

WYROK

z dnia 9 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2016 r. **przez wykonawcę** ubiegającego się o udzielenie zamówienia konsorcjum: PARAMEDICA MIL-SYS J.P. Spółka jawna (Lider Konsorcjum) ul. Drewniana 9/15; 00-345 Warszawa oraz Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k. ul. Żołyń 11; 02-815 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów **przy udziale przystępującego** Medline sp. z o.o. ul. Fabryczna 17; 65-410 Zielona Góra **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego
2. kosztami postępowania obciąża Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: PARAMEDICA MIL-SYS J.P. Spółka jawna (Lider Konsorcjum) ul. Drewniana 9/15; 00-345 Warszawa oraz Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k. ul. Żołyń 11; 02-815 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów ul. Wojska Polskiego 57; 05-430 Celestynów kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie:

1

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum wykonawców: PARAMEDICA MIL-SYS J.P. Spółka jawna (Lider Konsorcjum) ul. Drewniana 9/15; 00-345 Warszawa oraz Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k. ul. Żołyń 11; 02-815 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 25 maja 2016 r. Zamawiającym jest Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie zwany dalej „zamawiającym”, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup sprzętu medycznego” oznaczony numerem sprawy: WOFiTM/32/2016/ PN.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.02.2016 r. pod nr 2016/S 040-064986.

Odwołanie dotyczy pakietu nr 9 - Respirator transportowy szt. 1 oraz pakietu nr 11 - Respirator transportowy szt. 6.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: PARAMEDICA MIL-SYS J.P. spółka jawna (Lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (Członek Konsorcjum) zwane dalej „odwołującym”.

Od odwołania uiszczono wymagany wpis w kwocie 15.000 złotych na numer rachunku Urzędu Zamówień Publicznych.

Jako podstawę wniesienia odwołania przywołano: art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, 4 i 5, art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego z dnia 17 maja 2016 r. polegającej na zaniechaniu odrzucenia ofert spółki Medline sp. z o.o. zwanej dalej „wykonawcą wybranym” lub „przystępującym”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.: 1. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego mimo, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wymaganie Lp 7. 2: WTT (Parametr wymagany „Możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej”);

3

Sygn. akt KIO 891/16

2. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnień mimo, że zamawiający dysponował dowodami na okoliczność braku zgodności oferty z treścią siwz (specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący powołuje się na okoliczność, że jest jednym z czołowych dostawców sprzętu medycznego w Polsce a w wyniku czynności zamawiającego, został pozbawiony prawa i możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony interes. W wyniku dokonanych przez zamawiającego czynności interes odwołującego doznał uszczerbku w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania złożono szereg ofert. Złożyła ją m.in. firma MEDLINE sp. z o.o. Wykonawca ten zaoferował w pakiecie nr 9 oraz w pakiecie nr 11 dostawę respiratora MEDUMAT Standard A. Urządzenie to nie spełnia parametrów granicznych określonych dla respiratorów przeznaczonych do pracy w warunkach polowych, opisanych w załączniku nr 5.10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatytułowanym „Wymagania Taktyczno-Techniczne dla respiratora transportowego do pracy w warunkach polowych”. Oferowany przez wykonawcę MEDLINE sp. z o.o. respirator MEDUMAT Standard A nie spełnia parametru opisanego przez Zamawiającego w Lp 7. 2: Parametr wymagany „Możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej”

W ofercie MEDLINE sp. z o.o. w kolumnie wartość oferowana potwierdzono spełnienie przedmiotowego wymagania, co jest nie zgodne ze stanem faktycznym. Stosownie do instrukcji obsługi respiratora MEDUMAT Standard A urządzenie nie posiada funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego cyt:

„Niezależnie od wybranego trybu sztucznego oddychania pacjent ma możliwość do wykonania oddychania spontanicznego przez zawór pacjenta między wyzwalanymi zaczerpnięciami powietrza. W tym przypadku pacjent bierze powietrze do oddychania z otoczenia”,

(Opis urządzenia i instrukcja obsługi Medumat Standard A, str. 3) a także:

Sygn. akt KIO 891/16

„Między obligatoryjnymi zaczerpnięciami powietrza aparatu pacjent ma możliwość do oddychania powietrzem z otoczenia przez zawór pacjenta”.

(Opis urządzenia i instrukcja obsługi Medumat Standard A, str. 5)

Dowód: wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Medumat Standard A

Wobec powyższego należy bezspornie stwierdzić, że oferta firmy MEDLINE sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych w WTT.

Zapis p. 7 Wymagań Taktyczno-Technicznych jednoznacznie wymaga, aby zaoferowany respirator umożliwiał wentylację zastępczą również z atmosfery toksycznej (skażonej), z pełnym odcięciem od powietrza z otoczenia, co ma podstawowe znaczenie w warunkach pola walki i ewakuacji poszkodowanego ze skażonego środowiska. Opisana w instrukcji obsługi respiratora Medumat Standard A konieczność oddychania powietrzem z otoczenia - dowodzi nie spełnienia tego punktu wymagań SIWZ i czyni to urządzenie nieprzydatne do działań w warunkach polowych.

Należy zwrócić uwagę, że w załączniku 5,10 wykonawca MEDLINE sp. z o.o. potwierdził spełnienie wymaganych parametrów technicznych oferowanego respiratora, nie podając jednocześnie wymaganych w kolumnie „Wartość oferowana” rzeczywistych wartości liczbowych takich parametrów jak np. częstość oddechów, objętość oddechu, waga. Odwołując na potwierdzenie prawdziwości swoich twierdzeń w zakresie konieczności odrzucenia oferty powołał się na treść orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r. (Sygn. akt UZP/ZO/0-1058/04), w którym stwierdzono, że: „W ocenie Zespołu Arbitrów niezgodność treści oferty należy ocenić w kategoriach oferty zdefiniowanej art. 66 kc. par. 1, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo jak pisze Jerzy Pieróg w swoim komentarzu do ustawy: „Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają postanowienia SIWZ. Odmiennność ta powinna się przede wszystkim przejawiać w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.” (J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck 2004, str. 223, teza 4). Stanowisko to znalazło akceptację w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. Sygn. akt: KIO/UZP 218/08, gdzie wyrażono pogląd, iż „(...) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w

5

Sygn. akt KIO 891/16

specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu

i Nie bez dla zaspokajającym oczekiwania interesy Zamawiającego”. znaczenia

rozpatrywanego problemu jest także treść orzeczenia KIO z dnia 6 marca 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 151/08 w którym stwierdzono „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesadza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ (...).”

Jak słusznie uznał w dniu 28 listopada 2005 r. SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 398/05 „postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte

na sztywnych regułach wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych". Tezę powyższą potwierdził i rozszerzył także SO w Gorzowie Wielkopolskim w dniu 28 września 2005 r. sygn. akt II Ca 29/05 twierdząc „ formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji. Wspomnieć także należy, o wyroku ZA z 28 stycznia 2005 r, sygn. akt UZP/ZO/0-121/05 „Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych". Powyższe, potwierdza także orzeczenie ZA z 24 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-82/05 „Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada

6

Sygn. akt KIO 891/16

opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego". Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1429/08) wskazała, iż: „Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ". Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09) wskazała także, iż: „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w SIWZ, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne; stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi jak powyżej. Do odwołania załączył jako dowody wyciągi z Instrukcji obsługi MEDUMAT Standard a część 1.2. Funkcja sztucznego oddychania w zakresie zdania „W tym przypadku pacjent bierze powietrze do oddychania z otoczenia”. 1.4. Wspomagane sztuczne oddychanie „Między obligatoryjnymi zaczerpnięciami powietrza aparatu pacjent ma możliwość do oddychania powietrzem z otoczenia przez zawór pacjenta. Dodatkowo pacjent ma możliwość wykonania oddychania spontanicznego przez zawór pacjenta między wyzwalanymi zaczerpnięciami powietrza. W tym przypadku pacjent bierze powietrze do oddychania z otoczenia.” Pismem z dnia 30 maja 2016 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany Medline sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze wskazując na interes do rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego w związku z dokonaniem wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Z kolei pismem z dnia 08.06.2016 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o oddalenie odwołania. Wyjaśnił procedurę postępowania w związku z wniesionym pismem przez odwołującego w dniu 13.04.2016 roku. W piśmie tym odwołujący kwestionował prawidłowość złożonej oferty w zakresie pakietów nr 9 i 11 obejmujących respiratory wnosząc o odrzucenie oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ. Do pisma załączył notatkę służbową komisji przetargowej z dnia 20.04.2016 roku oraz opinię Dowództwa Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych to jest tzw. Gestora. W opinii Zarządu Wojskowej Służby Zdrowia IRW DG RSZ wybrany respirator MEDUMAT STANDARD A spełnia wymagania określone w WTT w tym „możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta w warunkach atmosfery toksycznej”.

7

Sygn. akt KIO 891/16

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Odwołanie dotyczy pakietów nr 9 i nr 11 gdzie przedmiotem zamówienia są respiratory transportowe vide Ogłoszenie o zamówieniu Dz.Urz. UE z dnia 26.02.2016 roku poz. 2016/S 040 -064986.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła postępowanie dowodowe na rozprawie z dokumentów przywołanych przez strony i uczestnika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokumentów przywołanych przy pismach procesowych jak i przedłożonych na rozprawie. Dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzona za zgodność z oryginałem została doręczona przez zamawiającego i włączona do akt sprawy.

Parametry techniczne zaoferowanych respiratorów przez wykonawcę wybranego jako nie spełniające postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a w szczególności Warunków Techniczno –Taktycznych opisanych w załączniku Nr 5.1- 5.22 do SIWZ(w zależności od oferowanego asortymentu) vide strona 181 Teczki sprawy przetargowej nr 1/3 a w szczególności zał. 5.10 Wymagania Taktyczno-Techniczne dla respiratora transportowego do pracy w warunkach polowych.

W tym miejscu w poczet dowodów Odwołujący przywołuje zał. nr 5.10 - wymagania Taktyczno-Techniczne dla respiratora do pracy w warunkach polowych – pkt 7 „możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej” - str. 225 dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, teczka nr 1/3.

Przywołuje ofertę Medline (teczka 3/3, str. 81 dokumentacji, str. 10 oferty, a dokumentacji 94) – pkt 7 o treści „możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej”. Wartość oferowana w kolumnie o tej nazwie brzmi „tak”.

W tym miejscu pełnomocnicy Odwołującego oświadczają, że w SIWZ nie było wymogu dołączenia instrukcji producenta, natomiast karta katalogowa została przywołana w SIWZ - rozdz. X, pkt 7 lit. g „dołączyć dokumenty potwierdzające spełnienie oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, tj. karty katalogowe produktów umożliwiające jednoznaczną identyfikację oferowanych produktów”. Karty Katalogowe w ofercie wykonawcy wybranego znajdują się na str. 5, 5a i 5b (str. 86, 87, 88 dokumentacji,

8

Sygn. akt KIO 891/16

teczka 3/3). Po pierwsze pełnomocnik podkreśla, iż z treści tych kart katalogowych wynika, że są one wystawione przez wykonawcę wybranego, a nie przez producenta – ostatnia linijka, str. 86 dokumentacji „istnieje możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej”. Uważam, że na tej stronie mamy przepisane dosłowne wymagania Zamawiającego do karty katalogowej Przystępującego. Stwierdzam, że oceniając moc dowodową tych dokumentów jest to stanowisko prywatne w sprawie, nie jest to dokument wystawiony przez podmiot trzeci, tj. producenta.

Przywołuje nasze pismo z 13 kwietnia 2016 r. – informacja o nieprawidłowościach, które złożyliśmy do Zamawiającego znajdujące się na str. 3 do str. 6 oraz załączniki do tego pisma znajdujące się na str. od 7 do 8 (teczka 2/3 dokumentacji). W tym miejscu oświadczam, że otrzymawszy tego rodzaju zawiadomienie Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do spełnienia warunku przez oferowany respirator i zastosować art. 87 ust. 1 Pzp. W tym miejscu podkreślam, że Zamawiający wystąpił jedynie do gestora, tj. jednostki, na zlecenie której przeprowadza postępowanie, a nie do oferenta. Uważam, że jest to tzw. pytanie „sam do siebie”, nie jest to wyczerpanie procedury z art. 87 ust. 1. Problem polega na tym, że nie zadano pytania, czy pacjent może spontanicznie zaczerpnąć powietrze z otoczenia w każdym z trybów pracy urządzenia, bo jeżeli odpowiedź co do tej możliwości byłaby twierdząca, to znaczy, że urządzenie nie odpowiada wymogom taktyczno-technicznym. To urządzenie dyskwalifikuje, że pacjent może spontanicznie, tj. bez świadomej kontroli zaczerpnąć powietrza. Respirator jest urządzeniem do wymuszenia oddechu, tj. oddechu zastępczego, gdy pacjent nie oddycha. Respirator służy tylko i wyłącznie do sztucznego oddychania. W sytuacji, gdy pacjent odzyska oddech niewymuszony przez respirator, to wówczas doprowadzi do pobrania powietrza z otoczenia. W sytuacji, kiedy pacjent nie posiada własnego oddechu, to wówczas przez membranę

umiejscowioną w zaworze pacjenta podawany jest dzięki tej membranie oddech wymuszony, natomiast jeżeli pacjent zacznie samodzielnie oddychać, to wówczas pobiera powietrze z atmosfery przez membranę talerzową w ramieniu oddychania spontanicznego z powietrza otaczającego, które zakłada się, że może być w warunkach bojowych toksyczne. Respirator służy do sztucznego oddychania przez zawór pacjenta umiejscowiony w ustach - membranę wargową, dalej rura oddechowa podłączona do respiratora, który steruje podawaniem tlenu, następnie jest butla tlenowa. To, co opisaliśmy, to jest urządzenie Medumat firmy Weinmann zaoferowany przez Przystępującego. Uważamy, że urządzenie Medumat jest do innych okoliczności, kiedy otoczenie nie zawiera potwierdza toksycznego. Jest ono tańsze.

Oczywiście urządzenie, które odpowiada wymaganiom Zamawiającego, tj. do oddychania wymuszonego i samodzielnego w warunkach toksycznych musi być wyposażone w

9

Sygn. akt KIO 891/16

zastawkę na żądanie, tj. żeby sztuczny oddech i naturalny odbywał się w obiegu zamkniętym.

W tym miejscu przedkłada w 3 egzemplarzach pismo z dnia 8 czerwca 2016 r. – załącznik do protokołu rozprawy, gdzie opisuje w piśmie funkcje aparatu Medumat, które przedstawiono powyżej oraz załącza pełną instrukcję Medumat Standard A z zaznaczeniem fragmentów, które wskazują na niespełnienie wymogów Zamawiającego oraz przedkłada pismo Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego z Bydgoszczy z dnia 31 maja 2016 r. potwierdzone za zgodność z oryginałem dr nauk medycznych Przemysław Paciorek, które odnosi się do Medumat, gdzie stwierdza się, że w przypadku oddechu spontanicznego powoduje zaczerpnięcie powietrza z otoczenia, a nie z układu zamkniętego respiratora. Pytanie zostało zadane przez lidera konsorcjum drogą faksową lub mailową. Pytanie miał na celu udzielenie odpowiedzi, czy respirator Medumat Standard A umożliwia odcięcie pacjenta od atmosfery toksycznej, a jeżeli tak, to w jakich okolicznościach. Uważam, że odpowiedź jest kompleksowa, nie ma stwierdzeń otwartych, a w przypadku oddychania spontanicznego powietrze pobierane jest z otoczenia. Jest to odpowiedź praktyka, dr nauk medycznych.

Zamawiający na rozprawie podniósł, że wbrew zarzutom odwołującego, dokonał sprawdzenia zaoferowanego respiratora pobierając pełną instrukcję producenta ze strony internetowej, z którą komisja przetargowa zapoznała się i 4 osoby w komisji przetargowej nie miały wątpliwości co do tego, że oferowane urządzenie spełnia parametr możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej. Na okoliczność pracy wykonanej przez komisję przetargową sporządzono notatkę służbową z 20 kwietnia 2016 r., która załączono do odpowiedzi na odwołanie oraz znajduje się ona w dokumentacji postępowania. Do pisma nie załączyliśmy instrukcji, ale znajduje się ona również w dokumentacji. Strony potwierdzają, że bazują na tej samej instrukcji. Zamawiający podkreśla swoje stanowisko, że nie ma obowiązku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp., kiedy nie ma wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający uważa, że urządzenie spełnia wymogi z uwagi na to, że ma 2 nastawienia: Air Mix i No Air Mix. Air Mix stosujemy, gdy powietrze w otoczeniu nadaje się do oddychania i uwzględnia to, iż pacjent może samodzielnie oddychać, tj. bez sztucznego oddechu, natomiast jeżeli powietrze jest zanieczyszczone, to funkcja No Air Mix doprowadza do tego, że pacjent oddycha czystym tlenem w układzie zamkniętym i może oddychać samodzielnie. Należy uwzględnić jeszcze 2 tryby pracy, pkt 2.4 i 2.5 instrukcji. Na str. 12 instrukcji pkt 2.4 - kontrolowane sztuczne oddychanie i 2.5 wspomagane sztuczne oddychanie. W pkt 2.4 jest sytuacja, gdzie nie przewiduje się, aby pacjent samodzielnie oddychał, natomiast w pkt 2.5 wspomagane sztuczne oddychanie aparat umożliwia

10

Sygn. akt KIO 891/16

zaczerpnięcie spontanicznego oddechu z zewnątrz, ale zwraca uwagę na str. 17, przy stosowaniu w otoczeniu zatrutym lub ubogim w tlen nie wolno stosować aparatu Medumat Standard A w nastawieniu Air mix lub w trybie wspomaganego sztucznego oddychania – str. 12 pkt 2.5. Wówczas, jeżeli mamy nastawienie No air mix i tryb oddychania w pkt 2.4 to w

tym momencie mamy cały czas obieg zamknięty i warunek SIWZ jest bezsporny. Jeżeli chodzi o uwagi pełnomocnika odwołującego co do kart katalogowych, to nie było wymogu, żeby karty katalogowe były autorstwa producenta, więc mogły być sporządzone przez wykonawcę. Uważa, że art. 87 ust. 1 mógłby mieć zastosowanie, gdyby komisja miała wątpliwości. To urządzenie, wbrew twierdzeniom odwołującego, może być używane w zatrutym powietrzu, przy czym należy podkreślić, że jeżeli pacjent zacznie samodzielnie oddychać, to należy mu założyć maskę tlenową, czyli inne źródło zamkniętego, czystego powietrza.

Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego dodatkowo wyjaśniał na rozprawie. Odnosząc się do pkt 7 wymogu warunków TT nie widzimy, aby warunek ten miał być spełniony w każdych warunkach i bez jakiegokolwiek ingerencji osoby prowadzącej obsługę tego urządzenia. Stwierdzam, że warunki SIWZ wcale nie określają, że urządzenia ma być użyte w warunkach bojowych, gdzie występują jako normalne warunki zatrutego powietrza. Stwierdzam w tym miejscu, że zamawiający nie mógł mieć wątpliwości co do prawidłowości naszej oferty w kontekście złożonej przez nas oferty w stosunku do wymagań SIWZ. Odnosząc się do zarzutu, że karta nie została wytworzona przez producenta, a na str. 63 oferty odwołującego też jest dokument karta katalogowa sporządzona przez odwołującego i karta ta nie potwierdza wymaganego parametru. Z instrukcji wynika, że w przypadku No Air Mix istnieje możliwość całkowitego odcięcia od powietrza otoczenia i prowadzenia kontrolowanego. Jest to str. 17. Potwierdzam stanowisko pełnomocnika odwołującego, który stwierdził, iż w przypadku otoczenia zatrutego nie stosuje się aparatu w nastawieniu air mix, bo można zamknąć ten system i zastosować inne procedury blokujące samodzielny oddech lub, jak wskazał zamawiający, można nałożyć maskę tlenową. Aparat służy w każdych warunkach, ale przy braku samodzielnego oddechu pacjenta. W tym miejscu pan K. U. potwierdza te okoliczności. Zwraca uwagę na jednostkę zlecającą, która potwierdza, iż zaoferowany respirator odpowiada jego zapotrzebowaniu. Przedkłada oświadczenie firmy Weinmann tłumaczone notarialnie z 2 czerwca 2016 r., z którego wynika, że jak podano w naszej instrukcji, oferuje opcję No Air Mix, tzn. bez mieszania powietrza, opcja ta powinna być używana, gdy otaczająca atmosfera jest skażona lub gdy występuje w niej niskie stężenie tlenu. Podczas tej opcji urządzenie będzie zasilane czystym tlenem oraz przekazuje wydruk z tłumaczeniem instrukcji urządzenia, która wskazuje, że producent nie gwarantuje

11

Sygn. akt KIO 891/16

pełnej izolacji od powietrza zewnętrznego. Pan K. U. lekarz medycyny stwierdza, że urządzenie oferowane odpowiada postanowieniom SIWZ sprowadzającym się do możliwości izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej w układzie otwartym, przy czym, w razie konieczności korzystania z tego aparatu w warunkach zatrutych istnieje możliwość zastosowania procedur chroniących pacjenta przed zatruciem w sytuacji spontanicznego oddechu i stosowane w procedurze lekarskiej takiej jak maski tlenowe lub zwiotczenie. Uważam również, że aparat, który oferuje Paramedica też nie zapewnia pełnej ochrony. Również druga strona nie przedstawiła oferty, w której respirator będzie gwarantował ochronę pacjenta w każdych warunkach. Moje doświadczenie. Jestem praktykiem, zatrudniony okresowo jako stowarzyszony wykładowca do zakładu ochrony przez bronią masowego rażenia Akademii Obrony Narodowej. Tam dyskutowane są problemy nuklearne, biologiczne i chemiczne (tzw. NBC).

Izba uwzględniła wszystkie złożone wnioski dowodowe w sprawie, za wyjątkiem dowodu dotyczącego urządzenia, które zaoferował odwołujący, jako niesłużący do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania to jest wykraczające poza zarzuty odwołania.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe na rozprawie wykazało, że aparat Medumat Standard a oferowany przez wykonawcę wybranego to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego nie spełnia parametrów funkcjonalnych opisanych w załączniku nr 5 do SIWZ to jest zał. Nr 5.10. pkt 7 Tabeli opisującej wymagania Taktyczno – Techniczne dla

respiratora transportowego do pracy w warunkach polowych.

Sporny pkt 7 brzmi „możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej”.

Oferowany aparat co do zasady posiada tryb pracy No Air Mix czyli odcięcie od powietrza i pracy w obiegu zamkniętym. Niemniej nie zabezpiecza funkcji własnego oddechu w przypadku jego pojawienia się w obiegu zamkniętym, co oznacza, że pacjent w takiej sytuacji

12

Sygn. akt KIO 891/16

oddychać będzie powietrzem toksycznym. Na rozprawie zarówno zamawiający jak i przystępujący przyznali, że w sytuacji pojawienia się własnego oddechu u pacjenta należy go zwiotczyć aby samodzielnie nie oddychał lub zastosować maskę tlenową (To urządzenie, wbrew twierdzeniom odwołującego, może być używane w zatrutym powietrzu, przy czym należy podkreślić, że jeżeli pacjent zacznie samodzielnie oddychać, to należy mu założyć maskę tlenową, czyli inne źródło zamkniętego, czystego powietrza albo przy czym, w razie konieczności korzystania z tego aparatu w warunkach zatrutych istnieje możliwość zastosowania procedur chroniących pacjenta przez zatruciem w sytuacji spontanicznego oddechu i stosowane w procedurze lekarskiej takiej jak maski tlenowe lub zwiotczenie.). Reasumując warunek SIWZ mówi o możliwości izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej. Przy użyciu aparatu Medumat Standard a nie istnieje możliwość izolacji układu oddechowego pacjenta od atmosfery toksycznej. O tym stanowią licznie przywoływane postanowienia Instrukcji wykluczające stosowanie tego aparatu w atmosferze toksycznej. Wykonawca wybrany/ przystępujący oferując aparat założył, że pacjent nie ma prawa mieć odruchy samodzielnego oddechu. Natomiast w przypadku wystąpienia samodzielnego oddechu należy je zniwelować przez procedurę zwiotczenia czyli przywrócić do bezdechu lub założyć maskę tlenową. Reasumując skoro oferowany aparat nie ma możliwości zapewnienia spontanicznego oddechu w warunkach toksycznej atmosfery to znaczy, że nie nadaje się jako respirator transportowy do pracy w warunkach polowych w atmosferze toksycznej. W ocenie Izby mimo, że SIWZ nie mówi o założeniu, że pacjent ma prawo odzyskać pod respiratorem własny oddech to wydaje się to oczywiste, że taka sytuacja może wystąpić i Instrukcja aparatu Medumat takie sytuacje opisuje wykluczając stosowanie aparatu w atmosferze toksycznej. Wobec powyższego aparat Medumat Standard a nie spełnia wymogu pkt 7 Zał. 5.10 do SIWZ co powoduje spełnienie przesłanki z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie podziela zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.87 ust.1 ustawy Pzp., chociażby z powodu, że po stronie zamawiającego nie wystąpiły wątpliwości co do treści oferty przystępującego w sprawie.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego co do nie gwarantowania pełnej szczelności aparatu odwołującego w określonych warunkach, ponieważ wymóg SIWZ nie dotyczy stopnia szczelności w określonych warunkach tylko możliwości respiratora izolacji układu oddechowego od atmosfery toksycznej.

Również oświadczenie producenta dotyczy tylko i wyłącznie zmiany trybu pracy z Air Mix na No Air Mix a nie izolacji układu oddechowego w przypadku atmosfery toksycznej

13

Sygn. akt KIO 891/16

Reasumując aparat Medumat uniemożliwia naturalny oddech w układzie zamkniętym w przypadku atmosfery toksycznej.

W tym stanie rzeczy skoro potwierdziły się zarzuty to odwołanie na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) w związku z § 5 ust.2 pkt1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego

według przedłożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: