

Sygn. akt: KIO 65/12

WYROK

z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez wykonawcę: **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy: **Drager Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz Zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Szczecinie** kwotę **3 444 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa aparatury medycznej (specjalistyczny sprzęt medyczny) dla zadania pod nazwą: Centrum Zabiegowe z zapleczem łóżkowym w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Szczecinie*” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 212-346269) w dniu 4 listopada 2011 r.

Pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, m.in. w ramach zadania czwartego.

W dniu 9 stycznia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 12 stycznia 2011 r. wykonawca: Drager Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania czwartego, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołujący twierdził, iż zaoferowany przez tegoż Wykonawcę respirator nie spełnia wymogów

Zamawiającego opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co wynikać miało wprost z dokumentów złożonych przez Przystępującego. Zaistnienie opisanego stanu faktycznego rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Poprzez dokonanie opisanych czynności, czy też zaniechanie ich dokonania, Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania czwartego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia złożonej przez Przystępującego oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izłą. Wnosił on o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. Twierdził, iż na podstawie dokumentów mu złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia ustalił, że treść oferty złożonej przez Przystępującego odpowiada treści SIWZ, stąd też nie było powodów, aby tę ofertę odrzucić.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą. Popierał on w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba uznała, iż nie było podstaw ku temu, aby uznać, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, o co wnioskował Zamawiający oraz Przystępujący. W ocenie Izby, z treści załączonego do odwołania pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2012 r. udzielonego radcy prawnemu, który podpisał odwołanie w imieniu Odwołującego, wynika jednoznacznie, że zostało ono udzielone temu właśnie radcy prawnemu, a także co ważne, że pełnomocnictwa tego udzielił Odwołujący. Zostało ono podpisane przez dwóch członków

zarządu Odwołującego, a zatem zgodnie z zasadami reprezentacji tego Wykonawcy ujawnionymi w załączonym do odwołania odpisie z KRS. Ponadto Izba uznała, iż treść tego dokumentu nie pozostawia wątpliwości, że upoważnia ono do działania w imieniu Odwołującego. Obejmuje ono zastępowanie Odwołującego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w którym wniesione zostało odwołanie. Dlatego też, w ocenie składu orzekającego, odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także pozostałe dokumenty złożone wraz z odwołaniem oraz w toku rozprawy przez Przystępującego.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z prezentacji symulatora respiratora Evita XL oraz z opinii biegłego z zakresu rzeczoznawstwa urządzeń medycznych, obu na okoliczność ustalenia, czy powołany respirator posiada funkcjonalności, których brak zarzucał mu Odwołujący. W ocenie składu orzekającego przeprowadzenie wnioskowanych dowodów byłoby bezprzedmiotowe i prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu. Izba ustaliła bowiem w szczególności, co zostanie omówione poniżej, że Odwołujący w sposób niewłaściwy interpretował zapisy pkt XIII.6 i 8 załącznika nr 2.4 do SIWZ wywodząc z nich skonstruowanie przez Zamawiającego wymogów odnoszących się do respiratora i zarzucając ich niespełnienie przez respirator Przystępującego, podczas gdy z powołanych zapisów SIWZ takie wymogi nie wynikają. Niezależnie od powyższego Izba uwzględniła w tym miejscu stanowisko Przystępującego, a zatem podmiotu z którego strony internetowej został pobrany powołany symulator, zgodnie z którym symulator ten, jako wersja demonstracyjna, nie jest wyposażony w każdą z oferowanych Zamawiającemu funkcjonalności. Istotną była także okoliczność, iż zgodnie z oświadczeniem Odwołującego powołany symulator ma jedynie angielski interfejs, stąd też z uwagi na obowiązek prowadzenia rozprawy oraz przedstawiania wszystkich dowodów w języku polskim ustanowiony w § 19 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) oraz treść wniosku dowodowego zgłoszonego przez Odwołującego, dowód taki nie mógłby być przed Izbą być przeprowadzony.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 2.4 do SIWZ zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zadaniu czwartym. Każdy z Wykonawców, składających ofertę w tym zadaniu był zobowiązany zgodnie z pkt V.4 SIWZ załączyć do niej wypełniony załącznik nr 2.4, a ponadto „dokumenty opisujące przedmiot zamówienia (np. kopie stron katalogowych, foldery, prospekty) sporządzone w języku polskim”. W treści samego załącznika nr 2.4 Zamawiający wymagał, aby oferowany mu respirator charakteryzował się m.in. następującymi cechami: „XI. Alarmy (...) 13 Niskiej objętości oddechowej. Respirator musi informować obsługę o niskiej objętości oddechowej. Wymagany jest alarm dźwiękowy i wizualny (...) XIII. Pozostałe (...) 6. Automatyczna aktualizacja pomiarów podatności i oporów (oprogramowanie LSF) w trybie z dążeniem do minimalnego punktu pracy lub wentylacji wspomaganą proporcjonalnie (...) 8. Możliwość wspomaganie oddechu spontanicznego ciśnieniem PSV na obu poziomach ciśnienia przy BIPAP, BILEVEL, APRV lub automatyczne ustawianie czasu niskiego ciśnienia przy APRV lub automatyczne ustawianie czasu niskiego ciśnienia przy APRV.”

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców (Odwołujący i Przystępujący) złożyło Zamawiającemu swoje oferty w ramach zadania czwartego.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej przez niego oferty, m.in. w zakresie treści uzupełnionego załącznika nr 2.4 do SIWZ w pkt XI.13 i XIII.8. Przystępujący w piśmie z dnia 22 grudnia 2011 r. zawarł żądane wyjaśnienia, załączając dokumenty mające je potwierdzać.

Zamawiający, pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził, iż zaofiarowany przez Przystępującego respirator nie spełnia wymogów Zamawiającego opisanych w pkt XI.13, XIII.6 i 8 załącznika nr 2.4 do SIWZ. W jego ocenie niezgodność ta wynikała wprost z dokumentów złożonych przez tegoż Wykonawcę. Zaistnienie powołanych okoliczności, w ocenie Odwołującego, rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, czego ten zaniechał. Jako konsekwencję tak postawionych zarzutów, Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył ponadto art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle treści odwołania, w obliczu niepotwierdzenia się słuszności zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, Izba uznała, że nie zostały również naruszone pozostałe przywołane przez Odwołującego przepisy.

Izba uznała za zbyt daleko idące stanowisko wyrażone przez Zamawiającego oraz Przystępującego, zgodnie z którym odwołanie powinno podlegać oddaleniu jedynie z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie zarzucał Zamawiającemu zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego odwołanie powinno bowiem, w tym konkretnym stanie faktycznym, zostać rozpoznane merytorycznie, a tym samym powinny zostać ocenione działania Zamawiającego w kontekście zarzutów w odwołaniu sformułowanych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niedostrzeżenie niezgodności oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie wymogów opisanych w pkt XI.13, XIII.6 i 8 załącznika nr 2.4 do SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący twierdził, iż oferowany przez Przystępującego respirator Evita XL nie posiada alarmu niskiej objętości oddechowej. Izba na podstawie przedstawionego jej materiału dowodowego uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący twierdził, iż wskazany przez Przystępującego w treści wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2012 r. alarm opisany na 223 stronie instrukcji obsługi respiratora Evita XL, zwanej dalej instrukcją (załączoną w całości do oferty złożonej Zamawiającemu), nie ma nic wspólnego z pomiarem objętości oddechowej. Wywodził, iż alarm ten jest aktywny jedynie w jednym specyficznym trybie wentylacji i został opisany na stronie 174 instrukcji hasłem „*Niestąła objętość, limit ciśnienia!!*”. Nie wskazał jednak z jakiego zapisu SIWZ wynikać miałyby, aby każdy z wymaganych przez Zamawiającego alarmów funkcjonować miał w każdym z trybów pracy oferowanego przez Wykonawcę respiratora. Dlatego też Izba uznała, iż okoliczność ta nie może zostać uznana za istotną dla oceny prawidłowości oferty

złożonej przez Przystępującego. Z tych samych względów, w taki sam sposób, Izba oceniła twierdzenia Odwołującego zgodnie z którymi alarm opisany na stronie 223 instrukcji jest alarmem powiązany z nastawioną objętością VT, która możliwa jest do ustawienia jedynie w dwóch trybach wentylacji. Na marginesie należy zauważyć, że teza ta nie została przez Odwołującego poparta odwołaniem się chociażby do treści instrukcji. Opierał on swoje twierdzenia również na treści załączonej do odwołania ulotki informującej o parametrach respiratora Evita XL. Brak na niej jednak informacji o wersji oprogramowania, w jaką został wyposażony respirator tam opisany. Nie można zatem rzetelnie odnosić się do treści tejże ulotki i w oparciu o nią rozstrzygać o zasadności zarzutów. Istotną była również okoliczność podnoszona przez Przystępującego, iż ulotka ze swej natury jest opracowaniem o ogólnym charakterze, zaś instrukcja stanowi o wiele bogatsze źródło informacji o produkcie, aniżeli dwustronicowa ulotka.

Zgodnie z treścią instrukcji na stronie 223 respirator jest wyposażony w alarm w dolnej granicy alarmowej w zakresie monitorowania objętości. Zgodnie ze znajdującym się tam opisem występuje on „jeżeli nie dostarczona wartości oddechowej VT (której wartość jest skojarzona z ustawioną wartością VT)”. Zgodnie z treścią odwołania skrót VT oznacza właśnie objętość oddechową. Stąd też, Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, że przywołana treść strony 223 instrukcji nie koresponduje z wymogiem ustanowionym w pkt XI.13 załącznika nr 2.4 do SIWZ.

Odwołujący twierdził ponadto, że respirator Evita XL nie wykorzystuje pomiarów podatności i oporów w trybie PPS, bowiem przy zmianie mechaniki oddechowej płuc, nie zmieni on żadnych parametrów wspomagania. Ponadto nie będzie on odzwierciedlać rzeczywistego stanu pacjenta, z uwagi na fakt, iż dokonywane przez niego pomiary są niewiarygodne, o czym, zdaniem Odwołującego, znajdowała się informacja w samej instrukcji na stronie 221. Jak przyznał Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą, automatyczna aktualizacja pomiarów podatności i oporów służyć może automatycznej zmianie ustawień respiratora lub też wytworzeniu informacji dla lekarza, iż ten powinien takie ustawienia respiratora zmienić. Nie wskazał jednak zapisów SIWZ, z którego wynikać miało, aby automatycznie aktualizowane pomiary powołanych parametrów służyć miały pierwszemu z celów przywołanych powyżej. Nie wskazał również, iż z któregośkolwiek zapisu SIWZ wynikał obowiązek dokonywania przez respirator tychże pomiarów z dokładnością większą, aniżeli ta która została dopuszczona na stronie 220 i 221 instrukcji. Odnosząc się do przedstawionego przez Odwołującego tłumaczenia jednego zdania wyjętego z całego folderu opatrzonego tytułem „*Evita Series Option ATC AND PPS*” i sporządzonego w języku angielskim, Izba uznała tak przedstawiony dowód, z uwagi na jego fragmentaryczny

charakter, za mało wiarygodny i nie pozwalający ocenić go, jako mogący przesądzać o słuszności podnoszonego zarzutu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż Odwołujący oczekiwał od Zamawiającego, aby ten weryfikował przedłożone mu oferty pod kątem wymagań, które nie zostały w SIWZ zawarte (w szczególności w pkt XIII.6). Dlatego też tak postawiony zarzut został oceniony jako nie zasługujący na uwzględnienie.

Ostatnim zapisem, którego w ocenie Odwołującego nie spełniać miała oferta Przystępującego był pkt XIII.8 załącznika nr 2.4 do SIWZ. Zgodnie z ofertą Przystępującego oferowany przez niego respirator zapewniał automatyczne ustawianie czasu niskiego ciśnienia przy APRV. Odwołujący twierdził, iż dla zapewnienia tej funkcjonalności wymagane jest specjalistyczne oprogramowanie, zaś z materiałów opisujących respirator oferowany przez Przystępującego nie wynika, aby był on w takie oprogramowanie wyposażony. Ponadto powołując się na treść instrukcji ze strony 80 twierdził on, iż parametr ten jest ustawiany manualnie. W tym zakresie Izba uznała zasadność twierdzeń Przystępującego, iż Zamawiający nie zdefiniował w żaden sposób pojęcia automatyzmu w powołanym zapisie załącznika nr 2.4 do SIWZ. Odwołujący również takich zapisów nie wskazał. Dlatego też uznać można, iż opisana na stronie 37 instrukcji funkcja I:E, jako dostępna również przy APRV, spełnia tak niedoprecyzowany wymóg automatyczności wpisanej w pkt XIII.8. Kierując się tym przekonaniem Izba oddaliła również ten zarzut.

Na marginesie wskazać należy, iż zgodnie z oświadczeniem Przystępującego oferował on Zamawiającemu respirator w wersji oprogramowania 7.2n, podczas gdy do oferty, jak też i do wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2011 r., załączył instrukcję opisującą respirator wyposażony w wersję oprogramowania 7.0n. Zgodnie z jego oświadczeniem wersja 7.2n posiada wszystkie funkcjonalności uwidocznione w instrukcji dla wersji 7.0n. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego, co więcej jako dowody na poparcie podnoszonych przez siebie zarzutów przedstawiał on kopie stron instrukcji dla wersji 7.0n, jako dokumenty opisujące oferowany przez Przystępującego respirator. Stąd też Izba uznała tę okoliczność za bezsporną, a jako że nie była ona podnoszona w odwołaniu, także jako nie podlegającą jej rozpoznaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: