Sygn. akt: KIO 2552/14

WYROK
z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2014 r. przez wykonawcę DIAGNOS Sp. z o.o., ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża DIAGNOS Sp. z o.o., ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez DIAGNOS Sp. z o.o., ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od DIAGNOS Sp. z o.o., ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa na rzecz Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2552/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przetargu nieograniczonego na dostawę aparatów do znieczuleń - 3 szt., nr sprawy: DZP/309/2014.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2014 pod numerem 2014/S 197-347748.

Pismem z dnia 27 listopada 2014 r., przesłanym Odwołującemu się faksem w dniu 2 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: DIAGNOS Sp. z o.o., ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 3

grudnia 2014r.wobec niezgodnych z prawem – w jego ocenie - czynności Zamawiającego a polegających na:

wyborze w dniu 27 listopada 2014 r. w przedmiotowym postępowaniu, jako - najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz (zwanego dalej Wykonawcą),

zaniechaniu wyboru w przedmiotowym postępowaniu, jako najkorzystniejszej - oferty Odwołującego.

-

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, a mianowicie:

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty Wykonawcy, która - nie spełnia warunków określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o:

uwzględnienie odwołania, -

unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, -

nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, - odrzucenia oferty Drager Polska Sp. z o.o., wyboru w przedmiotowym postępowaniu, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W swoim odwołaniu podniósł, że firma Dräger Polska Sp. z o.o. złożyła ofertę nie spełniającą wymogów technicznych opisanych w załączniku nr 1 punkt 5 przedmiot zamówienia.

W kontekście zgłoszonego wyżej zarzutu zauważył, że w punktach od 22.1 do 22.14 Zamawiający przedstawił wymagania techniczne dotyczące pomiaru EKG w MONITORZE PACJENTA w następujący sposób:

22.1 EKG.
22.2 Możliwość ciągłej rejestracji i równoczasowej prezentacji na ekranie monitora 12 odprowadzeń EKG (I, II, III, aVL, aVR, aVF, V1-V6).
22.3 Oprogramowanie do tworzenia raportów 12 odprowadzeniowego EKG z opisem.
22.4 Pomiar częstości pracy serca w zakresie: min. 15-300 ud/min. Zakres alarmów min.: 15-300 ud./min.
22.5 Akcesoria:
22.6 przewód EKG do min. 3 odprowadzeniowego EKG -1 szt./monitor.
22.7 Analiza odcinka ST
22.8 Ciągła analiza odcinka ST.
22.9 Możliwość prezentacji analizy ST w czasie rzeczywistym, jednoczasowo (krzywe oraz wartości odcinka ST) z min. 12 odprowadzeń.
22.10 Trendy ST z min. 24 godzin.
22.11 Zmiana punktów pomiarowych odcinka ST.
22.12 Zakres pomiarowy: -15-5- (+)15mm.
22.13 Analiza arytmii.
22.14 Pełna analiza arytmii. Rozpoznawanie min. 13 rodzajów zaburzeń.

Zaznaczył również, że Analiza odcinka ST oraz analiza arytmii są parametrami wynikającymi z analizy EKG.

Wskazał przy tym, że do wyżej opisanych wymagań Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

Ad pkt. 22.2 „Zamawiający wymaga analizy 12 odprowadzeń, nie wymagamy jednoczesnej prezentacji wszystkich 12 odprowadzeń.”.

Ad pkt. 22.3 „Zamawiający dopuścił monitor pacjenta bez oprogramowania do tworzenia raportów 12 odprowadzeniowego EKG z opisem”.

Ad pkt 22.4 „Zamawiający dopuścił zakres alarmów nieco mniejszy niż zakres pomiarowy częstości akcji serca tj. 20-300 ud/min.”.

Ad pkt. 22.9 „Zamawiający dopuścił ciągłą analizą ST z 3 odprowadzeń, z możliwością późniejszej rozbudowy do 12 odprowadzeń, w razie rzeczywistej potrzeby”.

Podniósł, że firma Dräger Polska Sp. z o.o., jako monitor pacjenta zaoferowała monitor Infinity Delta i w punktach od 22.1 do 22.14 firma Drager Polska Sp. z o.o. w następujący sposób opisała oferowaną wersję monitora:

LP Parametry Oferowane

22.1 EKG TAK, EKG

22.2 Możliwość ciągłej rejestracji TAK. Możliwość ciągłej rejestracji 12
i równoczasowej prezentacji odprowadzeń EKG (I, II, UI, aVL,
na ekranie monitora 12 odprowadzeń aVR, aVF, VI-V6)
EKG (I, II, III, aVL, aVR, aVF, VI-V6).
Zamawiający wymaga analizy 12
odprowadzeń, nie wymaga jednoczesnej
prezentacji wszystkich 12 odprowadzeń.

22.3 Oprogramowanie do tworzenia raportów TAK. Monitor pacjenta bez
12 odprowadzeniowego EKG z opisem oprogramowania do
Zamawiający dopuścił monitor pacjenta tworzenia raportów 12
bez oprogramowania do tworzenia raportów odprowadzeniowego EKG z
12 odprowadzeniowego EKG z opisem opisem

22.4 Pomiar częstości pracy serca w zakresie: TAK. pomiar częstości pracy serca
min. 15-300 ud/min. Zakres alarmów min.: w zakresie: 15-300 ud/min.
15-300 ud./min Zamawiający dopuścił zakres Zakres alarmów: 20-300 ud./min
alarmów nieco mniejszy niż zakres pomiarowy
częstości akcji serca tj. 20-300 ud/min.

22.5 Akcesoria: TAK. Akcesoria:
22.6 przewód EKG do min. 3 TAK. Przewód EKG do 3 odprowadzeniowego

odprowadzeniowego EKG EKG - 1 szt./monitor.
- 1 szt/monitor.
22.7 Analiza odcinka ST TAK. Analiza odcinka ST

22.8 Ciągła analiza odcinka ST. TAK. Ciągła analiza odcinka ST.

22.9 Możliwość prezentacji analizy ST TAK. Ciągła analiza odcinka ST z
w czasie rzeczywistym, 3 odprowadzeń, z możliwością
jednoczasowo (krzywe oraz późniejszej rozbudowy do
wartości odcinka ST) z min. 12 odprowadzeń, w razie
12 odprowadzeń. rzeczywistej potrzeby

Zamawiający dopuścił ciągłą
analizę ST z 3 odprowadzeń,
z możliwością późniejszej rozbudowy
do 12 odprowadzeń, w razie
rzeczywistej potrzeby.

22.10 Trendy ST z min. 24 godzin. TAK. trendy ST z 24 godzin.

22.11Zmiana punktów pomiarowych odcinka ST. TAK, zmiana punktów pomiarowych odcinka ST.

22.12Zakres pomiarowy: -15-5- (+)15mm TAK, monitor zapewnia pomiar w zakresie -15+(+)15mm. Pełen zakres pomiarowy wynosi: -25 +(+)25mm (±2,5 mV)

22.13Analiza arytmii TAK, analiza arytmii

22.14Pełna analiza arytmii. TAK, pełna analiza arytmii. Rozpoznawanie min. Rozpoznawanie 23 rodzajów zaburzeń 13 rodzajów zaburzeń

Zdaniem Odwołującego powyższy opis zaoferowanego monitora, przedstawiony przez firmę Drager Polska Sp. z o.o.. nie odpowiada w pkt. 22.2 wymogom oraz wyjaśnieniom Zamawiającego.

Według Odwołującego firma Drager Polska Sp. z o.o zaoferowała „Możliwość ciągłej rejestracji 12 odprowadzeń EKG (I, II, III, aVL, aVR, aVF, VI-V6)".

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający w pkt. 22.2 wymagał „Możliwości ciągłej rejestracji i równoczasowej prezentacji na ekranie monitora 12 odprowadzeń EKG (I, II, III, aVL, aVR, aVF, V1-V6)" oraz zgodnie z wyjaśnieniami, Zamawiający wymagał „analizy 12 odprowadzeń" i nie wymagał „jednoczesnej prezentacji wszystkich 12 odprowadzeń".

W ocenie Odwołującego z powyższego opisu wynika, że firma Drager Polska Sp. z o.o. nie zaoferowała analizy 12 odprowadzeń EKG, która to analiza była wymagana przez Zamawiającego.

Zwrócił również uwagę, że możliwość ciągłej rejestracji 12 odprowadzeń nie jest analizą 12 odprowadzeń EKG.

Argumentował, że w definicji słowa „analiza", zawartej w słowniku języka polskiego, jest to „metoda badawcza polegająca na wyodrębnieniu z danej całości jej elementów i badaniu każdego z osobna".

Z powyższego wnioskował, że zgodnie z tą definicją nie można uznać ciągłej rejestracji 12 odprowadzeń, jako analizy 12 odprowadzeń EKG.

Nadto wyjaśnił, że w analizie sygnału EKG możemy wyróżnić:
- analizę EKG w celu pomiaru tętna, która to analiza dokonywana jest z jednego lub dwóch odprowadzeń wybranych przez użytkownika (analiza 1 lub 2 odprowadzeń wybranych z 12 odprowadzeń);
- analizę arytmii, w celu wykrycia zaburzeń rytmu oraz kształtu zapisu EKG, która to analiza dokonywana jest z jednego lub dwóch odprowadzeń wybranych przez użytkownika (analiza 1 lub 2 odprowadzeń wybranych z 12 odprowadzeń);
- analizę odcinka ST, dokonywaną dla poszczególnych odprowadzeń EKG;
- analizę z interpretacją 12 odprowadzeń EKG w celu przygotowania raportów.

Według Odwołującego zgodnie z przedstawionym opisem, tylko analizę odcinka ST z 12 odprowadzeń oraz interpretację z możliwością tworzenia raportów z 12 odprowadzeń EKG można uznać za analizę 12 odprowadzeniowego EKG.

Wskazał również, że powyższa analiza 12 odprowadzeń EKG została opisana przez Zamawiającego w pierwotnym brzmieniu pkt. 22.3 oraz 22.9, a odpowiedziami na pytania

Zamawiający tylko dla pkt. 22.3 dopuścił zaoferowanie „monitora bez oprogramowania do

tworzenia raportów 12 odprowadzeń EKG z opisem" oraz tylko dla pkt. 22.9 dopuścił „ciągłą analizę ST z 3 odprowadzeń, z możliwością późniejszej rozbudowy do 12 odprowadzeń, w razie rzeczywistej potrzeby".

Ostatecznie zarzucił, że firma Dräger Polska Sp. z o.o. wykorzystała obie powyższe odpowiedzi Zamawiającego, co samo w sobie, jak i w połączeniu z brakiem możliwości wyświetlenia 12 odprowadzeniowego EKG świadczy, że firma Drager Polska Sp. z o.o. nie zaoferowała analizy 12 odprowadzeń, a tym samym nie spełniła wymogów postawionych w pkt. 22.2.

Podkreślił przy tym, że firma Dräger Polska Sp. z o.o. miała możliwość zaoferowania przynajmniej analizy odcinka ST z 12 odprowadzeń, zgodnie z opisem przedstawionym w pkt 22.9, jednak tego nie zrobiła.

Pismem z dnia 5 grudnia 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Dräger Polska Sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ z dnia 22 października 2014r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 18 grudnia 2014r. wraz z odpisem z wyciągu z instrukcji obsługi, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp w zakresie zgłoszonego zarzutu przedmiotowego odwołania.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że stosownie do pkt.9.9.3 SIWZ dla oferowanego przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał złożenia opisu przedmiotu zamówienia zawierającego szczegółowe dane zaproponowanego przedmiotu zamówienia, który umożliwi potwierdzenie spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań ustalonych przez Zamawiającego w postaci ulotek informacyjnych/katalogów lub innych dokumentów dla wszystkich oferowanych do sprzedaży produktów. Wykonawca powinien wskazać, która część opisu przedmiotu zamówienia dotyczy potwierdzenia szczegółowych danych zaoferowanego przedmiotu zamówienia wymaganych przez Zamawiającego. Szczegółowe wymagania określone zostały przez Zamawiającego w Tomie III SIWZ.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający opracował załącznik nr 1 – wzór formularza oferty, w którym określił wymagane parametry aparatu do znieczulenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Przystępujący na stronie 4 oferty zaproponował dostawę aparatu Primus z monitorem Infinity Delta, do którego w dalszej części oferty załączył wymaganą przez Zamawiającego dokumentację techniczną(vide: str.38 i nast. oferty Przystępującego).

Oceniając całokształt sprawy, ustalony w oparciu o powyższe dokumenty, Izba

uznała, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie tezy o braku zaoferowania przez Przystępującego w pkt. 22.2 formularza ofertowego przedmiotu zamówienia umożliwiającego analizę 12 odprowadzeń, bez wymagania jednoczesnej prezentacji wszystkich 12 odprowadzeń.

Należy wskazać, że w myśl art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W przedmiotowej sprawie – w ocenie Izby - Odwołujący nie podjął się nawet próby wykazania, że Odwołujący nie spełniał spornego wymagania SIWZ, a jego twierdzenia należy wobec tego uznać za gołosłowne.

Zdaniem Izby Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia według treści wyjaśnień do pkt.22.2 załącznika nr 1 do SIWZ – wzór formularza oferty, gdzie potwierdził on wymagania Zamawiającego, co do spornego parametru oświadczając „tak" w części odnoszącej się do oferowanego aparatu do znieczulenia.

Przy czym należy zaznaczyć, że Przystępujący był świadomy zaoferowania urządzenia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 22.10.2014r.do pytania nr 9, ad 22.2 załącznika nr 1 do SIWZ, bowiem po lewej stronie formularza ofertowego na stronie 9 oferty powtórzył opis wymagania: „Zamawiający wymaga analizy 12 odprowadzeń, nie wymagamy jednoczesnej prezentacji wszystkich 12 odprowadzeń", który następnie potwierdził oświadczeniem „tak" wpisanym po prawej stronie tego formularza w rubryce oferowane.

Jednocześnie wymaga wyraźnego wskazania, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców analizy diagnostycznej, która wymagała oprogramowania, z którego Zamawiający w przetargu zrezygnował(vide: odpowiedź na pytanie nr 10, ad 22.3).

Sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że w SIWZ nie ma postanowienia Zamawiającego, że wymagana jest diagnostyczna analiza, a wykazanie się taką analizą nie jest możliwe bez oprogramowania.

W ocenie Izby, zatem jeżeli Zamawiający nie żądał przedmiotowego oprogramowania, to analiza 12 odprowadzeń ograniczyła się do czynności analitycznych wynikających z załączonej do oferty dokumentacji technicznej zaoferowanego aparatu do znieczulenia.

Izba doszła do przekonania, że skoro Zamawiający w SIWZ nie wymagał analizy diagnostycznej, to jego oczekiwania znalazły swoje odzwierciedlenie w danych technicznych odnoszących do Specyfikacji dot. monitorowania: EKG (ozn. karty B-38 i 39), analizy odcinka ST(ozn. karty B-40) itd.

Poza tym Izba przyjęła również wyjaśnienia Przystępującego, że zaoferowane urządzenie nie może być zastosowane do diagnostycznej dwunasto odprowadzeniowej analizy EKG, bowiem Zamawiający w SIWZ nie wymagał wprowadzenia takiej

diagnostycznej analizy, o czym świadczy zrezygnowanie w pkt 22.3 z oprogramowania do tworzenia raportów dwunasto odprowadzeniowego EKG z opisem, a także ustanowienie wymogu przewodu EKG do minimum 3-odprowadzeniowego EKG (vide: pkt.22.6) z możliwością późniejszej rozbudowy do 12 odprowadzeń, w razie rzeczywistej potrzeby (wymóg z pkt 22.9).

Z powyższych przyczyn Izba nie mogła uznać, że istnieją przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……