuk każdy.

Należy się tu zgodzić z Zamawiającym, iż Odwołujący, mając wątpliwości, co do tego, które elementy mają być jednorazowe mógł w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się o do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Odwołujący tego nie uczynił. Niemniej jednak wydaje się, iż Odwołujący będąc profesjonalistą na rynku medycznym w zakresie tego rodzaju sprzętu nie powinien mieć wątpliwości co do znaczenia zapisu „wszystkie elementy jednorazowe”. Dlatego też nie można podzielić argumentacji Odwołującego, iż skoro Zamawiający bliżej nie sprecyzował, czy wszystkie, czy też tylko niektóre elementy oferowanego urządzenia mają być jednorazowe, tym samym dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia zawierającego wszystkie elementy wielokrotnego użytku.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając iż Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swych potrzeb oraz w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

Reasumując Zamawiający w sposób prawidłowy określił przedmiot zamówienia a Odwołujący nie spełnił wymaganych parametrów, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie zawiera żadnych jednorazowych elementów.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*