

Sygn. akt: KIO/UZP 746/08

**WYROK**  
z dnia 05 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dräger Polska Sp. z o.o., 85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Szpital w Puszczykowie im. Prof. Stefana Tytusa Dąbrowskiego” Sp. z o.o., 62-041 Puszczykowo, ul. Kraszewskiego 11** protestu z dnia 04 lipca 2008 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dräger Polska Sp. z o.o., 85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 208 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiem złotych sześćdziesiąt groszy) przez **Dräger Polska Sp. z o.o.,**

**85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18A** na rzecz **Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Szpital w Puszczykowie im. Prof. Stefana Tytusa Dąbrowskiego”** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dräger Polska Sp. z o.o., 85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18A**.

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego dla potrzeb SOR Zamawiający w dniu 30.06.2008r. poinformował PROMED S.A. (dalej Promed) o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części I – „Sprzęt anestezjologiczny i monitorujący funkcje życiowe”, tj. oferty złożonej przez Dräger Polska Sp. z o.o. (dalej Dräger)

W dniu 07.07.2008r., pismem z dnia 04.07.2008r., Promed wniósł protest na tą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Dräger,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy Dräger.

Wskazał, że interes prawny PROMED polega na tym, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp uniemożliwiło wybór jego oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta Dräger nie spełnia wymogu określonego w części I, poz. 8 załącznika nr 5 Respirator transportowy, tj. wymogu niezależnej płynnej regulacji częstości oddechowej i objętości oddechowej. Podał, że Dräger potwierdził w ofercie ten parametr podając „TAK. Niezależna płynna regulacja częstości

oddechowej i objętości oddechowej”. Promed wskazał, że na okoliczność potwierdzenia oferowanych parametrów Dräger załączył ulotkę techniczną (str. 153 oferty), gdzie podano: „niezależna regulacja częstotliwości oddechowej i objętości minutowej”.

W ocenie Promed firma Dräger wprowadziła Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje, gdyż oferowane urządzenie nie posiada niezależnej regulacji objętości oddechowej, a jedynie regulację objętości minutowej – co nie jest tożsame (są to zupełnie inne parametry).

Powyższy brak jest, w ocenie Promed, bardziej czytelny po przeanalizowaniu zapisu pkt 10 w/w tabeli, zgodnie z którym Zamawiający wymagał: ” Zakres regulacji objętości oddechowej min. 80 - 1300 ml”, zaś Dräger w odpowiedzi na ten wymóg podał: „TAK. Zakres regulacji objętości oddechowej regulowany w zakresie 3 - 20l/min = 75 - 4000 ml objętości oddechowej dla dostępnej częstotliwości 5 - 40 oddechów/min”.

Podany zakres objętości oddechowej jest przeliczeniem Dräger wynikającym z możliwych nastaw objętości minutowej i częstości oddechowej i nie jest możliwy do niezależnego ustawienia w oferowanym respiratorze (Medumat Standard produkcji Gottlieb Weinmann).

W dniu 10.07.2008r., pismem z tego samego dnia, przystąpienie do postępowania toczącego się wyniku protestu wniesionego przez Promed zgłosił Dräger. Podniósł, że nie ma żadnego znaczenia, czy w respiratorze nastawiana jest objętość oddechowa czy minutowa objętość oddechowa - skutek dla wentylacji pacjenta jest identyczny. Jest to różnica w użytych do oznaczenia zakresu dostępnych nastaw jednostkach. Podkreślił, że w ogromnej większości respiratorów transportowych firmy stosują skalowanie w jednostkach minutowej objętości oddechowej, co spowodowane jest faktem, że minutowa objętość oddechowa zależy wprost od wagi pacjenta i operatorowi jest łatwiej ocenić jak prawidłowo dobrać wentylację do wagi pacjenta, którą można określić „na oko”, bez dodatkowych pomiarów.

Swój interes prawny w przystąpieniu Dräger upatruje w tym, że w przypadku uznania protestu Promed utraci on możliwość uzyskania zamówienia w części I.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 16.07.2008r., które doręczono Promed w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 2 i art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz oddalenie w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że przeprowadzona ponownie ocena oferty Dräger potwierdza fakt przedstawienia przez tą firmę niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego rozwiązania oraz, że firma Dräger zaoferowała przedmiot, którego funkcje zostały przez Zamawiającego błędnie odczytane. Jednocześnie stwierdził, że

Promed na poparcie swoich twierdzeń nie wskazał żadnego dowodu, potwierdzającego złożenie nieprawdy i próbę wyłudzenia zamówienia.

W dniu 16.07.2008r., Zamawiający doręczył Dräger rozstrzygnięcie protestu oraz pismo, w którym wskazał, że Dräger określił takie parametry respiratora transportowego, ażeby dokonywać nastaw pracy urządzenia wg: liczby oddechów (f) i objętości jednego oddechu (TV), zaś parametry zaoferowanego przez Dräger respiratora wskazują, że nastawę objętości jednego oddechu dokonuje się poprzez dzielenie oddechowej objętości minutowej przez liczbę oddechów na minutę (f), aby uzyskać parametr objętości jednego oddechu.

W dniu 21.07.2008r., pismem z tego samego dnia, Dräger wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu firmy Promed w zakresie unieważnienia czynności wyboru jego oferty oraz powtórzenia oceny i badania ofert, żądając:

1. uwzględnienia odwołania,
2. nakazania unieważnienia czynności częściowego uwzględnienia protestu.

Wskazał, że interes prawny Dräger doznał uszczerbku, ponieważ w przypadku zgodnego z prawem prowadzenia postępowania to jemu zostałyby udzielone zamówienie w części I.

W uzasadnieniu odwołania Dräger podniósł, że Zamawiający nie podał, na czym polega niezgodność oferty Dräger z treścią SIWZ, nie odrzucił też jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym Zamawiający poinformował go o dokonaniu ponownej oceny ofert, co jest nielegalne i przedwczesne w świetle art. 183 ust. 5 ustawy Pzp. W odwołaniu Dräger podtrzymał swoje twierdzenia zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

W dniu 30.07.2008r. przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez Dräger zgłosił Promed.

Podkreślił, że Zamawiający zobowiązał wykonawców w SIWZ do zaoferowania urządzenia posiadającego niezależną, płynną regulację częstości oddechowej i odrębną regulację objętości oddechowej, natomiast urządzenie oferowane przez Dräger ma regulację objętości minutowej. W ocenie Promed istotą problemu nie jest spełnienie wymogu określonego w pkt 10, a brak posiadania funkcji wymaganej w pkt 8 załącznika nr 5.

Dodał, że SIWZ wskazywała na konieczność zaoferowania urządzenia, na którym lekarz w sposób niezależny ustawi częstość oddechową i objętość oddechową wentylowanego pacjenta, a nie w sposób pośredni będzie przeliczał, jak powinno być nastawione pokrętko objętości minutowej, aby uzyskać objętość oddechową.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania, stanowisk i oświadczeń stron i przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ w przypadku uznania odwołania, oferta Dräger Sp. z o.o. nie zostałaby przez Zamawiającego odrzucona, a Odwołujący nie utraciłby szansy na uzyskanie zamówienia w części I - „Sprzęt anestezyjologiczny i monitorujący funkcje życiowe”.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego (SOR). Zamawiający podzielił zamówienie na 11 części, w tym w Części I – Sprzęt anestezyjologiczny i monitorujący funkcje życiowe - wskazał pod poz. 8 Respirator transportowy - 3 szt. Szczegółowy opis wymagań dla respiratora transportowego został zawarty w formie tabeli w Załączniku nr 5 do SIWZ w części odnoszącej się do Sprzętu anestezyjologicznego i monitorującego funkcje życiowe.

Dla respiratora transportowego Zamawiający wskazał w szczególności wymóg niezależnej, płynnej regulacji częstości oddechowej i objętości oddechowej (poz. 8 tabeli) oraz wymóg dla zakresu objętości oddechowej, który określono na min. 80 - 1300 ml (poz. 10 tabeli). W poz. 9 Zamawiający określił wymagany zakres częstości oddechowej - min. 8 - 40 cykli / min.

Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z Rozdziałem XXII SIWZ, była cena.

Firma Dräger, w złożonej przez siebie ofercie, na stronie 29, zaoferowała respirator transportowy Medumat Standard a produkcji Gottlieb WIEINMANN (Niemcy), a jednocześnie potwierdziła poprzez wpisanie „TAK” w kolumnie „Wymóg” żądanych przez Zamawiającego funkcjonalności, tj. w zakresie niezależnej, płynnej regulacji i parametru o zakresie regulacji oddechowej min. 80 - 1300 ml, a nadto w kolumnie „Odpowiedź wykonawcy” dla poz. 8 wykonawca wpisał: „TAK. Niezależna płynna regulacja częstości oddechowej i objętości oddechowej” oraz dla poz. 10: „TAK. Zakres regulacji objętości oddechowej regulowany w zakresie 3 - 20 l/min = 75 - 4000 ml objętości oddechowej dla dostępnej częstotliwości 5 - 40 oddechów/min”.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Dokumentacja postępowania, oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego, zaprezentowane w toku rozprawy, były wystarczające do wydania orzeczenia.

W SIWZ (poz. 8 - 10 tabeli, Załącznik nr 5 dot. respiratora transportowego) Zamawiający zażądał, aby wykonawcy zaoferowali respiratory transportowe posiadające:

1. niezależną, płynną regulację częstości oddechowej mierzoną w cyklach na minutę (pkt 8 i 9),
2. niezależną, płynną regulację objętości oddechowej mierzoną w mililitrach (pkt 8 i 10),
3. zakres regulacji częstości oddechowej 8 - 40 cykli / min (pkt 9),
4. zakres regulacji objętości oddechowej 80 - 1300 ml (pkt 10).

Z powyższego wynika, że Zamawiający oczekiwał w oferowanych urządzeniach odrębnych regulacji (nastawień) dwóch parametrów:

1. częstości oddechowej, a więc ilości oddechów na minutę,
2. objętości oddechowej, a więc objętości pojedynczego oddechu mierzonego w mililitrach.

Odwołujący, w żądanym przez Zamawiającego zakresie, zaoferował urządzenie umożliwiające regulację (nastawienie) częstości oddechowej, określonej jako „częstotliwość wentylacji”, mierzonej w oddechach na minutę, tj. 5 - 40 oddechów / minutę oraz umożliwiające regulację (nastawienie) objętości minutowej, mierzonej w litrach na minutę.

Sporną jest kwestia, czy Odwołujący, oferując urządzenie umożliwiające regulację (nastawienie) objętości minutowej, a zatem regulację przepływu powietrza w ciągu minuty, mierzonego w l / min, sprostał wymogowi pkt 8 SIWZ w zakresie regulacji objętości oddechowej.

Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie nastawienia, których parametrów i w jakim zakresie oczekuje, przesądził o sposobie korzystania z urządzenia, za pomocą którego prowadzona ma być wentylacja pacjenta. Bez znaczenia, w świetle postanowień SIWZ, jest, czy urządzenie zaoferowane przez Odwołującego zapewnia finalnie dla pacjenta uzyskanie takiego samego efektu, ponieważ poprzez postanowienia SIWZ Zamawiający przesądził, że operator (osoba obsługująca urządzenie) będzie prowadzić wentylację pacjenta, nastawiając częstość oddechową i objętość oddechową, nie zaś częstość oddechową i objętość minutową albo przeliczając te wartości. Bez znaczenia jest także, który ze sposobów obsługi urządzenia jest obiektywnie łatwiejszy, skoro Zamawiający w SIWZ zażądał pierwszej z tych metod. W ocenie składu orzekającego Izby, czynność nastawienia należy wiązać z automatyzmem działania - nastawienie to znalezienie na „pokrętle”, „gałce”, „regulatorze” żądanej wartości i ustawienie „pokrętła”, „gałki”, „regulatora” w miejscu odpowiadającym tej wartości.

Zaoferowane przez Odwołującego urządzenie, poprzez nastawienie objętości minutowej, daje możliwość uzyskania efektu tożsamego z nastawieniem objętości oddechowej, jednak w ocenie składu orzekającego Izby fakt, że w zaoferowanym urządzeniu

uzyskanie efektu nastawienia żądanej wartości objętości oddechowej musi być poprzedzone dodatkowo przeliczeniem, polegającym na podzieleniu objętości minutowej przez częstość oddychania, oznacza, że nie mamy do czynienia z nastawieniem objętości oddechowej, ale że mamy do czynienia z efektem tożsamym z nastawieniem objętości oddechowej poprzez nastawienie objętości minutowej. Stopień łatwości / trudności przeliczenia, wobec wymogów SIWZ, tj., aby respirator transportowy posiadał możliwość regulacji objętości oddechowej, jest bez znaczenia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zaoferowany przez Odwołującego respirator transportowy „Medumat Standard a” produkcji Gottlieb WIEINMANN (Niemcy) nie spełnia wymogu SIWZ, a w konsekwencji, że Zamawiający słusznie uznał protest Promed S.A. w części dotyczącej istnienia podstaw do odrzucenia oferty

Dräger Sp. z o.o.

Jednocześnie skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że skoro Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to zawartego w rozstrzygnięciu protestu sformułowania: „przeprowadzona ponownie ocena ofert” nie sposób odczytać inaczej niż w ten sposób, że Zamawiający dokonał oceny (analizy) oferty Odwołującego w celu rozstrzygnięcia protestu, nie dokonał zaś czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając je do kwoty, o której mowa w przywołanym przepisie, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku i zestawienia kosztów. Skład orzekający Izby nie uwzględnił kosztów wynagrodzenia dr Wojciecha G., wyszczególnionych w przedłożonym zestawieniu kosztów, ponieważ koszty te nie są niczym innym, jak wynagrodzeniem pełnomocnika, a te Izba może orzec w ograniczonej wysokości 3 600 zł. Okoliczność reprezentacji Zamawiającego przez dwóch pełnomocników nie może w tym zakresie prowadzić do pominięcia maksymalnej stawki kosztów, wynikających z przepisów przywołanego rozporządzenia.

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 w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*