

Sygn. akt KIO 2568/17
KIO 2597/17
KIO 2605/17

WYROK
z dnia 20 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 grudnia 2017 r. przez wykonawcę: **PHILIPS Polska Sp. z o.o., Aleje**

Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa (sygn. akt KIO 2568/17),

B. w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę: **PHILIPS Polska Sp. z o.o., Aleje**

Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa (sygn. akt KIO 2597/17),

C. w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę: **Physio-Control Poland Sales Sp.**

z o.o., ul. Plac Joachima Lelewela 2, 01-624 Warszawa (sygn. akt KIO 2605/17)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Księżykowa 5, 01-934 Warszawa,**

przy udziale:

A. wykonawcy **WhiteMed Sp. z o.o., ul. Chłodna 48/lok. 189, 00-872 Warszawa**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2568/17 oraz KIO 2597/17 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Schiller Poland Sp. z o.o., ul. Rolna 157, 02-727 Warszawa**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2605/17 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołania,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **PHILIPS Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** i wykonawcę: **Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o., ul. Plac Joachima Lelewela 2, 01-624 Warszawa,** i:

1

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr**

(słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczoną przez wykonawcę: **PHILIPS Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczoną przez wykonawcę: **PHILIPS Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

uiszczoną przez wykonawcę: **Physio-Control Poland Sales Sp. z o.o., ul. Plac Joachima Lelewela 2, 01-624 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie**.

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń medycznych dla Lotniczego Pogotowia Ratunkowego – 2 zadania”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 208- 429871 w dniu 28 października 2017 r.

Zamawiający w dniu 24 listopada 2017 r. przekazał wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o. informację o odrzuceniu oferty złożonej na zadanie nr 2 natomiast w dniu 28 listopada 2017 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i zadaniu nr 2. W zadaniu nr 1 została wybrana oferta złożona przez wykonawcę WhiteMed Sp. z o.o. , natomiast w zadaniu nr 2 – oferta złożona przez wykonawcę Schiller Poland sp. z o.o.

KIO 2568/17

Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwany „Philips”) wniósł odwołanie wobec czynności:

1. odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 2, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
2. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Philips jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy oferta jest w całości zgodna z treścią SIWZ, nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, zaś Zamawiający, stwierdzając rzekomą niezgodność tej oferty z SIWZ, bezzasadnie, przy braku poszanowania zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp, ocenił ofertę Philips odwołując się do wymagań, które nie znalazły odzwierciedlenia w SIWZ.
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i w zw. z ust. 2 ppkt 3 Pzp, poprzez arbitralne odrzucenie oferty Odwołującego bez wcześniejszego wyczerpania trybu wyjaśnienia treści oferty,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ustalone w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp;

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Philips;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego odwoławczego, w tym kosztów kosztów postępowania zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

W postępowaniu w zadaniu nr 1 oferty złożyło trzech wykonawców: Odwołujący, Trimed Sp. z o.o. oraz WhiteMed Sp. z o.o.

W dniu 17 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy zaoferowany zestaw zapewnia możliwość wykonywania badania dla obszarów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. klatka piersiowa, serce, jama brzuszna, miednica oraz na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1, 2 Pzp - do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący pismem z dnia 21 listopada 2017 r. wyjaśnił, że jego oferta w zakresie badania obszarów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia zapewnia możliwość badania klatki piersiowej, serca, jamy brzusznej oraz miednicy. Kolejnym pismem z dnia 21 listopada 2017 r. Philips wyjaśnił elementy mające wpływ na wysokość ceny podając składniki składające się na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył przepisy Pzp, gdyż bezpodstawnie

odrzuć ofertę Odwołującego. Gdyby Zamawiający postąpił prawidłowo i dokonał oceny oferty, to byłaby ona najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

I. Niezasadne odrzucenie oferty Philips jako niezgodnej z treścią SIWZ

Przedmiotem postępowania jest „Zakup wraz z dostawą urządzeń medycznych dla Lotniczego Pogotowia Ratunkowego, 2 zadania”. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w Zał. Nr 2B do SIWZ - Zadanie 2.

Philips wypełnił formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ i oświadczył, zgodnie z brzmieniem pkt 4, że oferowany sprzęt spełnia wszystkie parametry i wymagania określone przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia- załącznik nr 2A lub/i 2B do SIWZ.

Urządzenie medyczne będące przedmiotem zamówienia według Zamawiającego ma służyć w obszarach zastosowań w celach diagnostycznych. Jednym z wymaganych parametrów, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, jest „Obszar zastosowania w celach diagnostycznych, m.in.: serce (ocena obecności płynu w osierdziu, ocena kurczliwości, ocena wielkości jam serca)”

4

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie wskazane przez Zamawiającego do odrzucenia oferty Philips nie może być przyjęte ze względu na fakt, iż w SIWZ Zamawiający nie wskazał, że oczekuje głowicy USG dedykowanej do badań serca, a określił, że oczekuje głowicy umożliwiającej zastosowanie w celach diagnostycznych serca, jak również klatki piersiowej, jamy brzusznej i miednicy. Ze względu zaś na specyfikę budowy głowic USG, nie ma możliwości wyboru jednej głowicy USG, która byłaby dedykowana do wszystkich wskazanych zastosowań.

Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia 24 listopada 2017 r. o odrzuceniu oferty Zamawiający potwierdził możliwość przeprowadzenia badania w obszarze serca z użyciem głowicy ultrasonograficznej typu Convex, jaką jest Philips Lumify C5-2, zaoferowana przez Odwołującego. Zamawiający wskazał jednak w ww. piśmie dodatkowe kryteria oceny funkcjonalności głowicy ultrasonograficznej, które nie znalazły odzwierciedlenia w SIWZ, a zatem nie powinny być brane pod uwagę. Zaoferowana głowica ultrasonograficzna Lumify C5-2 spełnia również te dodatkowe kryteria oceny i umożliwia przeprowadzanie badań diagnostycznych serca, zgodnie z potrzebami Zamawiającego.

Wskazując w argumentacji odrzucenia oferty na głowicę typu *phased array* (sektor), Zamawiający de facto zmienił treść SIWZ, do czego nie miał prawa po terminie składania ofert. W SIWZ Zamawiający nie zawarł wymogu zaoferowania takiego typu głowicy, przez co dał wybór wykonawcom zaoferowania takiego typu głowicy, który wg wykonawcy najlepiej spełnia wymogi SIWZ. Według deklaracji producenta, zawartej w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że zaoferowana głowica Lumify C5-2 spełnia zawarte w SIWZ wymagania. Zamawiający nie dysponuje żadnymi dokumentami, które podważyłyby deklarację producenta, a jedynie przedstawił swoją opinię, co nie może być uznane za powód odrzucenia oferty.

Z podobnych względów Zamawiający mógłby odrzucić ofertę firmy Whitemed, ponieważ zaoferowana przez tego wykonawcę głowica nie zawiera trybu do badań miednicy, czyli jednego z kluczowych obszarów, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Brak odrzucenia oferty Whitemed stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Ponadto, argumentacja Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Philips nie znajduje potwierdzenia w bieżącej wiedzy i doświadczeniach klinicznych popartych badaniami i publikacjami. Ostatnie doniesienia naukowe przeczą tezie Zamawiającego oraz dowodzą poprawności oferty złożonej przez Philips.

Głowica typu Convex jest najczęściej wybieraną głowicą USG do wykorzystania w medycynie ratunkowej ze względu na jej uniwersalne zastosowanie w obszarach wskazanych przez Zamawiającego. Dołączona do odwołania publikacja (Załącznik nr 3) dowodzi, iż głowica typu convex znajduje zastosowanie w medycynie ratunkowej w

5

badaniach serca, gdzie konieczne jest uwidocznienie obecności płynu w worku osierdziowym, oceny kurczliwości oraz wielkości jam serca. Odwołujący załączył także

zdjęcia ukazujące plyn w osierdziu, ocenę kurczliwości oraz wielkości jam serca wykonane na oferowanej głowicy typu convex (C5-2), co stanowi zaprzeczenie tezy Zamawiającego o braku możliwości obrazowania serca. Przedstawione zdjęcia stanowią obrazy pacjentów dobranych losowo, bez oznaczanego wskaźnika BMI - co stanowi rzeczywistość pracy w ramach medycyny ratunkowej. Odwołujący wskazał, że u pacjentów z wysokim BMI występują ogólne trudności uzyskania optymalnej jakości obrazowania, co dotyczy każdej z głowic USG, także wybranej przez Zamawiającego głowicy typu Sektor.

Kolejnym potwierdzeniem możliwości oceny serca za pomocą głowicy C5-2, jest załączone pismo lekarza: „Głowica C5-2 i jej zastosowanie do badań ultrasonograficznych w medycynie ratunkowej (badania przedszpitalne) (Załącznik nr 2), który stosuje głowicę typu Convex w medycynie ratunkowej, pełniącemu funkcję ordynatora Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Powiatowego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. NZOZ im. Aleksandra Majkowskiego w Kartuzach oraz dyżurującego w ww. ośrodku w ramach wyjazdowego zespołu ratownictwa medycznego.

Przyjmowanie do oceny ofert intencji Zamawiającego czy też oczekiwań, które nie znalazły odzwierciedlenia w SIWZ stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp, w tym art 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnego błędnego opisanie wymogów SIWZ.

II. Niezasadnie odrzucenie oferty Philips jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp w związku z art. 91 ust. 3a Pzp, jako ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.), ze względu na wartość tabletów Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cala, oferowanych przez Odwołującego, przekraczającą kwotę 20 000,00 zł, powstanie po stronie Zamawiającego obowiązek podatkowy.

Ze względu na brak stosownej informacji w ofercie Odwołującego oraz wskazanie w formularzu cenowym oferty dwóch stawek podatku VAT (8% i 23%) Zamawiający uznał, że nie jest w stanie stwierdzić, jaka jest rzeczywista cena oferty oraz dokonać ewentualnej poprawy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, naruszenie obowiązku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp lub niewłaściwe wypełnienie formularza cenowego informującego o powstaniu po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego, nie powoduje odrzucenia oferty (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 10 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 339/17). W wyroku KIO z dnia 23 listopada 2015 r. (sygn. akt

6

KIO 2400/15, KIO 2411/15) jednoznacznie wskazano, że zamawiający powinni wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp brak lub niewłaściwe wypełnienie przez wykonawców obowiązku informacyjnego o obowiązku podatkowym po stronie zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a.

Złożona przez Philips oferta obejmowała dostawę 30 zestawów ultrasonografów przenośnych wraz z akcesoriami:

- Lumify C5-2 Ultrasound,
- tablet Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cala, torba transportowa.

Przedmiot dostawy wskazany w ofercie Odwołującego był opodatkowany stawkami podatku VAT, zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług odpowiednio w wysokości 8% (Lumify C5-2 Ultrasound jako wyrób medyczny) i 23% (pozostałe elementy oferty - tablet Samsung i akcesoria).

W trakcie postępowania Zamawiający wezwał Philips do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że część towarów była objęta mechanizmem odwrotnego obciążenia dla celów podatku VAT. Zamawiający nie kwestionował wyjaśnień Odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ani, co najistotniejsze, nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odnośnie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp. Brak żądania takich wyjaśnień jednoznacznie przesądza, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do elementów cenowych oferty, w tym należnego podatku od towarów i usług od poszczególnych przedmiotów dostawy: Lumify C5-2 Ultrasound jako wyrobu medycznego i pozostałych elementów oferty - tablet Samsung Galaxy Tab S2 8.0

cała i akcesoria.

Odwołujący wskazał, że bezpodstawne było odrzucenie oferty sprowadzające się do zarzutu braku możliwości stwierdzenia rzeczywistej ceny oferty. Zgodnie z SIWZ Załącznik nr 2 - Ultrasonograf Przenośny - 30 zestawów, przedmiot zamówienia został określony jako „Ultrasonograf przenośny wraz z akcesoriami” i Zamawiający wymagał podania w ofercie: ceny jednostkowej brutto, ceny całkowitej brutto i stawki podatku VAT. Zamawiający nie przewidział zatem w formularzu cenowym ani nie wymagał przedstawienia poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, jeśli były opodatkowane innymi stawkami podatku VAT, co miało miejsce w przypadku oferty Odwołującego. Niedostosowanie formularza cenowego, uniemożliwiające wskazanie oddzielnych stawek podatku VAT dla poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia nie może mieć negatywnego wpływu na treść oferty Odwołującego, w tym skutkować odrzuceniem oferty.

Rzeczywista cena oferty została wskazana przez Odwołującego jako cena jednostkowa brutto i cena całkowita brutto, zgodnie z treścią formularza cenowego

7

określonego przez Zamawiającego oraz zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, tj. z podaniem dwóch stawek podatku VAT (8% i 23%), które mają zastosowanie do wyrobów medycznych (8% dla Lumify C5-2 Ultrasound) i do pozostałych akcesoriów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia (23% dla tabletu Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cala i akcesoriów).

Wskazanie w formularzu cenowym przez Odwołującego dwóch stawek podatku VAT (8% i 23%) dla oferowanego przedmiotu zamówienia było prawidłowe, a brak rozdzielania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (według stawki podatkowej VAT) nie było możliwe w formularzu cenowym. Niemniej jednak podanie przez Odwołującego dwóch stawek podatku VAT (8% i 23%) w formularzu cenowym nie miało wpływu na określoną w ofercie jednostkową i całkowitą cenę brutto przedmiotu zamówienia, bowiem Odwołujący uwzględnił te stawki podatkowe odnośnie poszczególnych części składowych przedmiotu zamówienia.

KIO 2597/17

Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności:

1. nieprawidłowej oceny ofert złożonych w postępowaniu, wskutek nieuwzględnienia oferty Philips jako najkorzystniejszej,
2. bezpodstawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty WhiteMed;
3. zaniechania równoczesnego poinformowania Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty i informacji o wyborze oferty WhiteMed.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 Pzp oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty WhiteMed;
3. odrzucenia oferty WhiteMed;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

I. Zaniechanie odrzucenia oferty WhiteMed, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przedmiotem Postępowania jest „Zakup wraz z dostawą urządzeń medycznych dla Lotniczego Pogotowia Ratunkowego, 2 zadania”. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zał. Nr 2B do SIWZ - Zadanie 2.

Jednym z wymaganych parametrów, określonych w SIWZ, jest „Obszar zastosowania w celach diagnostycznych, m.in.: miednica (obecność wolnego płynu)”. Mając na uwadze

8

powyższe Zamawiający winien odrzucić ofertę firmy Whitemed, ponieważ zaoferowana przez tego wykonawcę głowica nie zawiera trybu do badań miednicy, czyli jednego z kluczowych obszarów, wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Brak odrzucenia oferty Spółki Whitemed stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie sposób również twierdzić, aby rozwiązania zaproponowane przez WhiteMed miało charakter równoważny względem oczekiwanych przez Zamawiającego. Przeciwnie, w treści SIWZ zostało wyraźnie określone, jakie badania diagnostyczne powinna posiadać zaoferowana głowica. Oferta WhiteMed - dla wykazania zgodności ze specyfikacją - proponuje rozwiązanie inne niż wyraźnie opisane w SIWZ. Nie jest rolą wykonawcy decydowanie za Zamawiającego, jakie są jego potrzeby co do nabywanych urządzeń i jakie parametry powinny one posiadać. Zatem, w postępowaniu wymagane było przedstawienie urządzeń odpowiadających wymogom SIWZ, a nie prezentowanie rozwiązań innych.

W takim przypadku należy mówić o ofercie wariantowej, która pozwala osiągnąć ten sam efekt przy zastosowaniu innych rozwiązań niż przewidział Zamawiający, która jest dopuszczalna, ale tylko w przypadku wyrażnej zgody Zamawiającego, która w przypadku tego postępowania nie została wyrażona.

Tym samym oferta WhiteMed podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. Zaniechanie równoczesnego poinformowania Odwołującego o czynności odrzucenia oferty i o wyborze oferty WhiteMed jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, poprzez zaniechanie poinformowania w jednym czasie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty (w dniu 24 listopada 2017 r.) i przesłania informacji o wyborze oferty WhiteMed (w dniu 28 listopada 2017 r.) naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp w niniejszym postępowaniu terminy na wniesienie środków odwoławczych od niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego (objętego odwołaniem z dnia 4 grudnia 2017 r.) oraz od czynności wyboru oferty WhiteMed (objętej niniejszym Odwołaniem) biegą w tym samym czasie. Zamawiający świadomie, bez uzasadnienia rozdzielił te czynności, które są ze sobą nierozdzielnie związane. Brak jednoczesnego dokonania ww. czynności i brak poinformowania o nich wszystkich uczestników postępowania naraził Odwołującego na konieczność złożenia dwóch odrębnych odwołań, których wyniki nierozdzielnie są ze sobą zbieżne i mają na siebie wzajemny wpływ zarówno w zakresie uzasadnienia interesu w ich wniesieniu, jak również kosztów, którymi potencjalnie Odwołujący może być obciążany dwukrotnie. Można domniemywać, że działanie Zamawiającego nie było podyktowane niczym więcej niż strategią prawną, bowiem specyfika niniejszego postępowania nie wymagała rozdzielenia ww. czynności, a co więcej z terminu

9

realizacji udzielonego zamówienia wynika, że Zamawiającemu zależy na szybkiej realizacji dostawy jeszcze w tym roku.

KIO 2605/17

Wykonawca Physio-Control Poland Sales sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ("Physio-Control") wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy SCHILLER Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ("Schiller") z uwagi na to, że wykonawca przedstawił, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego dotyczące zgodności oferowanego produktu, tj. Easy Pulse z opisem przedmiotu zamówienia opisanym w Załączniku nr 2A do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zadanie 1, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu, tj. wybór oferty Schiller jako oferty najkorzystniejszej - co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Schiller, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisanej w Załączniku nr 2A do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zadanie 1 - co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3. zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Schiller w piśmie z 24 listopada 2017 r. w przedmiocie zakresu częstości i głębokości kompresji urządzenia zaoferowanego przez Schiller oraz możliwości automatycznego dopasowania siły ucisku do podatności klatki piersiowej w postaci raportu z przeprowadzonych badań urządzenia Easy Pulse, tj. dokumentów, które zostały dodatkowo przedłożone na potwierdzenie zgodności treści oferty Schiller z treścią specyfikacji - co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w trybie

art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Schiller jako oferty najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenia wykonawcy Schiller z postępowania lub ewentualnie odrzucenie oferty tego wykonawcy;

udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Schiller z dnia 24 listopada 2017 r. - w zakresie, w jakim wyjaśnienia te i ewentualne załączniki do nich potwierdzają spełnienie przez produkt Easy Pulse wymogów opisanych w SIWZ;

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

10

W ramach zadania nr 1 - Urządzenia do kompresji klatki piersiowej - 26 szt. wpłynęły dwie oferty - oferta Schiller oraz oferta Physio-Control. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla tego zadania został określony w Załączniku nr 2A do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - Zadanie 1, a następnie doprecyzowany i zmieniony odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców, zawartymi w piśmie z dnia 8.11.2017 r.

W OPZ Zadanie 1 Zamawiający postawił szereg wymogów do spełnienia w odniesieniu do dostarczanego urządzenia do kompresji klatki piersiowej. Na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, istotne znaczenie będą miały następujące wymogi zawarte w OPZ Zadanie 1:

Pkt IV SZCZEGÓŁOWE ppkt 7a) OPZ Zadanie 1, tj. szczegółowy wymóg Zamawiającego, by parametry pracy dostarczanego urządzenia w zakresie częstotliwości i głębokości kompresji były zgodne z aktualnymi wytycznymi ERC, AHA;

Pkt IV SZCZEGÓŁOWE ppkt 1, tj. szczegółowy wymóg Zamawiającego, by dostarczane urządzenie automatycznie dopasowywało siłę uciśnięć do podatności klatki piersiowej. W Wyjaśnieniach OPZ, na pytanie nr 8 „Czy Zamawiający wymaga dla urządzeń do kompresji klatki piersiowej wykorzystujących ruch posuwisto-zwrotny tłoka (masaż stosujący technikę pompy sercowej) spełnienia wytycznych ERC/AHA z 2015 r. dla tego typu techniki co do głębokości uciśnięć tj. zakresu od 5 do 6 cm?

Jest to standard dla urządzeń tego typu. Wszelkie odstępstwa od tych wytycznych skutkują niskiej jakości RKO co zwiększa ryzyko zgonu lub urazu neurologicznego pacjenta.” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający w opz w części szczegółowej zawarł informację, że zakres częstotliwości i głębokości kompresji ma być zgodny z aktualnymi wytycznymi ERC, AHA.”

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze jasny i precyzyjny wymóg postawiony przez Zamawiającego, potwierdzony dodatkowo w wyjaśnieniach OPZ, by dostarczane urządzenie do kompresji klatki piersiowej w zakresie częstotliwości i głębokości uciśnięć (kompresji) były zgodne z obowiązującymi aktualnymi wytycznymi ERC oraz AHA, należy uznać, iż urządzenie oferowane przez Schiller takich wymogów nie spełnia. Ponadto, urządzenie oferowane przez Schiller nie spełnia wymogu automatycznego dopasowywania siły uciśnięć do podatności klatki piersiowej

Niezgodność oferty Whitemed z treścią SIWZ w zakresie częstotliwości i głębokości uciśnięć - Wytyczne ERC i AHA oraz wprowadzające w błąd dokumenty.

„Wytyczne ERC” to wytyczne Europejskiej Rady Resuscytacji. Treść tych wytycznych dostępna jest m.in. na stronie internetowej Polskiej Rady Resuscytacji. „Wytyczne AHA” to wytyczne Amerykańskiego Towarzystwa Kardiologicznego, dostępne m.in. na stronie internetowej.

11

Oba ww. dokumenty stanowią poparte wynikami badań wytyczne w zakresie resuscytacji krążeniowo-oddechowej (RKO) i stanowią podstawę odniesienia dla najlepszych praktyk w tym zakresie. To m.in. dlatego Zamawiający wymagał w Pkt IV SZCZEGÓŁOWE ppkt 7a) OPZ Zadanie 1, by dostarczane urządzenie do kompresji klatki piersiowej było zgodne z tymi wytycznymi w tym właśnie zakresie. Wymogiem Zamawiającego było, aby dostarczane urządzenie było zgodne z aktualnymi wytycznymi ERC z 2015 r.

Zgodnie z wytycznymi ERC i AHA, zakres głębokości kompresji został określony od (minimalnego) 5 cm do 6 cm (str. 5 wytycznych AHA z 2015 oraz str. 105 wytycznych ERC z

2015), podczas gdy urządzenie EasyPulse nie generuje ucisków klatki piersiowej w tym zakresie.

Z dokumentów, w tym oświadczeń własnych i oświadczeń producenta dołączonych przez Schiller do oferty, wynikają sprzeczne informacje na temat głębokości kompresji urządzenia Easy Pulse, niemniej z żadnego dokumentu dołączonego do oferty Schiller nie wynika możliwość dokonywania kompresji zgodnych z zakresem opisanym w ww. wytycznych, tj. w zakresie od 5 cm do 6 cm, podczas gdy na stronie 5 oferty Schiller znajduje się adnotacja odrębna, że „Niniejszym *potwierdzam spełnienie przez oferowany przez nas aparat wszystkich powyższych warunków (...)*” co odnosiło się również do warunku z Pkt IV y SZCZEGÓŁOWE ppkt 7a) OPZ Zadanie 1.

Na dowód spełniania tego warunku Schiller dołączył oświadczenia własne i producenta urządzenia - firmy Schiller AG - którego jest upoważniony reprezentować w Polsce. Omawiany parametr miałyby potwierdzać w ocenie Schiller dokumenty przedstawione do oferty i wymienione w tabelarycznym zestawieniu na str. 68 oferty Schiller, tj. str. 37 i 38 Podręcznika użytkownika, Oświadczenie Schiller AG z dnia 24.04.2017 r punkt 1, oraz oświadczenie wykonawcy i producenta z dnia 10.11.2017 r. (przy czym wydaje się, że daty te zostały podane błędnie, gdyż do oferty zostały dołączone oświadczenia z dat późniejszych, w większym stopniu odnoszące się do tego parametru).

Z podręcznika użytkownika urządzenia Easy Pulse, opatrzonego datą wydania na 30.10.2017 r., dołączonego do oferty Schiller wynika, że urządzenie to ma możliwość wykonywania „idealnej” głębokości ucisku od 42 mm do 50 mm. a ciągłość ucisku określona została na 100 ucisków na minutę (str. 38).

Z oświadczenia Schiller z 14.11.2017 r. załączonego na str. 74 oferty, wynika, że Schiller sugeruje, iż wytyczne ERC i AHA z 2015 r. nie mają zastosowania do zakresu częstości i głębokości kompresji dla urządzeń mechanicznych, gdyż miałyby jedynie dotyczyć kompresji manualnej.

Powyższego nie można uznać za potwierdzenie przez Schiller, iż oferowane urządzenie Easy Pulse spełnia jakiegokolwiek zakres częstości i głębokości ucisku określony

12

wytycznymi 2015, gdyż oświadczenie to stanowi jedynie próbę wykazania, iż wytyczne ERC i AHA nie zawierają żadnych zakresów dla urządzeń mechanicznych.

Skoro Zamawiający - jako profesjonalista - zna wytyczne ERC i AHA oraz posiada wiedzę, że wytyczne te odnoszą się do zakresu częstości i głębokości kompresji na określonym ustalonym poziomie, tj. od minimum 5 cm do 6 cm, to należy uznać, iż ten wymóg został wprowadzony przez Zamawiającego wobec dostarczanych urządzeń, a nie został on zakwestionowany przez żadnego z wykonawców.

Z oświadczenia Schiller AG, tj. producenta, który ma największą wiedzę o dostarczającym urządzeniu *Easy Pulse*, z 8.11.2017 r., dołączonego do oferty na str. 79 i wynika, że producent jest świadomy wymaganego zakresu częstości i głębokości ucisku określonego w wytycznych z 2015 r., a niektóre urządzenia do mechanicznej kompresji klatki piersiowej działają w taki sposób, że nie gwarantują utrzymania zakresu częstości i głębokości wymaganej przez wytyczne ERC oraz AHA z 2015 r.

Z tego oświadczenia wynika też, iż *Easy Pulse* może urządzeniem, które działa inaczej i które może nie gwarantować zakresu wymaganego wytycznymi ERC 2015. Wskazuje na to oryginalna treść oświadczenia Schiller AG w języku angielskim, która w wersji polskiej wskazuje na celowy zabieg dostosowania tłumaczenia, tak by rzekomo miało potwierdzać spełnienie wytycznych. Wynika to z fragmentu tłumaczenia oświadczenia Schiller AG zawartego na str. 80 oferty.

Przy czym podkreślony tekst nie stanowi tłumaczenia oryginalnego oświadczenia Schiller AG, a jest jedynie dopiskiem w tłumaczeniu, bez którego tłumaczenie miałyby sugerować, iż urządzenie Easy Pulse rzekomo może zmniejszyć głębokość ucisku, ale do takiej wartości, która jest rekomendowana w Wytycznych ERC 2015. Dopisek w tłumaczeniu może świadczyć o działaniu wprowadzającym Zamawiającego w błąd.

Z kolejnego oświadczenia producenta Schiller AG z 8.11.2017 r., tj. również z daty późniejszej niż data wydania Podręcznika użytkownika, załączonego na str. 81 oferty wynika, iż zakres częstości i głębokości kompresji wynosi stałą wartość, która jest niezgodna z wytycznymi ERC i AHA z 2015 r.

Żaden z dokumentów przedstawionych przez Schiller nie potwierdza, że urządzenie

Easy Pulse może wykonywać uciski na głębokości określonej przez Wytyczne ERC oraz AHA 2015, a przedstawiane w ofercie dokumenty, w szczególności nieprawidłowo przetłumaczone oświadczenia producenta Schiller AG z daty późniejszej niż Podręcznik użytkownika, mogą świadczyć o działaniu wprowadzającym Zamawiającego w błąd co do rzekomego spełniania wytycznych ERC i AHA z 2015 przez oferowane urządzenie.

Nawet gdyby uznać, że wyżej opisane działania nie wprowadzały Zamawiającego w błąd, to w ocenie Odwołującego dobitnie wykazują niezgodność oferowanego urządzenia *Easy Pulse* z wymogami Zamawiającego.

13

Ponadto, urządzenie *EasyPulse* podczas jego stosowania spoczywa całym swoim ciężarem na klatce piersiowej pacjenta. Urządzenie wraz z akumulatorem waży 3,5 kg. Wytyczne ERC i AHA stanowią, że bardzo ważna jest faza odprężania klatki piersiowej po ucisku i że w żaden sposób nie może być ona poddawana w tym czasie żadnym naciskom, na przykład naciskom leżącemu na pacjencie urządzeniu.

Ponieważ urządzenie *EasyPulse* spoczywa swoim ciężarem 3,5 kg na klatce piersiowej także w fazie jej odprężania, wywiera na nią nacisk, który jest niezgodny z wymaganiami ERC i AHA. Fakt ten nie pozwala na osiągnięcie pełnej fazy odprężenia klatki piersiowej i ma negatywny wpływ na jakość prowadzonej resuscytacji.

Niezgodność z wymogiem opisanym w pkt IV.I Załącznika nr 2A do SIWZ, zgodnie z którym urządzenie automatycznie dopasowuje siłę uciśnięć do podatności klatki piersiowej

W ocenie Odwołującego w przypadku urządzenia *Easy Pulse* nie można mówić o spełnieniu tego warunku. Można by mówić o spełnieniu tego warunku gdyby urządzenie *EasyPulse* dostarczało głębokości ucisku na stałym, określonym poziomie np. 5,3 cm lub innym podobnym. W takim przypadku stałego ucisku w przypadku klatki piersiowej o małej podatności (tj. sztywnej klatka) urządzenie musiałoby zwiększyć dostarczaną siłę do takiego poziomu, aby uzyskać ucisk na głębokość 5,3 cm. Ponieważ urządzenie *EasyPulse* dostarcza głębokości ucisku w zakresie od 4,2 cm do 5 cm to dopasowanie siły do podatności ma bardzo ograniczony charakter (o ile w ogóle istnieje) i odbywa się przez podanie ucisków z mniejszą głębokością dla osób ze sztywną klatką piersiową (małą podatność) w zakresie bliżej dolnej podanej granicy, niezgodnej z wytycznymi ERC i AHA.

Zaniechanie odtajnienia dokumentów, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiający wezwał wykonawcę Schiller do złożenia wyjaśnień pismem z 23.11.2017 r. Wykonawca odpowiedział na to wezwanie pismem z dnia 24.11.2017 r., które zastrzegł w całości tych jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co Zamawiający zaakceptował. Pismo Zamawiającego kierowało do Schiller następujące pytania kluczowe dla niniejszej sprawy:

- I. Czy faktycznie zakres częstości i głębokości kompresji urządzenia *Easy Pulse* jest zgodny z aktualnymi wytycznymi ERC, AHA?
- II. Czy zaproponowane przez wykonawcę urządzenie *Easy Pulse* zapewnia możliwość automatycznego dopasowania siły ucisku do podatności klatki piersiowej?

Zgodnie z uzasadnieniem zastrzeżenia Schiller miał przedstawić wyjaśnienia w przedmiocie zakresu częstości i głębokości kompresji urządzenia *Easy Pulse* oraz możliwości automatycznego dopasowania siły ucisku do podatności klatki piersiowej w postaci raportu z przeprowadzonych badań urządzenia *Easy Pulse*.

14

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych informacji, które potwierdzają lub powielają treść lub wymogi SIWZ jest niezasadne (podobnie wyrok KIO z 18 stycznia 2012, KIO 68/12). W ocenie Odwołującego, tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić „całość” dokumentów.

Nawet gdyby uznać, że zastrzeżenie tych informacji przez Schiller było zasadne, to w przypadku gdyby załączony do wyjaśnień raport został sporządzony przed datami oświadczeń i dokumentów dołączonych do oferty to nie mogą stanowić odpowiedniego dowodu i zaprzeczenia tych oświadczeń i dokumentów.

Wykonawca **WhiteMed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2568/17 oraz KIO 2597/17 po stronie zamawiającego.

Wykonawca **Schiller Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2605/17 po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołania. Wniósł o oddalenie wniesionych odwołań w całości jako bezzasadnych.

W sprawie o sygn. akt KIO 2568/17 Zamawiający wyjaśnił, że jego stanowisko uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego znajduje potwierdzenie w ogólnodostępnym opisie zawartym w charakterystyce głowicy Lumify C5-2, gdzie producent podaje, że głowica ta jest dedykowana do wykonywania badań w obszarze jamy brzusznej, pęcherzyka żółciowego, płuca i do badania ginekologiczno-położniczego. Głowica ta w pewnym zakresie i w pewnych warunkach pozwala na uwidocznienie serca z projekcji jednostkowej, ale tylko u pacjentów o szczupłej budowie ciała i podatnej powłoce jamy brzusznej. Natomiast u pacjentów otyłych oraz przy napiętych powłokach nie ma możliwości oceny serca w ww. projekcji. Ponadto, głowica typu Convex jaką jest Lumify C5-2 uniemożliwia wykonanie badania przez przestrzeń międzyżebrową, ze względu na kształt wiązki obrazowania. Powyższe wynika z treści opisu poszczególnych głowic zawartych w instrukcji użytkowania, w wersji angielskiej User Manual Lumify Ultrasound System (wydanie 453561909131_A/795* APR 2017).

Dodatkowo, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 91 ust. 3a Pzp, Odwołujący oświadczył w formularzu ofertowym, że wybór jego oferty nie będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami od podatku od towarów i usług. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty i późniejszymi wyjaśnieniami złożonymi w zakresie elementów cenotwórczych oferty stwierdził, że zgodnie z ustawą z dnia

15

11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. nr 54, poz. 535 z późn. zm.) ze względu na wartość tabletów Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cala, przekraczającą 20 000,00 zł powstaje po stronie Zamawiającego obowiązek podatkowy. Ze względu na brak w ofercie Odwołującego stosownej informacji oraz wskazanie w ofercie dwóch stawek podatkowych 8% i 23% podatku VAT Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, jaka jest rzeczywista cena oferty oraz dokonać ewentualnej poprawy jej treści, z uwagi na fakt, że nie jest to żadna z omyłek wymienionych w art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący dysponuje w swojej ofercie handlowej zestawem głowic- 1 cardio i jedna convex. Wykonawca TRIMED sp. z o.o. zaoferował uniwersalną głowicę sektorową, która ma stożkowy kształt wiązki charakterystyczny dla głowicy cardio i głęboką jak głowica convex penetrację. Odwołujący zaoferował natomiast tylko jedną głowicę z zestawu, co powoduje, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Zaoferowanie dwóch głowic znacznie podniosłoby koszt urządzenia, a tym samym cenę oferty. Przywołane przez Odwołującego publikacje zawierają dane sprzed 8 lat i są nieaktualne. W ocenie Zamawiającego, opinia lekarza p. Witkowskiego jest niewiarygodna, natomiast przedstawiony przez Odwołującego consensus ekspertów dotyczy sytuacji, w których nie jest dostępna żadna inna głowica oprócz convex, więc jest to rozwiązanie skrajne. Consensus nie jest już aktualny, zawiera informacje na dzień gdy oferowane dziś głowice nie były jeszcze obecne na rynku. Doc. Dr Darocha i doc. Dr Sobczyk zawarli w swoim kursie oraz książce Critical USG informację, iż głowica typu convex jest „przydatna w badaniach wszystkich obszarów ciała poza sercem, typowo wykorzystywana w badaniach jamy brzusznej i miednicy oraz płuc (micro-convex)”. Powołując się na eksperta Philips Zamawiający wskazał, że sam Odwołujący przyznał, że USG Philips zawiera zestaw głowic dedykowany do danego badania i C5-2 służy do badania woreczka żółciowego/miednicy – w położnictwie, brzucha i płuc.

W odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2597/17 Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ, a także w zakresie wyboru oferty WhiteMed jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2. W zakresie zarzutu braku jednoczesnego powiadomienia Odwołującego o odrzuceniu oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał na zmianę treści przepisu art. 92 Pzp w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy oraz wyjaśnił, że

brak jednoczesności ww. decyzji wynikał bezpośrednio z podjętych przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

W zakresie odwołania wniesionego przez Physio-Control Poland Sales sp. z o.o. o sygn.. akt KIO 2605/17 Zamawiający wyjaśnił, że w zadaniu nr 1 wybrał ofertę Schiller Poland sp. z o.o. jako najkorzystniejszą. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że ww. wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego co do zgodności

16

treści oferty z treścią SIWZ w zakresie właściwości urządzenia Easy Pulse (pkt 7a SIWZ). Zdaniem Zamawiającego, żadne wytyczne nie precyzują głębokości i częstości uciśnień dla urządzeń mechanicznych, a jedynie dla uciśnień metodą manualną. Wszystkie urządzenia dostępne na rynku do mechanicznej kompresji klatki piersiowej nie są w stanie osiągnąć precyzyjnie tych wartości, są do nich jedynie zbliżone i osiągają przeważnie ich dolną wartość, co według przytoczonych wytycznych nie jest błędem i nie może dyskwalifikować danego urządzenia. Z tego też powodu Zamawiający zawarł w SIWZ zapis, aby przedmiot zamówienia osiągał wyniki jak najbardziej zbliżone w swoim działaniu do częstości i głębokości osiągalnych manualnie zgodnie z zaleceniami ERC i AHA, które w tym przypadku są takie same. Żadne z zaoferowanych urządzeń: Easy Pulse oraz Lucas 2 nie jest w stanie wygenerować głębokości kompresji klatki piersiowej równej zalecanym wartościom uciśnień manualnych, według ERC, ale przedstawione dane nie dyskwalifikują żadnego z wykonawców. Wytyczne ERC na stronie 113 tłumaczenia polskiego wskazują, że na podstawie przeprowadzonych badań, po opublikowaniu w 2010 r. poprzednich wytycznych, głębokość uciśnień klatki piersiowej powinna wynosić około 5 cm (4-5,5 cm) lecz nie głębiej niż 6 cm u dorosłego pacjenta o średniej budowie ciała. Na tej podstawie zostały wydane zalecenia, aby w resuscytacji manualnej stosować uciskanie w przedziale 5-6 cm. W przypadku urządzeń mechanicznych do RKO nie opracowano takich szczegółowych zaleceń. Na stronie 163 Wytycznych ERC znajduje się informacja dot. Urządzeń Autopulse oraz Lukas 2, które pozwalają na uciskanie na głębokość 4-5 cm. Dla Zamawiającego najważniejsze jest aby oferowane urządzenia nie wykonywało uciśnień poniżej wartości głębokości podawanych w Wytycznych ERC, gdyż uciśnięcia zbyt płytkie są bardziej szkodliwe.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że odtajnił i przekazał wykonawcom część wyjaśnień wykonawcy Schiller, które dotyczyły uzasadnienia utajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę zawartych w piśmie z dnia 24 listopada 2017 r. Zamawiający nie odtajnił i nie przekazał wykonawcom wyników i raportów z badań, uznając, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

17

Izba stwierdziła, że Odwołujący się wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących ww. wykonawców do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach tj. KIO 2568/17, KIO 2597/17 oraz KIO 1605/17, które spełniają wszystkie wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniach.

KIO 2568/17 – odwołanie Philips Polska Sp. z o.o.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przedmiotem zamówienia jest „Zakup wraz z dostawą urządzeń medycznych dla Lotniczego Pogotowia Ratunkowego, 2 zadania”. W zadaniu nr 2 zamówienie obejmuje dostawę Ultrasonografów przenośnych – 30 sztuk. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zadaniu nr 2 – w Załączniku nr 2B do SIWZ, jako „Przenośny aparat USG lub głowice USG z możliwością podłączenia do tabletu i/lub innego urządzenia do wyświetlania obrazu”. W pkt III ppkt 1 Zamawiający wskazał „Obszary zastosowań w celach diagnostycznych m.in.:

- a) klatka piersiowa (obecność płynu lub powietrza w jamie opłucnowej),
- b) serce (ocena obecności płynu w osierdziu, ocena kurczliwości, ocena wielkości jam serca),
- c) jama brzuszna (obecność płynu w jamie otrzewnowej, ocena rozmiaru aorty),
- d) miednica (obecność wolnego płynu).”

Wykonawca Philips w złożonej ofercie - w formularzu ofertowym - w pkt II ppkt 1 wskazał oferowane urządzenia w zadaniu nr 2 jako:

„Lumify C5-2 Ultrasound System wraz z akcesoriami: tablet Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cała, w obudowie/etui, torba transportowa”, za cenę brutto 720 760,50 PLN.

18

Zgodnie z brzmieniem pkt 4, Odwołujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie, że oferowany sprzęt spełnia wszystkie parametry i wymagania określone przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 2B do SIWZ.

W dniu 17 listopada 2017 r., w ramach czynności badania ofert, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia m.in., czy zaoferowany zestaw zapewnia możliwość wykonywania badania dla obszarów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. klatka piersiowa, serce, jama brzuszna, miednica.

Odwołujący, pismem z dnia 21 listopada 2017 r., wyjaśnił, że jego oferta w zakresie badania obszarów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia zapewnia możliwość badania klatki piersiowej, serca, jamy brzusznej oraz miednicy. Do powyższego oświadczenia Odwołujący nie załączył żadnych dodatkowych informacji, które potwierdzałyby spełnienie powyższych wymagań.

Izba zważyła, że zgodnie z ustaloną treścią SIWZ, Zamawiający w zadaniu nr 2 wymagał zaoferowania urządzenia (niezależnie od ilości głowic), które jest przeznaczone do celów diagnostycznych w obszarze: serca, klatki piersiowej, jamy brzusznej i miednicy. Zamawiający nie wymagał urządzenia wyposażonego wyłącznie w jedną głowicę USG, która byłaby przeznaczona do wszystkich wskazanych przez Zamawiającego zastosowań. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w doborze urządzenia (zestawu), które będzie spełniało wymagania określone w SIWZ.

Z treści materiałów technicznych przedłożonych przez Zamawiającego na rozprawie – folderów dotyczących urządzenia Philips Ultrasonografu Lumify, wynika, że opis zawarty na str. 6 dotyczący zastosowań głowic C5-2, L12-4 i S4-1 wskazuje, że zaoferowana przez Odwołującego głowica C5-2 typu convex nie posiada trybu do echokardiografii, tj. do badania serca. Zgodnie z informacją producenta, badanie to realizowane powinno być głowicą sektorową S4-1.

Odnosząc się do publikacji przedłożonych przez Odwołującego, Izba zważyła, że możliwość wykonania badania serca w pewnych szczególnych warunkach u pacjentów o określonej budowie ciała w obszarze serca z użyciem głowicy ultrasonograficznej typu convex, jaką jest Philips Lumify C5-2, nie jest równoznaczna z przeznaczeniem danej głowicy do wykonywania badań diagnostycznych serca.

Głowica ultrasonograficzna Lumify C5-2 nie spełnia wymogu w zakresie przeznaczenia do diagnozowania serca, co przez potwierdzają przedstawione Zamawiającego na rozprawie dokumenty techniczne, z których wynika wprost, że zaoferowana głowica Philips Lumify C5-2 nie jest przeznaczona do badań serca. Jednocześnie Odwołujący, jako przedstawiciel producenta, nie przedstawił żadnych

19

oficjalnych informacji technicznych producenta na temat tej głowicy, które potwierdzałyby, że jest ona przeznaczona do diagnostyki serca.

Przedstawione przez Odwołującego publikacje potwierdzające wszechstronność głowicy typu convex w porównaniu z głowicami sektorowymi pochodzą z lat wcześniejszych. Biorąc pod uwagę postęp techniczny, nie można uznać tych publikacji za dowód tego, że głowica typu convex ma zastosowanie w medycynie ratunkowej w badaniach serca, gdzie konieczne jest uwidocznienie obecności płynu w worku osierdziowym, oceny kurczliwości oraz wielkości jam serca u potencjalnego pacjenta. Załączone przez Odwołującego zdjęcia ukazujące płyn w osierdziu, ocenę kurczliwości oraz wielkości jam serca wykonane na oferowanej głowicy typu convex (C5-2), stanowią jedynie potwierdzenie faktu, że takie zdjęcia zostały wykonane. Nie stanowią one jednak dowodu na to, że w każdym potencjalnie możliwym przypadku diagnostyka serca każdego pacjenta będzie mogła być wykonana za pomocą tej głowicy.

W ocenie Izby, w odniesieniu do tego typu urządzenia, jak ultrasonograf, miarodajnym jest opis techniczny, który potwierdzałby, że zaoferowana głowica C5-2 jest przeznaczona do profesjonalnego wykonywania diagnostyki serca. Fakt, że głowica C5-2 jest wykorzystywana do badań ultrasonograficznych w medycynie ratunkowej przez lekarza Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Powiatowego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. NZOZ im. Aleksandra Majkowskiego w Kartuzach nie stanowi dowodu na okoliczność, że jest to aktualnie rozwiązanie, które zapewnia optymalną diagnostykę serca pacjentów w medycynie ratunkowej.

Stwierdzona niezgodność treści oferty Philips z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, gdyż nie ma możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dlatego niezgodność powyższa stanowi podstawę do odrzucenia oferty Philips.

Ponadto, Izba zważyła, że Odwołujący twierdząc, że zaoferowane przez firmę WhiteMed urządzenie nie zawiera trybu do badań miednicy, a zatem również powinna zostać odrzucona, nie przedstawił jakichkolwiek dowodów w tym zakresie. Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, przez odrzucenie oferty Philips jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przepis powyższy nie znajduje zastosowania w ustalonym stanie faktycznym, co jednak nie oznacza, że oferta nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający ustalił, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.), ze względu na wartość tabletów Samsung Galaxy Tab S2 8.0 cala, oferowanych przez Odwołującego,

20

przekraczającą kwotę 20 000,00 zł, powstanie po stronie Zamawiającego obowiązek podatkowy. Ze względu na brak stosownej informacji w ofercie Odwołującego oraz wskazanie w formularzu cenowym oferty dwóch stawek podatku VAT (8% i 23%) Zamawiający uznał, że nie jest w stanie stwierdzić, jaka jest rzeczywista cena oferty oraz dokonać ewentualnej poprawki.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wskazał w ofercie cenę brutto jednostkową za oferowane urządzenia: „ultrasonograf przenośny wraz z akcesoriami” oraz cenę całkowitą brutto, określając jednocześnie stawkę podatku VAT jako „8% i 23%”. Odwołujący, składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 listopada 2017 r. w zakresie kalkulacji ceny oferty, potwierdził wartości przedstawione w formularzu ofertowym uszczegóławiając sposób kalkulacji. Z wyjaśnień tych Zamawiający powziął informację, że wykonawca pomimo obowiązku ustawowego nie zastosował „odwrotnego obciążenia” podatkiem VAT.

Jak wynika z treści złożonej oferty, Odwołujący nie złożył oświadczenia w pkt 2 ppkt 2 formularza ofertowego „Informacja Wykonawcy o powstaniu u Zamawiającego obowiązku podatkowego w wyniku wyboru oferty Wykonawcy”, że „wybór naszej oferty prowadził będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego” z podaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego, wartości bez kwoty podatku. Odwołujący wręcz przeciwnie oświadczył, że nie powstanie u Zamawiającego obowiązek podatkowy w wyniku wyboru

oferty Philips. Odwołujący nie zastosował się zatem do wymogów art. 91 ust. 3a Pzp, który wskazuje, że jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Zgodnie z art. 93 ust. 1c Pzp, w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Mechanizm odwróconego obciążenia jest przeniesieniem obowiązku rozliczenia podatku ze sprzedającego na nabywcę (kiedy nabywcą jest podatnik podatku VAT). Dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej więc

21

stawki i kwoty podatku, zamiast tego powinna ona zawierać wyrazy – „odwrotne obciążenie”. Ponieważ na zamawiającym ciąży obowiązek podatkowy i jest on zobligowany do rozliczenia podatku od tej transakcji, nie przekazuje on stosownej kwoty na uiszczenie podatku VAT dostawcy. Oznacza to, że sama wartość kontraktu nie uwzględnia podatku VAT, jednakże w dalszym ciągu transakcja podlega opodatkowaniu.

Zmiana sposobu rozliczeń nie powoduje zmniejszenia kwoty środków finansowych, koniecznych do zaangażowania przez Zamawiającego. Jednak oferta nie zawierająca wymaganego przez Prawo zamówień publicznych oświadczenia wypełnia przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż jest niezgodna z ustawą, tj. z przepisem art. 91 ust. 3a Pzp. Niezgodność ta uniemożliwia porównanie ofert zgodnie z regułami określonymi w zdaniu pierwszym znowelizowanego art. 91 ust. 3a Pzp.

Jednocześnie zauważyć należy, że przy braku wymaganego oświadczenia wykonawcy trudno stosować przepis art. 87 ust. 1 Pzp, który służy wyjaśnieniu treści oferty. Po pierwsze, wyjaśnieniu podlegają niejasności, a nie braki. Takie wyjaśnienie prowadziłoby do przekazania Zamawiającemu dodatkowych informacji, które powinny być zostać przekazane w oświadczeniu złożonym w ofercie. Wyjaśnienie nie może prowadzić do uzupełnienia wymaganego oświadczenia.

Dodatkowo, wymagane oświadczenie w trybie art. 91 ust. 3a Pzp nie stanowi treści oferty w znaczeniu materialnym, a jedynie uzupełnia ją o informacje wymagane ustawą. Informacje te nie wpływają bowiem na zaoferowane świadczenie wykonawcy lub żądane wynagrodzenie. Brak złożenia stosownego oświadczenia przez wykonawcę, kiedy w ofercie mamy podaną tylko cenę brutto, uniemożliwia ustalenie, czy cały podatek VAT został uwzględniony w cenie brutto. Nie ma też możliwości naprawienia braku oświadczenia z wykorzystaniem instytucji poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż brak oświadczenia o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie wprowadza niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lecz niezgodność z ustawą, a oferta bez tego oświadczenia podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 3a Pzp.

Pomimo przyjęcia przez Zamawiającego błędnej podstawy prawnej do odrzucenia oferty, Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy, które miałyby wpływ na wynik postępowania, wobec faktu, że oferta Philips i tak podlega odrzuceniu. Stosownie zatem do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba nie uwzględniła odwołania w tym zakresie.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

22

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty WhiteMed jako oferty o treści nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w zał. Nr 2B do SIWZ - Zadanie 2, urządzenie medyczne będące przedmiotem zamówienia ma służyć w obszarach zastosowań w celach diagnostycznych, m. in.: „miednica (obecność wolnego płynu)”.

Wykonawca WhiteMed zaoferował urządzenie SonoSite iViz produkcji FUJIFILM SonoSite Inc. (USA). Do oferty wykonawca załączył Instrukcję obsługi tego urządzenia w języku polskim.

Odwołujący podnosił, że, urządzenie powyższe nie zawiera trybu do badań miednicy, czyli jednego z obszarów, wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia lecz – że proponuje rozwiązania inne niż wyraźnie opisane w SIWZ.

W świetle postanowień SIWZ, w ocenie Izby oferta WhiteMed nie stanowi oferty wariantowej, której istota polega na tym, że pozwala ona osiągnąć ten sam efekt przy zastosowaniu innych rozwiązań niż przewidział Zamawiający. Izba zważyła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił konkretnego rozwiązania, za pomocą którego mają być wykonywane badania ultrasonograficzne miednicy lub jakichkolwiek innych obszarów diagnostycznych. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia z jedną głowicą lub inną ilością głowic, nie wskazując na żadne konkretne rozwiązanie. Zamawiający potwierdził też jednoznacznie na rozprawie, że urządzenie zaoferowane przez WhiteMed zawiera aplikację do badania miednicy zgodnie z wymaganiami SIWZ, a powyższe wynika z treści Instrukcji obsługi tego urządzenia załączonej do oferty WhiteMed, zawartej na str. 33, 46 i 47. Powyższym twierdzeniom Odwołujący nie zaprzeczył, a nadto nie przeprowadził dowodu na poparcie twierdzeń przeciwnych stanowisku Zamawiającego.

Tym samym Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że treść oferty WhiteMed nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym, że ww. oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut zaniechania równoczesnego poinformowania Odwołującego o czynności odrzucenia oferty i przesłania informacji o wyborze oferty WhiteMed

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca

23

zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w

przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przepis powyższy wymaga, aby Zamawiający niezwłocznie po dokonaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poinformował wykonawców o podjętych decyzjach w prowadzonym postępowaniu. Przepis ten nie nakłada na Zamawiającego obowiązku jednoczesnego podjęcia czynności, o których mowa w tym przepisie ani też jednoczesnego poinformowania wykonawców o podjętych czynnościach.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyjaśnił, że najpierw dokonał oceny ofert pod względem podstaw do odrzucenia oraz poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty (w dniu 24 listopada 2017 r.), a następnie dokonał wyboru oferty WhiteMed w zadaniu nr 2 (w dniu 28 listopada 2017 r.). Odwołujący nie podnosił przy tym, że przekazanie powyższych informacji nie nastąpiło w sposób niezwłoczny, a jedynie, że nie zostały one przekazane jednocześnie. W świetle jednak aktualnego brzmienia art. 92 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie miał obowiązku jednoczesnego poinformowania wykonawców (w tym

Odwołującego) o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2. Brak zatem jednoczesnego przekazania powyższych informacji Odwołującemu nie narusza art. 92 ust. 1 Pzp ani art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp.

Reasumując powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zakresie czynności podjętych w odniesieniu do badania i oceny ofert złożonych na zadanie nr 2.

KIO 2605/17 – odwołanie Physio-Control Poland Sales sp. z o.o.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Schiller z postępowania, z uwagi na to, że wykonawca ten przedstawił, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacje

24

wprowadzające w błąd Zamawiającego dotyczące zgodności oferowanego przez Schiller produktu, tj. Easy Pulse z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 2A do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zadanie 1, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu, tj. wybór oferty Schiller jako oferty najkorzystniejszej. Niezgodność treści oferty Schiller z treścią SIWZ w zakresie częstości i głębokości uciśnień z Wytycznymi ERC i AHA, jak i fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę Schiller, nie zostały przez Odwołującego wykazane w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załączniku nr 2A do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - Zadanie 1, pkt IV ppkt 1, Zamawiający wymagał, aby dostarczane przez wykonawcę urządzenie do kompresji klatki piersiowej automatycznie dopasowywało siłę uciśnień do podatności klatki piersiowej. W ppkt 7a, Zamawiający wymagał dodatkowo, aby parametry pracy dostarczanego urządzenia w zakresie częstości i głębokości kompresji były zgodne z aktualnymi wytycznymi ERC, AHA.

Zamawiający dokonał wyjaśnienia treści SIWZ w powyższym zakresie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 8 w piśmie z dnia 8 listopada 2017 r., tj. na pytanie, „Czy Zamawiający wymaga dla urządzeń do kompresji klatki piersiowej wykorzystujących ruch posuwisto-zwrotny tłoka (masaż stosujący technikę pompy sercowej) spełnienia wytycznych ERC/AHA z 2015 r. dla tego typu techniki co do głębokości uciśnień, tj. zakresu od 5 do 6 cm? Jest to standard dla urządzeń tego typu. Wszelkie odstępstwa od tych wytycznych skutkują niskiej jakości RKO co zwiększa ryzyko zgonu lub urazu neurologicznego pacjenta.” Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający w opz w części szczegółowej zawarł informację, że zakres częstości i głębokości kompresji ma być zgodny z aktualnymi wytycznymi ERC, AHA.

Na dzień prowadzenia postępowania aktualnymi wytycznymi są wytyczne ERC (Europejskiej Rady Resuscytacji) z 2015 r. oraz wytyczne AHA (Amerykańskiego Towarzystwa Kardiologicznego) z 2015 r.

Z treści wytycznych ERC i AHA, wynika zalecany zakres głębokości kompresji od (minimalnego) 5 do 6 cm (str. 5 wytycznych AHA z 2015 oraz str. 105 wytycznych ERC z 2015).

25

Odwołujący złożył wyciąg z Wytycznych resuscytacji z 2015, rozdz. I i III i wskazał na str. 6 i 18 rozdz. I Wytycznych ERC, zgodnie z którymi uciśnięcia klatki piersiowej przy wykonywaniu resuscytacji powinny być wykonywane na głębokość przynajmniej 5 cm, lecz nie głębiej niż 6 cm oraz w rozdz. III na str. 163, gdzie potwierdzono, że bez względu na to, czy uciśnięcia prowadzone są przez urządzenie, czy przez człowieka, ważne jest zapewnienie wysokiej jakości uciśnień z adekwatną głębokością, częstością oraz

minimalizowaniem przerw. Powyższe postanowienia w zakresie zaleceń odnośnie głębokości uciśnień odnosząc się do resuscytacji manualnej, nie stanowią wprost literalnych wymogów dla resuscytacji wykonywanej za pomocą urządzeń mechanicznych. Jak wynika wprost z treści Wytycznych ERC: „Wytyczne 2015 ERC nie określają jedynego sposobu prowadzenia resuscytacji, a jedynie reprezentują szeroko akceptowany pogląd na to, jak bezpiecznie i skutecznie podejmować resuscytację. Opublikowanie nowych, zaktualizowanych zaleceń postępowania nie oznacza, że dotychczas prowadzona praktyka kliniczna była niebezpieczna czy nieskuteczna.”. Ponadto w odniesieniu do głębokości uciśnień stwierdzono, że „Osoby prowadzące RKO powinny wykonywać uciśnięcia klatki piersiowej na odpowiednią głębokość (tj. przynajmniej 5 cm, lecz nie głębiej niż 6 cm).” Jak wskazał Zamawiający, treść Wytycznych zawarta na str. 113, której Odwołujący nie załączył na rozprawie, potwierdza jednoznacznie, że „głębokość uciśnień przy resuscytacji powinna wynosić od 4 do 5,5 cm, co daje najlepszy efekt w zakresie przepływu wieńcowego i resuscytacji”.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że ze złożonych przez wykonawcę Schiller w ofercie oświadczeń własnych i oświadczeń producenta Schiller AG wynikają informacje na temat głębokości kompresji zaoferowanego urządzenia Easy Pulse na poziomie od 42 mm do 50 mm, które potwierdzają spełnienie zaleceń Wytycznych ERC i AHA. Na potwierdzenie omawianego parametru wykonawca Schiller przedstawił w ofercie dokumenty wymienione w tabelarycznym zestawieniu na str. 68 oferty Schiller, tj. str. 37 i 38 Podręcznika użytkownika, Oświadczenie Schiller AG z dnia 24.04.2017 r punkt 1, oraz oświadczenie wykonawcy i producenta z dnia 10.11.2017 r.

Jak przyznał sam Odwołujący, z podręcznika użytkownika urządzenia Easy Pulse, dołączonego do oferty Schiller wynika, że ww. urządzenie ma możliwość wykonywania głębokości ucisku od 42 mm do 50 mm, a ciągłość ucisku określona została na 100 ucisków na minutę (str. 38). Zatem jest to głębokość, o której mowa jest w Wytycznych ERC, jako o głębokości zalecanej. Oświadczenie zawarte na stronie 5 oferty Schiller, o treści: „Niniejszym potwierdzam spełnienie przez oferowany przez nas aparat wszystkich powyższych warunków (...)” jest oświadczeniem wiedzy wykonawcy, złożonym w oparciu o posiadane przez wykonawcę dane, potwierdzone stosownymi dokumentami. Oświadczenie to nie

26

stanowi informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd co do treści oferty Schiller w zakresie spełnienia wymagania pkt IV ppkt 7a) OPZ Zadanie 1.

Izba zważyła także, że z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 8 do SIWZ nie wynika, aby Zamawiający potwierdził wymóg zakresu głębokości kompresji dokładnie na poziomie od 5 cm do 6 cm. Zamawiający powtórzył jedynie treść wymagania w brzmieniu określonym w OPZ odnośnie zgodności z Wytycznymi ERC i AHA.

Przedstawione przez wykonawcę Schiller w ofercie oświadczenia i informacje nie są nieprawdziwe. Odwołujący nie wykazał, że zawierają one jakiegokolwiek nieprawdziwe dane, a zatem nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego co do przekazanych mu informacji. To Zamawiający zobowiązany był bowiem ocenić, czy przedstawione przez wykonawcę informacje potwierdzają spełnienie wymogów SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że złożone przez Schiller oświadczenia nie wskazują na niezgodność oferowanego urządzenia Easy Pulse z wymogami określonymi w specyfikacji, w tym z Wytycznymi ERC lub AHA. Odwołujący nie przedstawił natomiast dowodu na fakt, że urządzenie Easy Pulse, podczas jego stosowania wywiera nacisk na klatkę piersiową, który jest niezgodny z wymaganiami ERC i AHA. Jak przyznał sam Odwołujący wytyczne ERC dotyczą resuscytacji manualnej - Wytyczne Resuscytacji 2015, Rozdz. 2, str. 113, podrozdział - rozpoczęcie uciskania klatki piersiowej, pkt. 4 jednoznacznie i wprost odnoszą się do uciśnień wykonywanych manualnie, zatem powinny być jedynie odpowiednio stosowane do resuscytacji mechanicznej.

W zakresie spełnienia wymogu opisanego w pkt IV pkt 1 Załącznika nr 2A do SIWZ, zgodnie z którym urządzenie automatycznie dopasowuje siłę uciśnień do podatności klatki piersiowej, Izba ustaliła, że Odwołujący przedstawił w tym zakresie jedynie swoje subiektywne stanowisko, twierdząc że „w przypadku urządzenia Easy Pulse nie można mówić o spełnieniu tego warunku”. Odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie tezy, że w przypadku urządzenia Easy Pulse dopasowanie siły do podatności klatki piersiowej ma bardzo ograniczony charakter i odbywa się przez podanie ucisków z mniejszą

głębokością dla osób ze sztywną klatką piersiową (mała podatność) w zakresie bliżej dolnej podanej granicy. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 6 k.c., to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodził on skutki prawne w ramach wniesionego odwołania.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Schiller jako niezgodnej z treścią SIWZ. Twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego Schiller zostały potwierdzone w oparciu o Raport z badań urządzenia, w którym w tabeli przedstawionej na ostatniej stronie potwierdzono jednoznacznie wymaganie odnośnie głębokości uciśnień zgodnie z ERC. Raport ten w szczególności w ramach wniosków potwierdza również zapewnienie automatycznego dostosowania siły uciśnień do podatności klatki piersiowej.

27

Odwołujący przedstawił natomiast zarzuty w tym zakresie w oparciu o wybiórczo powołane treści Wytycznych ERC, które nie mogą stanowić w świetle zebranego materiału dowodowego - dowodu na niezgodność treści oferty Schiller z tymi Wytycznymi.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, w wyniku zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Schiller przekazanych w piśmie z 24 listopada 2017 r. w przedmiocie zakresu częstości i głębokości kompresji urządzenia zaoferowanego przez Schiller oraz możliwości automatycznego dopasowania siły ucisku do podatności klatki piersiowej w postaci raportu z przeprowadzonych badań urządzenia Easy Pulse, ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”), poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Schiller, potwierdził się w odniesieniu do części dokumentów, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu, a które nie zostały objęte przez Schiller tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wezwał wykonawcę Schiller do złożenia wyjaśnień co do merytorycznych kwestii podniesionych wyżej w odwołaniu pismem z 23 listopada 2017 r. Wykonawca Schiller odpowiedział na to wezwanie pismem z dnia 24 listopada 2017 r., które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie raportu z badań urządzenia Easy Pulse złożonego w załączeniu do wyjaśnień Schiller w przedmiocie zakresu częstości i głębokości kompresji urządzenia Easy Pulse oraz możliwości automatycznego dopasowania siły ucisku do podatności klatki piersiowej.

Z treści uzasadnienia załączonego do wyjaśnień wykonawcy Schiller z dnia 24 listopada 2017 r. wynika jednoznacznie, że wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie Raport z przeprowadzonych badań urządzenia Easy Pulse.. Nieudostępnienie zatem przez Zamawiającego innym wykonawcom dwóch pozostałych dokumentów załączonych do wyjaśnień stanowi naruszenie zasady jawności postępowania. W załączeniu do tego pisma wykonawca Schiller złożył bowiem oświadczenie producenta Schiller AG z 15 listopada 2017 r. oraz informację firmy Air Glaciers z 22 listopada 2017 r. potwierdzające przydatność urządzenia Easy Pulse w użytkowaniu przez lekarzy pogotowia lotniczego. Na posiedzeniu Przystępujący Schiller wyjaśnił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczyło wyłącznie raportu z badań ww. urządzenia Easy Pulse, nie dotyczyło natomiast pozostałych 2 dokumentów przedłożonych Zamawiającemu wraz z pismem z 24 listopada 2017 r. Dokumenty te zostały zatem przekazane Odwołującemu jako jawne na posiedzeniu w celu zapoznania się z ich treścią. Odwołujący nie składał, w związku z tym żadnych wniosków. Izba stwierdziła w tych okolicznościach, że naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności w tym zakresie nie wywołuje jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, ze względu na zadośćuczynienie przez Zamawiającego żądaniom

28

Odwołującego przed wydaniem orzeczenia w tej sprawie. Odwołujący mógł się zapoznać z treścią tych dokumentów i wykorzystać ich treść w ramach podnoszonych zarzutów.

Co do zastrzeżenia przez Schiller informacji zawartych w Raporcie z badań jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała dokonane zastrzeżenie za w pełni zasadne. Dokument powyższy obejmuje dane techniczne spełniające wymogi określone w art. 11 ust.

4 uznk. Są to bowiem dane techniczne, które mają wartość gospodarczą - dotyczą urządzenia produkowanego przez firmę konkurującą z Odwołującym na danym rynku. Pozyskanie tych informacji przez konkurentów naraziłoby wykonawcę Schiller na poniesienie szkody wobec wykonawców konkurujących na tym samym rynku. Podkreślić należy, że w

tym zakresie Odwołujący nie kwestionował samego uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego w piśmie złożonym Zamawiającemu przez wykonawcę Schiller w dniu 24 listopada 2017 r., co dowodzi, że argumentacja powołana w tym piśmie przez wykonawcę Schiller jest słuszna i przekonująca.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: