

WYROK
z dnia 9 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2015 r. przez **wykonawcę SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, ul. Korczyńska 57**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie, ul. Korczyńska 57** kwotę 3 600zł 00gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.

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 w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku II zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2015r. za numerem 2015/S 073-128711.

W dniu 18 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym w zakresie pakietu 2 o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Białmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Piskiej, ul. Konopnickiej 11a (dalej Białmed), na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Medica spółka jawna z siedzibą w Lublinie, ul. Przemysława 4a (dalej Medica), na trzecim oferta wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Medycznego CEZAL Spółka Akcyjna Wrocław Oddział Kraków z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 117 (dalej Cezal), na ostatnim czwartym miejscu znalazł się wykonawca Skamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52 (dalej odwołujący).

W dniu 29 czerwca 2015r. drogą elektroniczną wniósł odwołanie odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym prezesa zarządu ujawnionego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, będącej komplementariuszem w spółce komandytowej w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zgodnie z odpisami z KRS załączonymi do odwołania. Kopia odwołania została przekazana drogą elektroniczną w dniu 29 czerwca 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia w zakresie pakietu nr 2

wykonawców Bialmed, Medica i Cezak i zaniechanie odrzucenia ich ofert, oraz niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty Bialmed jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy), art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy, przez co naruszony został interes prawny odwołującego, gdyż w jego ocenie pozbawiono go w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a którego oferta złożona w postępowaniu przetargowym, w zakresie pakietu Nr 2, jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w siwz postępowania kryteriami oceny ofert i została ważnie złożona, a odwołujący nie podlega wykluczeniu.

2

Odwołujący wniósł o:

1. uznania odwołania za zasadne.

2. nakazanie zamawiającemu;

a/ dokonania unieważnienia czynności wyboru, w zakresie pakietu Nr 2, jako oferty najkorzystniejszej, oferty firmy Bialmed,

b/ dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia jak i odrzucenia, w zakresie pakietu Nr 2, w oparciu o przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy, ofert złożonych przez firmy: Bialmed, Medica i Cezal

c/ dokonania, w zakresie pakietu Nr 2 powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami określonymi w siwz i przepisami ustawy.

Odwołujący podniósł, że w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jak i treści przedstawionych w trybie i na zasadach z art. 38 ust. 1 ustawy odpowiedzi (vide odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ z dnia 07.05.2015 r. - odpowiedź na pytanie Nr 13), zamawiający wymagał aby oferowane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, w zakresie pozycji 7 i 10 pakietu nr 2 były „kompatybilne” z posiadanymi przez niego urządzeniami (pompy infuzyjne) tj.: Fresenius-AGILA; Fresenius-PILOT A2; ASCOR-AP 22; Braun- 8713080; prod. Litwa -SEP21; Asena-Alaris, Medima S. Zgodnie z definicją słowa „kompatybilny” zawartą w Słowniku Języka Polskiego (wersja internetowa PWN): „kompatybilny” to:

1. «o komputerze, drukarce, karcie graficznej lub muzycznej itp.: mogący działać łącznie z innymi urządzeniami tego typu»

2, «odpowiadający czemuś lub przystosowany do czegoś pod każdym względem».

Przy przedmiocie zamówienia jakim są w przedmiotowej sprawie „wyroby medyczne” mające bezpośredni kontakt z organizmem pacjenta, oddziałujące na stan jego zdrowia, nie można zdaniem odwołującego tu mówić jedynie o pojęciu „kompatybilności” w sensie „technicznym” ale powinno odnosić się również do sfery medycznej współpracujących z sobą poszczególnych części tych wyrobów gdyż chodzi tu nie tylko o dostosowanie techniczne w/w „urządzeń” ale przede wszystkim o zachowanie bezpieczeństwa pacjenta w związku ze „współpracą” obu składających się na system (pompa + strzykawka) wyrobów.

Tymczasem firmy: Bialmed, Medica oraz Cezal zaoferowały w zakresie pakietu Nr 2 w pozycji 7 i 10 strzykawki firmy Margomed, numer katalogowy 007111 1 007121, które nie spełniają owego wymogów „kompatybilności” w zakresie poświadczenia zgodności medycznej oferowanych strzykawek z posiadanymi przez zamawiającego pompami.

Powszechną bowiem według odwołującego praktyką na rynku wyrobów medycznych jest, że producent pomp Infuzyjnych, mając na względzie bezpieczeństwo pacjentów jak i ochronę przed odpowiedzialnością prawną np. w zakresie odszkodowań za wystąpienie zdarzeń

3

medycznych ustala w instrukcji obsługi i użytkowania produkowanych przez siebie lub wprowadzanych do obrotu na terytorium RP pomp, jakie rodzaje strzykawek (wskazanych z nazwy własnej ich producenta) powinny prawidłowo współpracować z danym typem pompy.

Jednocześnie, podczas testów producent - celem właściwego działania pompy - wprowadza do niej odpowiednie oprogramowanie do poszczególnych typów strzykawek. Jedynie strzykawki przebadane w taki sposób i wskazane przez producenta lub tzw. podmiot odpowiedzialny zdaniem odwołującego gwarantują odpowiednie współdziałanie danej strzykawki z daną pompą.

Skoro producent w instrukcji obsługi i w menu pompy dokładnie wskazał jakie strzykawki winny być stosowane do oferowanej przez niego na rynku pompy infuzyjnej (lista zamknięta), to zastosowanie innych strzykawek, nieprzetestowanych przez producenta pompy, może skutkować niepoprawnym działaniem pompy. np. błędem infuzji co wiąże się z tym, że lek znajdujący się w strzykawce podłączonej do pompy infuzyjnej może być podany ze złą szybkości, tj. bądź zbyt wolno, bądź zbyt szybko, co może zagrażać zdrowiu a nawet życiu pacjenta.

Nie bez znaczenia jest według odwołującego też to, że nieprawidłowe działanie pomp z powodu braku pełnej kompatybilności strzykawki oraz braku odpowiedniego programu przewidzianego dla tej strzykawki może również skutkować powstaniem incydentu medycznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 7 tej ustawy przez „incydent medyczny” rozumie się każde wadliwe działanie wyrobu medycznego, które mogą lub mogły bezpośrednio lub pośrednio doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, użytkownika lub osoby trzeciej. W takiej sytuacji zamawiający nie tylko byłby obwiniony o nieprzestrzeganie obowiązującego go prawa ale i narażał się na związane z tym konsekwencje finansowe (odszkodowania).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych "Wyrób powinien być właściwie dostarczony, prawidłowo zainstalowany i utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji „używania” Wobec powyższego, zamawiający używając sformułowania/wymogu „kompatybilne” miał prawny obowiązek ścisłego przestrzegania wskazań i zaleceń producenta wynikających z instrukcji obsługi pomp infuzyjnych będących na jego stanie, tj. obowiązek stosowania do tych pompy infuzyjnej tylko takich strzykawek jakie producenta wskazał instrukcji obsługi, a biorąc po uwagę zapisy siwz (w tym również po ich doprecyzowaniu poprzez odpowiedzi na pytania wykonawców), i jakie są rozpoznawalne przez wymienione pompy i wyświetlane w ich menu.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zauważył, że w świetle wskazanych w uzasadnieniu odwołania faktów oraz przepisów powszechnie obowiązującego prawa brak jest podstaw do

4

twierdzenia (również w treści ofert firm: Bialmed, Medica oraz Cezal), że oferowane przez te firmy w zakresie pakietu Nr 2 poz. 7 i 10, strzykawki do posiadanych przez zamawiającego pomp infuzyjnych spełniają jego szczegółowe wymagania, co do ich „kompatybilności” z posiadanymi przez jednostkę zamawiającego pompami infuzyjnymi.

W dniu 29 czerwca 2015r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 9 lipca 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania w wysokości wykazanej fakturą VAT. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Bialmed, Medica i Cezal pomimo złożenia przez nich nieprawdziwych informacji, to zamawiający wskazał na przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, które muszą zaistnieć łącznie, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie i stwierdził, że nie uzyskał potwierdzonej informacji, że oferty posiadają nieprawdziwe informacje, co więcej nie miał wątpliwości, co do zgodności zaoferowanych strzykawek. Odwołujący pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodowego tych okoliczności nie wykazał. Ponadto teza odwołującego, że strzykawki Margomed nr katalogowy 007111 i 007121 nie są kompatybilne z pompami infuzyjnymi posiadanymi przez zamawiającego jest nietrafna. Zamawiający w większości posiada pompy infuzyjne firmy Fresenius Kabi rodziny Agilia i zgodnie z oświadczeniem z dnia 6 lipca 2015r. firmy Fresenius Kabi polska sp. z o.o. autoryzowanego przedstawiciela Fresenius Kabi AG i Fresenius Vial SAS na Polskę, strzykawki Margomed o objętości 50ml posiadają zaimplementowane krzywe kalibracji w odniesieniu do pomp infuzyjnych z rodziny Agilia, na dowód czego zamawiający powołał oświadczenie Fresenius Kabi Polska sp. z o.o.

z 6 lipca 2015r. Ponadto pompy Fresenius – Agila, Medima S zawierają w menu wprowadzoną strzykawkę Margomed 50, pozostałe pompy infuzyjne Fresenius – Pilot A2, ASCOR-AP 22, BRAUN-8713080 prod. Litwa – SEP21, Asena – Alaris współpracowały ze strzykawkami o pojemności 50ml oferowanymi przez innych wykonawców w poprzednich postępowaniach np. strzykawki Polfa Lublin 50 ml lub ich zamiennikami, które oferował odwołujący w analogicznym postępowaniu. Doświadczenie zamawiającego oraz ilości zużywanych strzykawek wskazują, że sprzęt jest całkowicie kompatybilny z posiadanym przez zamawiającego, strzykawki posiadają znak CE, a także zostały wyprodukowane z zachowaniem norm obowiązujących przy produkcji takiego asortymentu. Każda pompa infuzyjna posiadana przez zamawiającego posiada system alarmowania, gdy dochodzi do nieprawidłowego działania pomp załącza się alarm, a jeżeli dochodzi do problemów z podawaniem leku dochodzi do wydania następujących komunikatów: 5 min do końca, brak strzykawki, unieruchomiona infuzja, pusta strzykawka, koniec infuzji, słaby akumulator, brak

5

zasilania, uszkodzona pompa. Zatem jeśli zastosowane strzykawki byłyby niezgodne, wadliwe, niekompatybilne, pompa infuzyjna wydałaby stosowny komunikat o popełnieniu błędu. Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu wymagał próbek, aby wyeliminować te sprzęty, które uniemożliwiłyby prawidłowe funkcjonowanie posiadanej przez zamawiającego aparatury. Nadto zamawiający posiadał już wcześniej strzykawki Margomed o objętości 50ml, z którymi nie było żadnych problemów, nie było też błędów przy testowaniu sprzętu, dlatego zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że zaoferowany sprzęt jest niezgodny z wymaganiami siwz. Jako dowód zamawiający powołał umowę nr EZ/215/30/2011 z dnia 29 kwietnia 2011r. Wskazał, że przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy muszą być udowodnione i zachodzą tylko, gdy zostanie wykazane umyślne przekazanie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd co do faktów i mające na celu wyrzucić wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, że informacje nieprawdziwe to informacje błędne, mylne, nieprzystające do rzeczywistości, nieoddające rzeczywistego stanu rzeczy. Pojęcie nieprawdziwych informacji należy w ocenie zamawiającego rozpatrywać tylko przez pryzmat oświadczeń wiedzy, a nie woli, gdyż oświadczenie woli nie może być rozpatrywane w obiektywnych kategoriach prawda/fałsz. W ocenie zamawiającego oświadczenie co do zgodności zaoferowanych strzykawek ze sprzętem posiadanym przez zamawiającego jest deklaracją wykonania opisanego świadczenia i jest to oświadczenie woli, a nie wiedzy, stąd nie może być rozpatrywane w kategoriach nieprawdziwej informacji. W konsekwencji zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż nie wykluczył wykonawcy Bialmed z postępowania, a zatem nie miał podstaw do zastosowania tej normy. Również zamawiający uważa, że nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż zaoferowany sprzęt odpowiadał wymaganiom siwz. Podniósł, że nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż ten przepis nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu. Dodatkowo poddał w wątpliwość wykazanie przesłanek dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy wskazując, że odwołujący nie wykazał możliwości postawienia po jego stronie szkody, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na 4 pozycji w rankingu ofert, a zatem 3 oferty zostały sklasyfikowane wyżej niż odwołujący i zostały ocenione pozytywnie, a więc nie zaszyły wobec nich podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji treści siwz wraz z załącznikami, modyfikacji treści siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień zamawiającego do treści siwz z dnia 6 maja 2015r., sprostowania treści wyjaśnień z dnia 7 maja 2015r., oferty Bialmed, oferty Medica, oferty Cezal, pisma Bialmed do zamawiającego z 2 lipca 2015r. wraz z załącznikami, oświadczenie Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z 6 lipca 2015r., umowę nr EZ/215/30/2011 z dnia 29 kwietnia 2011r., wyciągu z instrukcji obsługi pomp AP12 i 22, pisma CareFusion wraz z wyciągiem z instrukcji obsługi dotyczącym pompy Alaris, wyciągu z

6

instrukcji obsługi pompy Pilot A2, instrukcji obsługi pompy Medina S, instrukcji obsługi pompy Injectomat MC Agilia, umowy NZ/215/39/2009 II.

Izba na podstawie powyższych dowodów ustaliła, że na str. 10 w pkt 2 zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez

zamawiającego w siwz, żądał opisów (charakterystyk) zaoferowanych produktów, w szczególności w formie aktualnych katalogów (dopuszczalne było złożenie poszczególnych kart katalogowych) lub/i materiałów firmowych lub/i folderów, ulotek informacyjnych, instrukcji obsługi, przy czym należało wyraźnie zaznaczyć produkt, który jest oferowany oraz próbkę dla każdej pozycji w danym pakiecie (w ilości 1 szt. lub najmniejsze opakowanie handlowe zgodnie z wymogami załącznika 2 do siwz). Każda próbka powinna być opisana numerem pakietu i nr pozycji, której dotyczy.

W załączniku nr 2 do siwz – formularz asortymentowy w pakiecie nr 2 zamawiający w zakresie spornych pozycji 7 i 10 wymagał zaoferowania:

w poz. 7

Strzykawka trzyczęściowa 50 ml Luer Lock poj. 50(60) ml. Stożek Luer Lock , z gumowym tłoczkiem uszczelniającym, dwustronna skala pomiarowa, czterostronne podcięcie tłoczyska, czytelna i trwała skala, opakowanie jednostkowe typu blister- pack.

w poz. 10

Strzykawka bursztynowa trzyczęściowa 50 ml Luer Lock poj. 50(60) ml. Stożek Luer- Lock , z gumowym tłoczkiem uszczelniającym , dwustronna skala pomiarowa, czterostronne podcięcie tłoczyska, czytelna i trwała skala , opakowanie typu blister- pack.

W wyjaśnieniach z dnia 6 maja 2015r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi

Na pytanie 11 Pakiet nr 2, poz. 7, 10 o treści „Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie strzykawek 50(60) ml produkcji firmy Becton Dickinson wyposażonych w jednostronną skalę pomiarową. Pragniemy podkreślić, iż nie ma żadnych przesłanek klinicznych uzasadniających zastosowanie w strzykawkach powyższych rozwiązań. Norma PN-EN ISO 7886-2 dotycząca strzykawek do pomp infuzyjnych nie narzuca obowiązku posiadania przez strzykawkę przeznaczone do pomp infuzyjnych obustronnej skali.”, zamawiający odpowiedział, że dopuszcza powyższe.

Na pytanie 12 o treści „Prosimy Zamawiającego o podanie jakie pompy infuzyjne, jakich producentów posiada Zamawiający w celu zachowania kompatybilności strzykawek.”, zamawiający odpowiedział „Fresenius-AGILA; Fresenius-PILOT A 2; ASCOR-AP 22; BRAUN-8713080; prod. LITWA- SEP21; ASENS- ALARIS, MEDIMA S.”

Na pytanie 13 o treści „Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy strzykawki powinny być wymienione w menu pomp infuzyjnych stosowanych przez Zamawiającego w celu zachowania kompatybilności strzykawek? Informujemy, że każdy producent pompy wskazuje

7

jakie strzykawki jakich producentów winny być stosowane, poprzez umieszczenie ich w menu pompy.”, zamawiający odpowiedział, że strzykawki powinny być w menu pompy.

Na pytanie 20 dot. pakietu 2 poz. 7 o treści „Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie strzykawek 50ml wyposażonych jednostronną skalę pomiarową bez czterostronnego podcięcia tłoczyska. Pragniemy podkreślić, iż nie ma żadnych przesłanek klinicznych uzasadniających zastosowanie w strzykawkach powyższych rozwiązań. Norma PN-EN ISO 7886-2 dotycząca strzykawek do pomp infuzyjnych nie narzuca obowiązku posiadania przez strzykawkę przeznaczone do pomp infuzyjnych obustronnej skali.”, zamawiający odpowiedział, że zgodnie z siwz.

Na pytanie 21 dot. pakietu 2 poz. 8 o treści „Czy Zamawiający wymaga zaoferowania strzykawek wyposażonych w dwustronna skala pomiarowa, czterostronne podcięcie tłoczyska analogicznie tj. w poz. 7, 10?”, zamawiający odpowiedział, że zgodnie z siwz.

Na pytanie 23 dot. pakietu 2 poz. 10 o treści „Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie strzykawek 50ml wyposażonych jednostronną skalę pomiarową bez czterostronnego podcięcia tłoczyska. Pragniemy podkreślić, iż nie ma żadnych przesłanek klinicznych uzasadniających zastosowanie w strzykawkach powyższych rozwiązań. Norma PN-EN ISO 7886-2 dotycząca strzykawek do pomp infuzyjnych nie narzuca obowiązku posiadania przez strzykawkę przeznaczone do pomp infuzyjnych obustronnej skali.”, zamawiający odpowiedział, że zgodnie z siwz.

W sprostowaniu udzielonych odpowiedzi w dniu 7 maja 2015r. zamawiający wyjaśnił, że na pytanie 13 o treści „Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie, czy strzykawki powinny być wymienione w menu pomp infuzyjnych stosowanych przez Zamawiającego w celu zachowania kompatybilności strzykawek? Informujemy, że każdy producent pompy wskazuje jakie strzykawki jakich producentów winny być stosowane, poprzez umieszczenie ich w menu pompy.”, powinna być udzielona odpowiedź nie – „Strzykawki powinny być w menu pompy.”, ale „Strzykawki powinny być kompatybilne.”

W ofercie Bialmed na str. 9 w zakresie pakietu 2 w poz. 7 zaoferowano strzykawkę Margomed 007111, a w poz. 10 strzykawkę Margomed 007121
W ofercie Medica na str. 10 i 11 w zakresie pakietu 2 w poz. 7 zaoferowano strzykawkę Margomed 007111, a w poz. 10 strzykawkę Margomed 007121
W ofercie Cezal na str. 6 i 7 w zakresie pakietu 2 w poz. 7 zaoferowano strzykawkę Margomed 007111, a w poz. 10 strzykawkę Margomed 007121
W dniu 2 lipca 2015r. wykonawca Bialmed złożył oświadczenie, że oferowane przez niego strzykawki firmy Margomed 007111 i 007121 są kompatybilne z pompami infuzyjnymi wszystkich producentów tych urządzeń w zakresie wymienionym w normach PN-EN ISO 7886-1, PN-EN ISO 7886-2 i PN-EN 1707. Na dowód czego wykonawca przedłożył opinię

8

producenta pomp strzykawkowych firmy Ascor SA Zamawiający gdyby chciał aby oferenci zaoferowali strzykawki wpisane w menu pomp infuzyjnych, to by taki wymóg w siwz postawił. Ponieważ wykonawcy mieli załączyć próbki strzykawek, to zamawiający miał możliwość sprawdzić ich kompatybilność, ponadto wedle wiedzy Bialmed zamawiający był użytkownikiem strzykawek Margomed i może sam potwierdzić ich wartość użytkową, jako kompatybilnych z posiadanymi pompami.

Z oświadczenia firmy Margomed z dnia 25 kwietnia 2013r. wynika, że strzykawka o nr katalogowym 007 111 i 007 121 są kompatybilne z pompami infuzyjnymi wszystkich producentów tych urządzeń w zakresie określonym w normach, a komunikat identyfikujący strzykawkę w dedykowanych pompach infuzyjnych do Margomed 50, w starych typach należy stosować 50 Polfa Lublin lub 50 Braun Ominifix.

Z informacji dla użytkowników infuzyjnych pomp strzykawkowych produkcji „ASCOR” dotyczącej wprowadzenia zmian numerów katalogowych strzykawek typu Margomed 50ml z dnia 26 marca 2012r., wynika, że wszystkie wyszczególnione w tym piśmie strzykawki, w tym sporne pod względem ich cech geometrycznych i mechanicznych wykazują pełną kompatybilność mechaniczną i funkcjonalną ze wszystkimi typami pomp infuzyjnych produkcji „ASCOR”. Procedury dotyczące obsługi strzykawek pozostają bez zmian.

Z informacji dla użytkowników infuzyjnych pomp strzykawkowych produkcji „ASCOR” dotyczącej obsługi strzykawek typu „Margomed 50ml” opinia o strzykawkach producent pomp „Ascor” stwierdził w dniu 22 maja 2012r. że sporne strzykawki spełniają wymogi EN ISO 7886-2 w zakresie płynności tłoczenia, a pozostałe cechy gwarantują prawidłową współpracę z wskazanymi typami pomp infuzyjnych, zaś strzykawki Margomed 50ml zostały ocenione jako porównywalne pod względem parametrów technicznych ze strzykawką ERG 50 ml, która była uznawana za najlepszą strzykawkę produkcji krajowej, dedykowaną do pomp infuzyjnych. Ascor dopuścił do stosowania w pompach własnej produkcji również dwa nowe modele strzykawek Margomed z numerem katalogowym 007 121 i 007 122 potwierdzając z całą odpowiedzialnością pełną kompatybilność ich cech geometrycznych i mechanicznych z dotychczasowymi modelami strzykawek, jak również pełną kompatybilność mechaniczną i funkcjonalną ze wszystkimi wymienionymi w tym piśmie typami pomp strzykawkowych produkowanych przez Ascor. Analogiczne informacje wynikają z pisma Ascor z dnia 3 lutego 2014r.

Z oświadczenia firmy Fresenius Kabi Polska z dnia 6 lipca 2015r. wynika, że pompy strzykawkowe z rodziny Agilia posiadają zaimplementowane krzywe kalibracji do strzykawek poz. 47 – Margomed 50 ml. Informacja dotyczy pomp sprzedanych od początku 2013r., w przypadku starszych urządzeń może być konieczna aktualizacja oprogramowania pompy w celu prawidłowej współpracy.

9

Z załącznika nr 2 do umowy EZ/215/30/2011 z dnia 29 kwietnia 2011r. wynika, że firma Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. realizowała na rzecz zamawiającego dostawy sprzętu medycznego jednorazowego użytku w tym strzykawek Margomed 007 111 i 007 121.

Z wyciągu z instrukcji obsługi pompy strzykawkowej AP 12/22 str. 4 wynika, że do infuzji przy użyciu pomp AP 12 i AP 22 stosować można wyłącznie strzykawki wymienione przez producenta. Nieprzestrzeganie tego wymogu może skutkować zagrożeniem zdrowia lub

życia pacjenta. Wykaz dopuszczonych do stosowania strzykawek wyszczególniony jest w tabeli na str. 7 – brak w wyciągu str. 7.

Z pisma firmy CareFusion wynika, że jako producent pomp strzykawkowych IVAC i Alaris gwarantuje dokładność infuzji $\pm 2\%$ tylko dla strzykawek wymienionych w instrukcji pomp. Dla tych strzykawek gwarantuje wystąpienie ostrzeżeń o zbliżającym się końcu infuzji, końcu infuzji i końcu strzykawki we właściwym momencie. Zastosowanie strzykawek nie ujętych w instrukcji może powodować pojawienie się alarmu okluzji lub pozostawienie pewnych ilości leku w strzykawce. Z załączonego do tego oświadczenia wyciągu z instrukcji obsługi wynika, że pompa została skalibrowana i oznakowana do stosowania ze strzykawkami jednorazowego użytku typu Luer-Lock. Należy stosować wyłącznie strzykawki typów i wielkości podanych na ekranie pompy. Pełny wykaz dozwolonych modeli strzykawek zależy od wersji oprogramowania pompy. W tabeli nie wymieniono strzykawek Margomed. Z wyciągu instrukcji obsługi pompy Pilot A2 wynika, że lista podana w instrukcji jest przykładowa. Pełna lista znajduje się na pompie. Dostępne są różne typy strzykawek. Należy używać wyłącznie 3 częściowych strzykawek z listy zaprogramowanych strzykawek znajdujących się na pompie. W innym przypadku może nie być zapewniona specyfikowana dokładność i sposób działania.

Z instrukcji obsługi pompy Medima S wynika, że strzykawka Margomed 50 ml jest wymieniona na liście.

Z instrukcji obsługi pompy Injectomat MC Agilia wynika, że pompa ta oferuje listę maksymalnie 50 strzykawek różnych marek, typów i rozmiarów przy czym na liście wymieniono 30 strzykawek.

Z umowy NZ/215/39/2009 II z dnia 7 lipca 2009r. z jej załącznika nr 2 wynika, że odwołujący świadczył na rzecz zamawiającego dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku w tym marki Shandong Zibo PSM 4000-SH, która to strzykawka nie jest objęta żadną z list złożonych w toku postępowania w ramach, którejkolwiek instrukcji obsługi.

Izba ustaliła, że brak kompatybilności objawia się w sposobie pracy pompy, a nie strzykawki, wynika to wprost z oświadczenia producenta CareFusion.

Izba ustaliła, że zamawiający nie wymagał opisu parametrów pompy przy współpracy z oferowanym typem strzykawki, zamawiający wymagał wyłącznie opisu potwierdzającego

10

parametry drukarki, stąd Izba uznała, że wbrew stanowisku odwołującego nie było obowiązkiem wykonawców składanie dokumentów potwierdzających parametry pompy we współpracy z oferowaną strzykawką.

Izba oceniła dowody przedłożone przez odwołującego jako nie służące udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia:

- Wyciąg z instrukcji obsługi AP 12 i AP 22 nie zawiera strony 7, a więc nie zawiera listy strzykawek, nie może zatem służyć udowodnieniu tezy odwołującego, że dla pomp produkcji Ascor nie są kompatybilne strzykawki Margomed. Tym samym Izba dała wiarę dowodom przedłożonym przez zamawiającego załączonym do odpowiedzi na odwołanie tj. oświadczenia Margomed z dnia 25 kwietnia 2013r., informacji dla użytkowników firmy Ascor z dnia 26 marca 2012r., informacji dla użytkowników firmy Ascor z dnia 22 maja 2012r. i informacji dla użytkowników firmy Ascor z dnia 3 lutego 2014r. potwierdzających kompatybilność strzykawek Margomed 007 111 i 007121 z pompami produkcji Ascor.
- wyciąg z instrukcji pompy Alaris nie zawiera pełnego wykazu dozwolonych modeli strzykawek, a producent w instrukcji wyraźnie wskazuje, że taka pełna lista zależy od wersji oprogramowania pompy, zaś odwołujący nie wykazał, że zamawiający dysponuje wersją oprogramowania pompy Alaris, która w wykazie dozwolonych modeli nie zawiera strzykawek Margomed.

Izba uznała za wiarygodne oświadczenie producenta Fresenius Kabi, gdyż koresponduje ono z posiadaną przez zamawiającego instrukcją obsługi, która nie zawiera pełnej listy obsługiwanych strzykawek. Nadto Izba oceniła, że z przedłożonych dowodów wynika, że zmiany na liście dopuszczonych strzykawek wynikają ze zmian oprogramowania poszczególnych pomp i dodania do nich krzywych kalibracji właściwych dla danych strzykawek, zatem nawet jeśli w dacie nabycia pompy w menu pompy nie było strzykawek Margomed, to mogły się one znaleźć po dokonaniu aktualizacji oprogramowania pompy, co wprost wynika z treści oświadczenia Fresenius Kabi Polska. Izba dała wiarę dowodowi z instrukcji obsługi pompy Medima S, że pompa ta obsługuje strzykawki Margomed. Dała również wiarę dowodowi z umowy EZ/215/30/2011, jako dowodzącego faktu, że pompy

zamawiającego pracowały ze strzykawkami Margomed.

Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał, że strzykawki Margomed 007 111 i 007 121 nie są kompatybilne z pompami posiadanymi przez zamawiającego, natomiast zamawiający wykazał, że strzykawki te są kompatybilne z pompami produkcji Ascor, Fresenius i pompą Medina S, nadto że zamawiający ma wiedzę co do współpracy posiadanych pomp ze strzykawkami Margomed z uwagi na posiadanie tych strzykawek w wyniku umowy EZ/215/30/2011.

Izba zważyła, co następuje:

11

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanek materialno prawnych wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody. Odwołujący skarży wszystkie oferty przed sobą, zatem liczy na uzyskanie zysku w kalkulowanym w ofertę w przypadku uwzględnienia odwołania i uzyskania zamówienia, na które w dacie wniesienia odwołania nie miał szans.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Bialmed, Medica, Cezal i zaniechanie odrzucenia ich ofert oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bialmed.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Przepis art. 2 pkt 5 ustawy zawiera definicję najkorzystniejszej oferty przez którą należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Norma ta koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (tj. przepisem dotyczącym dozwolonego zakresu poprawy omyłek). Z uwagi na to, że odwołujący nie podnosi zaniechania poprawy kwestionowanych ofert w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie jedynie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się bezpośrednio do skutku odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką

12

ofertę. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który został wykluczony z postępowania. W świetle powyższych norm prawnych dla rozstrzygnięcia najistotniejsze w niniejszej sprawie znaczenie ma norma art. 190 ust. 1 ustawy, która nakłada na strony obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przedmiotowej sprawie odwołujący twierdził dwa fakty: Fakt pierwszy to brak kompatybilności strzykawek firmy Margomed nr katalogowy 007 111 i 007 121 z następującymi pompami „Fresenius-AGILA; Fresenius-PILOT A 2; ASCOR-AP 22; BRAUN-8713080; prod. LITWA- SEP21; ASENSA- ALARIS, MEDIMA S.” Fakt drugi to, że zaofiarowanie strzykawek firmy Margomed nr katalogowy 007 111 i 007 121

przez Bialmed, Medica i Cezal stanowi złożenie nieprawdziwej informacji, że strzykawki te są kompatybilne z pompami strzykawek firmy Margomed nr katalogowy 007 111 i 007 121. Żaden z tych faktów nie został przez odwołującego udowodniony. Przedłożone przez odwołującego dowody w postaci wyciągu z instrukcji obsługi pompy Ascor AP 12 i 22 nie zawierają wykazu obsługiwanych strzykawek, a więc nie mogą być dowodem na twierdzoną przez odwołującego tezę, ponadto teza przeciwna co do pomp Ascor została dowiedziona przez zamawiającego oświadczeniami producenta Ascor z lat 2012 i 2014. Również wyciąg z instrukcji obsługi pompy Alaris nie dowodzi tezy odwołującego, gdyż sam producent wskazuje, że lista zawarta w instrukcji jest przykładowa, a pełną listę zawiera zainstalowana wersja oprogramowania. Co do pozostałych pomp odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na poparcie swoich tez mimo ciążącego na nim obowiązku, podczas gdy zamawiający nie obciążony takim obowiązkiem wykazał, że dla pomp produkcji Fresenius i dla pompy Medina S strzykawki są kompatybilne, a dla pozostałych pomp wykazał, że jego pompy współpracowały już ze strzykawkami Margomed na podstawie umowy EZ/215/30/2011 II. W tym stanie rzeczy odwołanie należało oddalić jako nieudowodnione. Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 2 pkt 5 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

13

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu i nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocników do wysokości udowodnionej złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:

14