

WYROK
z dnia 25 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25.02.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląskie Centrum Onkologii, 53-413 Wrocław, pl. Hirszfelda 12** protestu z dnia 11 grudnia 2009 r.

przy udziale **Dräger Polska Sp. z o.o., 85-655 Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Diagnos Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Łączyny 4**

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

W postępowaniu prowadzonym na przez zamawiającego – Dolnośląskie Centrum Onkologii na dostawę (wraz z montażem, uruchomieniem i przeszkoleniem pracowników zamawiającego w zakresie obsługi) specjalistycznego sprzętu medycznego i aparatury medycznej na potrzeby Działu Anestezjologii oraz Bloku Operacyjnego Szpitala Onkologicznego funkcjonującego przy Dolnośląskim Centrum Onkologii we Wrocławiu z podziałem na 10 pakietów Etao 1 (numer postępowania ZP/EPLL/08/03, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.08.2009 r., wobec czynności oceny oferty złożonej przez Diagnos Sp. zo.o., w dniu 14 grudnia 2009 r. Dräger Polska Sp. z o.o. wniósł protest do zamawiającego, a w dniu 11 grudnia 2009 r., protest wniósł Diagnos Sp. z o.o. Zamawiający rozstrzygnął protesty w dniu 23 grudnia 2009 r., od którego to rozstrzygnięcia wykonawcy wnieśli w dniach 30 i 31 grudnia 2009 r. odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o odrzuceniu oferty Diagnos Sp. z o.o. zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 3 grudnia 2009r.

1. W odwołaniu Dräger Polska Sp. z o.o. wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl w związku z dokonaniem niepełnej oceny oferty Diagnos Sp. z o.o. i niewskazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wszystkich okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia tej oferty. Odwołujący zgodził się z zamawiającym, iż oferta Diagnos podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca nie zaoferował modułu pomiaru rzutu minutowego serca metodą bez użycia cewnika Swana-Ganza podłączonego bezpośrednio do monitora, natomiast w odwołaniu podtrzymał zarzut dotyczący nieprawidłowości tej oferty, której zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o jej odrzuceniu. Brak podtrzymany przez odwołującego dotyczyły zaoferowanego monitora ze stacjami dokującymi (tylko jeden monitor, który nie działa jako moduł). Zamawiający nie dopuścił rozwiązania umożliwiającego przenoszenie modułów pomiarowych przez wyposażenie każdego z systemów w jeden dodatkowy monitor transportowy zapewniający szybkie przenoszenie modułu wraz z 24 godzinnymi danymi pacjenta.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny oferty Diagnos Sp. z o.o., jej odrzucenie z uwzględnieniem wszystkich podstaw faktycznych i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

2. W odwołaniu Diagnos podtrzymał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, poprzez wadliwą i niezgodną z warunkami specyfikacji ocenę oferty odwołującego i uznanie, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, prowadzącą do jej odrzucenia. Odwołujący zaprzeczył stanowisku zamawiającego, jakoby zaoferowany aparat PiCCO2 nie miał charakteru modułu pomiarowego. Zamawiający wymagał modułu pomiarowego podłączonego bezpośrednio do monitora i z niego sterowanego oraz umożliwiający podłączenie do wszystkich oferowanych monitorów. Zamawiający nie wyłączył przy tym możliwości zaoferowania modułów innych producentów. Moduł PiCCO2 jest podłączony bezpośrednio (bez stosowania specjalnych urządzeń) do gniazda MultiLink monitora, do którego mogą być podłączane inne moduły firmy Nihon Kohden oraz może być podłączony do wszystkich oferowanych monitorów. Monitor steruje parametrami zaoferowanego modułu. Powyższe wskazywać ma spełnianie wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących oferowanych modułów pomiaru rzutu minutowego serca. Zamawiający w sposób arbitralny uznał, że aparat PiCCO2 nie jest modułem, a osobnym urządzeniem (nie związanym z oferowanym monitorem) i na tej podstawie odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający nie wziął pod uwagę możliwości działania urządzenia jako modułu innego sprzętu medycznego. Zamawiający nie odrzucił rozwiązania zastosowanego w ofercie wybranej, w której moduł PiCCO jest także podłączony do monitora Delta poprzez kabel (3 metrowy kabel komunikacyjny, str. 291 oferty). Zamawiający w stosunku do tej oferty dopuścił moduł Infinity BISx produkowany przez innego wytwórcę niż producent monitora. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Pakietu nr III, dokonania ponownego badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Zamawiający rozstrzygając oba protesty w piśmie z dnia 23 grudnia 2009 r., postanowił je oddalić. Zamawiający wskazał, iż nie dopuścił w siwz osobnego urządzenia, jako modułu pomiaru rzutu minutowego serca, natomiast aparat PiCCO2 firmy Pulsion jest osobnym urządzeniem. W ofercie rynkowej firmy Pulsion wyraźnie rozróżnia się moduł bezpośrednio podłączany do monitora oraz osobne urządzenie. Zamawiający w innych miejscach siwz, dopuszczał rozwiązanie alternatywne w postaci osobnego urządzenia – np. moduł pomiaru zwiotczenia mięśni NMT, czy też urządzenie do pomiaru rzutu minutowego serca metodą analizy zmian ciśnienia krwi tętnicznej. Zamawiający jednocześnie uznał, iż moduł PICCO firmy Dräger jest częścią systemu, która nie może pracować samodzielnie, jest z niego

sterowania i bez monitora jest bezużyteczna. Odnośnie modułu Infinity BISx, zaoferowanego jako urządzenie innego producenta niż monitor w ofercie Dräger, zamawiający wskazał, iż w siwz nie zawarł jakichkolwiek uwarunkowań dotyczących producentów.

Zamawiający przyznał, iż oferta Diagnos w zakresie wskazanym przez odwołującego – Dräger była niejednoznaczna, co jednak bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego nie może stanowić podstawy do odrzucenia tej oferty. Ponieważ zamawiający utrzymał swoją decyzję co do niezgodności oferty Diagnos z siwz, stanowiącej podstawę jej odrzucenia, uznał za niezasadne uwzględnienie odwołania, gdyż uznanie żądań wykonawcy nie prowadziłyby do zmiany wyniku postępowania.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron, odwołujący Dräger Polska Sp. z o.o. cofnął odwołanie, a zatem rozpoznaniu merytorycznemu podlegało odwołanie wniesione przez Diagnos Sp. z o.o. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Dräger Polska Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia i przywrócenia jego oferty do oceny i wyboru.

Na podstawie treści oferty odwołującego oraz złożonych na rozprawie dowodów – oświadczenia przedstawiciela producenta oferowanego urządzenia PiCCO2 firmy PULSION, skład orzekający uznał, iż oferta odwołującego jest niezgodna z siwz.

Zamawiający wymagał w opisie technicznym urządzenia opisanego w pakiecie III, pozycja 5 – Stanowisko centralne z możliwością podglądu w punkcie pielęgniarskim (1 szt.) z kardiomonitorem (7 szt.) na Intensywną Terapię, zaoferowania modułu pomiaru rzutu minutowego serca metodą bez użycia cewnika Swana-Ganza podłączanego bezpośrednio do monitora i z niego sterowanego – 1 sztuka na wszystkie monitory z możliwością podłączenia do wszystkich oferowanych monitorów (poz. 32 tabeli, załącznika nr 4 do siwz). Izba uznała, iż tak opisane wymaganie wskazywało na oczekiwanie zamawiającego, aby oferowane urządzenie stanowiło moduł sterowany z monitora (kardiomonitora). Zapis ten nie został oprotestowany, a zatem stał się wiążący dla zamawiającego przy merytorycznej ocenie ofert.

Odwołujący w swojej ofercie w opisie modułu zaproponował aparat PiCCO2 firmy Pulsion podłączany bezpośrednio do monitora, który steruje 23 parametrami modułu PiCCO2. Do oferty wykonawcy załączone zostało oświadczenie producenta oferowanego

kardiomonitora NIHON KOHDEN, w którym producent potwierdził, iż „monitor serii BSM-6000, z podłączonym bezpośrednio monitorem PiCCO2 pracującym jako moduł może mierzyć rzut minutowy serca bez użycia cewnika Swan-Ganza. Monitory serii BSM-6000 sterują do 23 parametrami modułu PiCCO2”. W toku rozprawy odwołujący oświadczył, iż nie może potwierdzić dwustronnej komunikacji pomiędzy monitorem a urządzeniem PiCCO2.

Na podstawie tego oświadczenia Izba uznała, iż odwołujący przyznał okoliczność na którą wskazywali zamawiający i przystępujący, iż monitor nie steruje urządzeniem PiCCO2, a jedynie wyświetla informacje odczytywane z urządzenia. Potwierdza to również złożone do akt sprawy oświadczenie przedstawiciela producenta urządzenia firmy Pulsion, który potwierdził jednokierunkowe połączenie urządzenia PiCCO2 z monitorem, które oznacza, iż urządzenie przesyła parametry do kardiomonitora, ale nie jest bezpośrednio z niego sterowane. W ocenie Izby, oświadczenie producenta urządzenia PiCCO2 nie pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem producenta kardiomonitora, gdyż potwierdza ono okoliczność możliwości jego podłączenia m.in. do monitorów firmy Nihon-Kohden. Oświadczenie o sterowaniu przez monitor parametrami modułu PiCCO2, w ocenie Izby nie wskazuje na sterowanie modułem – urządzeniem PiCCO2.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający dokonał czynności oceny oferty odwołującego zgodnie z zapisami siwz. Skoro oferowany przez wykonawcę kardiomonitor nie steruje urządzeniem zewnętrznym PiCCO2, to oferta jako niezgodna z wymaganiami zamawiającego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 3 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba orzekając o kosztach postępowania odwoławczego uwzględniła całość kosztów poniesionych proporcjonalnie do liczby rozpoznawanych łącznie odwołań.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy 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:

.....

.....