

WYROK
z dnia 5 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław**

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

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części z uwzględnieniem oferty wykonawcy Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa,**

KIO 2774/15 1

- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław na rzecz wykonawcy Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

KIO 2774/15 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

KIO 2774/15 3

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę USG oraz sprzętu i wyposażenia do terapii noworodka w ramach projektu „Mały Dolnoślązak*, prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca Maquet Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na

odrzuconiu oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dräger Polska Sp. z o.o. (dalej „Dräger” albo „Drager”) w części 3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

- art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z odrzuceniem oferty odwołującego oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3 niniejszego zamówienia,
- art. 92 ust. 1 pkt 2), poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia wynikającego z treści SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w z związku z odrzuceniem oferty odwołującego oraz zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Dräger.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dräger,
- unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego,
- przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, co w konsekwencji spowoduje wybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a także nakazanie odrzucenia oferty Dräger jako nie spełniającej wymogów SIWZ.

W odniesieniu do bezzasadności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący podał, że jako podstawę prawną dokonanej czynności zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś jako podstawę faktyczną: „w zakresie dot. pkt 41 OPZ: brak potwierdzenia wymaganej czułości triggera oraz potwierdzenia oferowania respiratora z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cm H20 zamiast wymogu opisanego w punkcie 41, zgodnie

KIO2774/15 4

z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 25.08.2015 r. do tego punktu. Zamawiający wymagał w pkt 41 załącznika nr 5 do SIWZ, żeby oferowany respirator posiadał: wyzwalenie oddechu, czułość przepływową z automatyczną adaptacją do występujących przecieków: minimalny zakres czułości triggera: 0,3 l/min -5,0 L/min. Wykonawca w uzupełnieniu oferty nie potwierdził wymaganej czułości triggera wyrażonej w jednostce: l/m”.

Odwołujący podniósł, że uzasadnienie faktyczne odwołuje się do innej treści SIWZ niż ta, która jest w niniejszym postępowaniu, wobec czego zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Stanął na stanowisku, że wadliwie podana podstawa faktyczna uniemożliwia właściwe skorzystanie przez odwołującego z prawa do ochrony interesów w związku z odrzuceniem oferty odwołującego.

W ocenie odwołującego podanie nieistniejącego postanowienia SIWZ i stwierdzenie braku jego spełnienia samo w sobie powoduje prawo do żądania uwzględnienia odwołania w zakresie dokonanej czynności odrzucenia oferty jako zasadnego.

Wskazał, że czynność odrzucenia oferty jest szczególnie istotna w toku postępowania ze względu na fakt, że eliminacja oferty wykonawcy z postępowania, poprzez jej odrzucenie, niweczy cel, dla którego oferta została złożona, tj. uzyskanie danego zamówienia, toteż w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca zobligował zamawiającego do podania okoliczności faktycznych dokonanej czynności – odwołaniem może bowiem zostać objęta czynność o konkretnym, wskazanym w pisemnym stanowisku uzasadnieniu prawnym i faktycznym, nie zaś czynność o innym, nieujawnionym w pisemnym stanowisku uzasadnieniu, ponieważ mielibyśmy wówczas do czynienia z odwołaniem dotyczącym wprawdzie czynności tego samego rodzaju (czynność odrzucenia oferty), ale jednak z czynnością inną, nie dokonaną przez zamawiającego (a tylko wobec czynności dokonanej przez zamawiającego przysługuje odwołanie), a z "wykreowaną" przez odwołującego się wykonawcę – poprzez przypisanie zamawiającemu innego uzasadnienia – czynnością.

Podsumował, że powołanie się na postanowienie SIWZ, które poprzez udzielone odpowiedzi zmieniło swoje brzmienie jest okolicznością wskazującą na wadę dokonanej czynności.

Odwołujący podał, że w piśmie z dnia 30 października 2015 zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w tym m.in. do potwierdzenia wymagania określonego w pkt. 41 w brzmieniu:

„dot. pkt 41 OPZ: brak potwierdzenia wymaganej czułości triggera oraz potwierdzenia oferowania respiratora z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową

KIO 2774/15 5

z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH20 zamiast wymogu opisanego w punkcie 41, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 25.08.2015 r. do tego punktu”.

Odwołujący podał, że przywołana data odpowiedzi jest wadliwa.

Oświadczył, że w z dnia 5 listopada 2015 r. przesłał do zamawiającego pismo, wskazując wszelkie potwierdzenia w instrukcji obsługi, a tym samym – ocenił odwołujący – bezwzględnie udowodnił posiadanie przez oferowany respirator czułości przepływowej z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min). [wyjaśnił, że w nomenklaturze spółki Maquet przepływ bazowy nazywany jest przepływem podstawowym] oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH20.

Podkreślił, że zwrócił zamawiającemu uwagę na to, iż w piśmie zamawiającego z 25.08.2015 r. nie było takiego pytania, było to w piśmie z dnia 13.08.2015, a co więcej zamawiający w odpowiedzi na pytanie odwołującego do punktu 41 z 13.08.2015 r. nie wskazał konkretnych zakresów dla triggerów, a jedynie dopuścił respirator z większą ilością rodzajów triggerów (trigger przepływowy i trigger ciśnieniowy lub objętościowy).

Podał, że na zadane pytanie, które w ostatnim fragmencie wskazuje „(...) zamiast opisanego w pkt. 41 ?” zamawiający udzielił odpowiedzi „Zamawiający dopuszcza respirator z wyzwaniem przepływowym, oraz ciśnieniowym lub objętościowym”.

W ocenie odwołującego oznacza to, że takie właśnie urządzenie jak opisane w zadanym pytaniu może być przedmiotem oferty.

Odwołujący podał, że na pytanie „Czy Zamawiający dopuści do przetargu respirator z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH20 zamiast wymogu opisanego w punkcie 41 ?” zamawiający odpowiedział: „Zamawiający dopuszcza respirator z wyzwaniem przepływowym oraz ciśnieniowym lub objętościowym”.

Odwołujący wyjaśnił, że w swojej ofercie umieścił informację, że oferowany respirator posiada dwa rodzaje triggerów: przepływowy i ciśnieniowy oraz zamieścił wyciąg z instrukcji obsługi potwierdzający tą deklarację.

Podkreślił, że w wezwaniu z 30.10.2015 zamawiający nie wzywał do potwierdzenia posiadania pierwotnego wymogu pkt. 41 SIWZ – wezwanie dotyczyło potwierdzenia wymogu, jaki został wskazany w zadanym pytaniu i dopuszczony odpowiedzią na pytanie 15 w piśmie z 13.08.2015 r.

Wskazał, że mimo to podstawą do odrzucenia oferty odwołującego było inne brzmienie pkt. 41 (sprzed udzielonej, dopuszczającej odpowiedzi).

Zwrócił uwagę, że inne firmy także zadawały pytania do punktu 41 OPZ i ich

KIO 2774/15 6

propozycje również zostały dopuszczone przez zamawiającego – przykładowo wskazał na pytanie nr 55 oraz nr 88.

Podsumował, że zamawiający dopuścił różne rozwiązania tej funkcjonalności.

Podkreślił, że żadna z udzielonych odpowiedzi nie pozbawiła poprzednich mocy obowiązującej.

Wskazał, że zamawiający nierówno potraktowanie wykonawców, bowiem inaczej w odniesieniu do tego samego parametru postąpił np. w stosunku do oferty firmy Diagnos

Sp. z o.o. wykonawca w swojej ofercie również nie potwierdza posiadania triggera przepływowego z minimalnym zakresem 0,3 l/min - 5,0 l/min. – respirator zaofertowany przez firmę Diagnos posiada trigger przepływowy regulowany w zakresie 0.1 do 1 l/min.

Dodał, że zamawiający dopuścił taki zakres, jak również dopuścił trigger przepływowy i ciśnieniowy lub objętościowy (odpowiadając na pytanie odwołującego).

Odwołujący jako bezpodstawną ocenił inną przyczynę odrzucenia jego oferty, tj. brak potwierdzenia w instrukcji obsługi, że oferowany respirator daje możliwość późniejszej rozbudowy o moduł wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego.

Podniósł, że na pytanie: „Czy Zamawiający wymaga aby respirator dawał możliwość późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego ?” zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wymaga”, co – wedle odwołującego – oznacza, że zamawiający postawił wymóg, ale nie zobowiązał do potwierdzenia go jakimkolwiek dokumentem, ponieważ zamawiający nie wprowadził tego wymogu do treści załącznika nr 5 do SIWZ, a tylko tam wymienione parametry należało potwierdzić za pomocą prospektów, folderów lub broszur dla oferowanego sprzętu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, odrzucając jego ofertę podał, że wadliwość dotyczy braku ujawnienia tej informacji w instrukcji obsługi.

Podniósł, że na wezwanie do uzupełnienia informacji o potwierdzenie tego parametru, złożył oświadczenie producenta, którego wartość merytoryczna oraz walor informacyjny nie został zakwestionowany.

Zdaniem odwołującego zamawiający, odrzucając jego ofertę naruszył nadto przepis art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem w sposób zupełnie odmienny potraktował ofertę wybranego wykonawcy Drager, który został również wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a który wskazał: „Zamawiający w odpowiedziach z dn. 27.08.2015 r. nie wskazał żadnego

KIO2774/15 7

punktu, w którym należy potwierdzić spełnienie tego parametru. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania minimalnych parametrów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, a jeżeli wprowadza nowy parametr to jego obowiązkiem jest przedstawienie w którym miejscu należy go opisać tak, aby Wykonawca mógł potwierdzić zaofertowany parametr. Zamawiający wprowadzając nowy parametr nie podał żadnego miejsca lub punktu w którym można byłoby potwierdzić ten parametr. Zaofertowany przez firmę Drager Polska Sp.z.o.o. respirator jest urządzeniem, które będzie można w przyszłości rozbudować o moduł oscylatora membranowego poprzez dodanie do respiratora modułu Fabian, który spełnia wymaganą przez Zamawiającego funkcję oscylatora membranowego..

Odwołujący podniósł, że ani w dokumentach potwierdzających parametry techniczne załączonych do oferty, ani też w dokumentacji dostarczanej na skutek wezwania wykonawca Drager nie potwierdził istnienia tej funkcjonalności, nie załączył również żadnego innego dokumentu stwierdzającego istnienie parametru, poza informacją zawartą w cytowanym wyjaśnieniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Drager, a w konsekwencji dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem prawa odwołujący wskazał, że oferta firmy Drager nie spełniała wymogów określonych w punkcie 31 OPZ „Pomiar końcowo wydechowy CO₂ w respiratorze”.

Podniósł, że w punkcie 31 OPZ firma Drager potwierdziła słowem *NIE* brak zaofertowania *Pomiaru końcowo wydechowego CO₂ w respiratorze*.

Wskazał, że wykonawca Drager zasugerował w swojej ofercie, iż zamawiający w odpowiedziach z 25.08 2015 r. dopuścił respirator bez pomiaru CO₂.

Zdaniem odwołującego takie oświadczenie wykonawcy winno co najmniej zostać wyjaśnione przez zamawiającego z żądaniem potwierdzenia posiadania pomiaru wydechowego CO₂ w respiratorze, lub posiadania funkcji SpO₂ z możliwością pracy w pętli sprzężenia zwrotnego – wskazał, że w odniesieniu do pkt. 31 dla części 3 zamówienia w trakcie postępowania były zadawane pytania:

nr 49: „Czy Zamawiający dopuści respirator bez pomiaru CO₂ posiadający funkcję pomiaru

SpO2 z możliwością pracy w pętli sprzężenia zwrotnego?

nr 86: „Czy Zamawiający wymaga aby wyniki pomiaru końcowo wydechowego CO2 w respiratorze były przedstawione w formie cyfrowej i graficznej na ekranie respiratora?”, na które zamawiający odpowiedział odpowiednio: „Zamawiający dopuszcza” oraz „Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga.

Uznał, że z udzielonych odpowiedzi wynika, że respirator musi posiadać jedno z dwu rozwiązań: pomiar wydechowy CO2 albo funkcję pomiaru SpO2 z możliwością pracy w pętli sprzężenia zwrotnego.

KIO 2774/15 8

Odwołujący wskazał, że wszyscy wykonawcy, poza Drager, zrozumieli stanowisko co do wymogu pkt. 31: respirator posiadający funkcję pomiaru SpO2 z możliwością pracy w pętli sprzężenia zwrotnego zamiast pomiaru końcowo wydechowego CO2 zaoferowała firma Diagnos, zarówno firma Biameditek, jak i firma Maquet potwierdziła zaoferowanie w punkcie 31 respiratora z funkcją pomiaru końcowo wydechowego CO2, gdyż był to parametr wymagany.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nigdy nie dopuścił respiratora bez tej funkcji, zaś wykonawca Drager, jako jedyny, zaoferował urządzenie, które nie posiada żadnej z tych funkcji.

Podsumował, że zamawiający, pomimo jasnej deklaracji o braku spełnienia wymogu, nie zweryfikował w sposób należyty posiadanych funkcjonalności w ofercie wybranego wykonawcy, co oznacza, że zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej wybrał ofertę, która nie spełnia wymagań, a nadto odrzucając ofertę odwołującego naruszył przepisy ustawy i zasady prowadzenia postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 grudnia 2015 r., Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 4 stycznia 2015 r.), a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 14 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Dräger Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia zamawiający podał:

„- w zakresie dot. pkt. 41 OPZ: „brak potwierdzenia wymaganej czułości triggera oraz potwierdzenia oferowania respiratora z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH2O zamiast wymogu opisanego w punkcie 41, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 25.08.2015 r. do tego punktu. Zamawiający wymagał w pkt 41 załącznika nr 5 do SIWZ, żeby oferowany respirator

KIO 2774/15 9

posiadał wyzwalanie oddechu, czułość przepływową z automatyczną adaptacją do występujących przecieków: minimalny zakres czułości triggera: 0,3 l/min – 5,0 L/min (podać). Wykonawca w uzupełnieniu oferty nie potwierdził wymaganej czułości triggera wyrażonej w jednostce: l/min.

- brak potwierdzenia w instrukcji obsługi, że oferowany respirator daje możliwość późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 27.08.2015 r.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Chociaż w toku rozprawy poruszana była kwestia niejasności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, to zarzut taki nie został postawiony w dowołaniu.

Odwołujący kwestionował „jedynie”, że zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, ponieważ „uzasadnienie *faktyczne odwołuje się do innej treści siwz niż ta która jest w niniejszym postępowaniu*”. W konsekwencji odwołujący uznał, że „*wadliwie podana podstawa faktyczna uniemożliwia właściwe skorzystanie z prawa do ochrony interesów w związku z odrzuceniem Naszej oferty*”.

Innymi słowy, odwołujący kwestionował w istocie nie brak uzasadnienia, ale wadliwość czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołanie się przez zamawiającego do innej treści SIWZ niż ta, która „obowiązywała” w przedmiotowym postępowaniu (w tym z uwzględnieniem odpowiedzi na zapytania wykonawców) stanowiło uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego – z jego zrozumieniem odwołujący nie miał problemów.

Jednocześnie uzasadnienie takie nie uniemożliwiło skorzystanie przez odwołującego ze środków ochrony prawnej – w takim przypadku wystarczającym było wykazanie w odwołaniu treści obowiązującej w danym postępowaniu SIWZ, co w konsekwencji oznacza brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego – nie można bowiem z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucić oferty jakiegokolwiek wykonawcy z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ inną niż obowiązująca w danym postępowaniu (na podstawie, które wykonawcy opracowywali swoje oferty).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

KIO 2774/15 10

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w z związku z odrzuceniem oferty odwołującego potwierdził się. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Dräger na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby, w odniesieniu do wymogu dotyczącego wyzwalania oddechu i czułości triggera oraz w odniesieniu do wymogu, aby respirator dawał możliwość późniejszej rozbudowy ustalił, co następuje.

W stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ *Opisie przedmiotu zamówienia dla części 3 zamówienia (respirator noworodkowy – 11 kpl.)* zamawiający w pkt. 41 wprowadził – w kolumnie „Parametry *regulowane*” – następujący wymóg: „*Wyzwalanie oddechu, czułość przepływowa z automatyczną adaptacją do występujących przecieków: minimalny zakres czułości triggera: 0,3 l/min – 5,0 L/min (podać)*”.

W SIWZ zamawiający nie ujął wymogu, aby respirator dawał możliwość późniejszej rozbudowy.

W toku postępowania, przy piśmie z dnia 13 sierpnia 2015 r., na pytanie nr 15 o treści: „*Czy Zamawiający dopuści do przetargu respirator z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH2O zamiast wymogu opisanego w punkcie 41 ?*” zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „*Zamawiający dopuszcza respirator z wyzwalaniem przepływowym oraz ciśnieniowym lub objętościowym*”.

Przy piśmie z dnia 25 sierpnia 2015 r., na pytanie nr 55 o treści: „*Czy Zamawiający dopuści respirator z funkcją triggera w zakresie 0.1 do 1 l/min w trybie przepływowym oraz 5 – 30 % VTi w trybie wyzwalania objętościowego ?*” zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „*Zamawiający dopuszcza*”.

Z powołaniem się na przepis art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający – w piśmie z dnia 27 sierpnia 2015 r., na pytanie: „*Czy Zamawiający wymaga aby respirator dawał możliwość późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego ?*” odpowiedział: „*Zamawiający wymaga*”.

Na rozprawie zamawiający wskazał – co do obowiązku potwierdzenia możliwości późniejszej rozbudowy respiratora – na oświadczenie znajdujące się pod tabelą załącznika nr 9 do SIWZ, stanowiącego specyfikację techniczną oferowanych urządzeń.

KIO 2774/15 11

Powołane przez zamawiającego oświadczenie brzmi następująco: „Oświadczamy, że oferowane urządzenie spełnia wymagania techniczne, zawarte w SIWZ, jest kompletne, fabrycznie nowe i będzie gotowe do użytku bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji (poza materiałami eksploatacyjnymi)”.

Odwołujący, złożył w swojej ofercie (str. 17) oświadczenie w zacytowanym powyżej brzmieniu, zaś w odniesieniu do pkt. 41, w kolumnie: *Odpowiedź Wykonawcy / nr strony w materiałach informacyjnych* oświadczył: „Tak, Respirator z wyzwaniem przepływowym oraz ciśnieniowym str. 59 Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 13.08.2015”.

Pismem z dnia 30 października 2015 r., zamawiający – z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do pkt. 41 – zamawiający stwierdził: „brak potwierdzenia wymaganej czułości triggera oraz potwierdzenia oferowania respiratora z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH₂O zamiast wymogu opisanego w punkcie 41, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 25.08.2015 r. do tego punktu”.

Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy zaproponowane urządzenie posiada powyższy parametr.

Odpowiadając na wątpliwości zamawiającego, pismem z dnia 5 listopada 2015 r., odwołujący oświadczył: „Niniejszym wyjaśniamy, iż respirator SERVO-i zaofertowany w niniejszym postępowaniu spełnia punkt 41 OPZ tak jak to zostało przez nas potwierdzone w ofercie czyli, że respirator posiada wyzwanie przepływowe oraz ciśnieniowe co zostało dopuszczone przez Zamawiającego w odpowiedziach z dnia 13.08.2015 (pytanie 15). W odpowiedziach z dnia 13.08.2015 jak również w odpowiedziach z dnia 25.08.2015 Zamawiający nie wskazał, że respirator ma posiadać czułość przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH₂O zamiast wymogu opisanego pierwotnie w punkcie 41. Pomimo tego załączamy wyciąg z instrukcji obsługi wskazujący na posiadanie przez respirator SERVO-i czułości przepływowej z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH₂O. Na dowód załączamy wyciąg z instrukcji obsługi opisujący omawiany parametr”.

KIO 2774/15 12

Pismem z dnia 14 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Drager Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia zamawiający podał:

„- w zakresie dot. pkt. 41 OPZ: „brak potwierdzenia wymaganej czułości triggera oraz potwierdzenia oferowania respiratora z czułością przepływową z zakresem czułości triggera regulowanym od 0 do 100% przepływu bazowego (0,5 l/min) oraz wyposażonego w czułość ciśnieniową z zakresem czułości triggera od 0 do -20 cmH₂O zamiast wymogu opisanego w punkcie 41, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 25.08.2015 r. do tego punktu. Zamawiający wymagał w pkt 41 załącznika nr 5 do SIWZ, żeby oferowany respirator posiadał wyzwanie oddechu, czułość przepływową z automatyczną adaptacją do występujących przecieków: minimalny zakres czułości triggera: 0,3 l/min – 5,0 L/min (podać). Wykonawca w uzupełnieniu oferty nie potwierdził wymaganej czułości triggera wyrażonej w jednostce: l/min.
- brak potwierdzenia w instrukcji obsługi, że oferowany respirator daje możliwość późniejszej

rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 27.08.2015 r.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, choć pierwotnie w SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia pkt 41) wskazał żadaną czułość triggera, to ostatecznie – poprzez odpowiedzi na zapytania wykonawców – zrezygnował z żądania triggera o konkretnej czułości.

Nadto skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie żądał od wykonawców potwierdzenia, poprzez treść załączanych do ofert materiałów, tj. prospektów, folderów lub broszur (zgodnie z rozdziałem VI pkt 11 ppkt 2 SIWZ), że oferowany respirator daje możliwość późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający zrezygnował z pierwotnego wymogu, ponieważ dopuścił rozwiązanie, które – co jasno wynikało z treści pytania – zastępowało rozwiązanie dotychczasowe. Przesądza o tym użycie przez wykonawcę w pytaniu wyrazu: „zamiast” oraz brak sprecyzowania przez zamawiającego w odpowiedzi jakichkolwiek parametrów w zakresie czułości triggera. W konsekwencji przyjmując należy, że zamawiający w dacie 13 sierpnia 2015 r. dopuścił respiratory

KIO2774/15 13

noworodkowe z wyzwalaniem przepływowym oraz ciśnieniowym lub objętościowym, dla których nie narzucił żadnego zakresu czułości triggera.

W ocenie składu orzekającego Izby treść pytania nr 55 świadczyć może, co najwyżej, o sposobie rozumienia postanowień SIWZ przez zadającego pytanie wykonawcę, tj. iż wykonawca przyjął, że nawet po udzieleniu przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 15 istnieje obowiązek zaoferowania respiratora z czułością triggera o wskazanym przez zamawiającego przedziale (stąd pytanie dotyczące innego zakresu – przedziału czułości), co z powodu wskazanego powyżej było błędne.

Udzielona na pytanie nr 55 odpowiedź zamawiającego w żaden sposób nie zmieniła wymagań zamawiającego – zamawiający w dacie 13 sierpnia 2015 r. dopuścił, a w dacie 25 sierpnia 2015 r. utrzymał możliwość zaoferowania respiratorów noworodkowych z wyzwalaniem przepływowym oraz ciśnieniowym lub objętościowym.

Skład orzekający Izby w pełni respektuje prawo zamawiającego do „zapewnienia sprzętu najwyższej jakości, nowoczesnego, o parametrach technicznych odpowiadających potrzebom najmłodszych pacjentów i pozwalającego na spełnienie nie tylko dzisiejszych standardów opieki, ale również możliwego do rozwijania i rozszerzania możliwości terapeutycznych” z tym jedynie, wynikającym z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zastrzeżeniem, że zamawiający, realizując przyjęte cele, musi w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń opisać przedmiot zamówienia.

W świetle treści udzielanych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania (nr 15 i nr 55) nie można uznać, że intencja zamawiającego zachowania wymogu w zakresie czułości triggera została przez niego (w sposób jednoznaczny) wyartykułowana.

W odniesieniu do wymogu późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego podkreślenia wymaga, że oferty – zgodnie powodem odrzucenia odwołującego z uzasadnieniem faktycznym, zawartym w piśmie z dnia 14 grudnia 2015 r. nie było to, że zaoferowany przez odwołującego respirator nie daje możliwości późniejszej rozbudowy o moduł do wentylacji wysokoczęstotliwościowej HFO realizowanej z użyciem oscylatora membranowego, ale to, że możliwość ta nie została potwierdzona w złożonej przez odwołującego instrukcji obsługi – przesądza o tym stwierdzenie zamawiającego: „*brak potwierdzenia w instrukcji obsługi, że oferowany respirator (...)*”.

Podnieść jednocześnie należy, że pierwotne postanowienia SIWZ w ogóle nie

zawierały wymogu dotyczącego możliwości późniejszej rozbudowy, zaś wprowadzeniu tego

KIO2774/15 14

wymogu przez zamawiającego w piśmie z dnia 27 sierpnia 2015 r., w związku z zapytaniem jednego z wykonawców (pytanie nr 1), nie towarzyszyło postawienie jakichkolwiek oczekiwań w zakresie sposobu potwierdzenia przez wykonawców tego nowego wymogu. Prowadzić to musi do wniosku, że żadnego obowiązku w tym zakresie zamawiający na wykonawców nie nałożył.

Wobec powyższego uznać należało, że odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego z powodu braku potwierdzenia w instrukcji obsługi, że zaoferowany przez odwołującego respirator daje możliwość późniejszej rozbudowy respiratora było bezpodstawne.

Dostrzeżenia także wymaga, że oświadczenie, którego wskazał zamawiający na rozprawie jako to, które stanowić miało potwierdzenie wymogu w zakresie rozbudowy (pod tabelą załącznika nr 9) zostało przez odwołującego złożone (stanowiło część opracowanego przez zamawiającego wzoru załącznika nr 9 do SIWZ).

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska przystępującego zaprezentowanego na rozprawie, że obowiązek potwierdzenia wymogu w zakresie możliwości rozbudowy respiratora wiązać należało z tym, że zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców poprzedził je informacją, że dotyczą one Załącznika nr 9 do SIWZ – Specyfikacji Technicznej Oferowanych urządzeń, wszystkie zaś parametry wskazywane w tym załączniku (tożsamym z załącznikiem nr 5 do SIWZ), należało potwierdzić – zgodnie z postanowieniem rozdziału VI pkt 11 ppkt 2 SIWZ SIWZ – w załączanych do oferty (na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ) prospektach, folderach lub broszurach. Jest to wniosek zbyt daleko idący, który opiera się na niedopuszczalnym w ocenie składu orzekającego Izby założeniu, że zamawiający zwolniony jest z obowiązku jednoznacznego formułowania swoich oczekiwań, w szczególności tych, które skutkują eliminacją oferty danego wykonawcy i unicestwiają cel jej złożenia, tj. uzyskania zamówienia.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut odrzucenia oferty odwołującego na postawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp się potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ stanął na stanowisku, że w tym przypadku odwołujący nie poniósł oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp – poza sporem był fakt, że oferta odwołującego w części 3 jest, w świetle przyjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryteriów oceny ofert (rozdział XIII SIWZ) ofertą najkorzystniejszą, stąd niezbędnym, ale i wystarczającym dla ochrony interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia jest podniesienie zarzutów zmierzających do

KIO2774/15 15

przywrócenia oferty odwołującego, tj. uznania, że nie istnieją powody do jej odrzucenia wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 14 grudnia 2015 r.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie oraz w tym uczciwej konkurencji równe traktowanie wykonawców, w szczególności w związku z odrzuceniem oferty odwołującego oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3 niniejszego zamówienia częściowo się potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego oraz faktu, że oferta odwołującego, w świetle przyjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryteriów oceny ofert (rozdział XIII SIWZ), jest ofertą najkorzystniejszą, skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przez

zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (co do odrzucenia oferty odwołującego) oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

KIO2774/15 16

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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).

Przewodniczący:

KIO2774/15 17