

Sygn. akt: KIO 3116/22

WYROK
z dnia 6 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 listopada 2022 roku** przez wykonawcę **Stryker Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **WOJEWÓDZKIE POGOTOWIE RATUNKOWE W KATOWICACH** z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego:**

- 1) **Full-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (Przystępujący 1),**
- 2) **Resculine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (Przystępujący 2)**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Stryker Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Stryker Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - Stryker Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Przystępującego 1 – Full-Med**

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie - kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: WOJEWÓDZKIE POGOTOWIE RATUNKOWE W KATOWICACH z siedzibą w Katowicach poprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz z dostawą 20 szt. defibrylatorów dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach” znak postępowania: WPR/TZ/251/ZP/42/2022. Ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2022 r. pod numerem 2022/S 187-528626.

Dnia 24 listopada 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710) (dalej: „ustawa Pzp”), w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Stryker Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Wniesione odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego z dnia 18 listopada 2022 r. polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Full-Med Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej jako Full-Med), zaniechaniu odrzucenia oferty Full-Med Sp. z o.o. oraz Resculine Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „Resculine”).

Termin na złożenie odwołania, liczony od dnia 18 listopada 2022 roku, został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazywał na naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5) w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Full-Med, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt. 5) w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Resculine, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia,
3. art. 239 ust. 1 w z związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z 16 pkt 1) ustawy Pzp przez wybór oferty Full-Med jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta Stryker jest zgodna z warunkami zamówienia oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- 2) ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty Full-Med oraz Resculine,
- 4) wyboru oferty Stryker jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że jest uprawniony wniesienia odwołania, wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwych, niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert Full Med oraz Resculine, Odwołujący pozbawiony został możliwości pozyskania zamówienia. Złożona przez Stryker oferta jest zgodna warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i jest ofertą najkorzystniejszą, wobec czego działania Zamawiającego w sposób bezpośredni wpłyną na możliwość poniesienia przez Stryker szkody majątkowej w postaci utraty realizacji zamówienia. W następstwie czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Pzp Odwołujący może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z SWZ, a także – najkorzystniejsza w ramach kryteriów oceny ofert ukształtowanych przez Zamawiającego, zaś wadliwa decyzja Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Full-Med i zaniechaniu odrzucenia ofert Full-Med i Resculine uniemożliwia dokonanie tego wyboru.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w rozdziale II ust. 1 pkt 2) SWZ Zamawiający wskazał: *„Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: zakup wraz z dostawą 20 szt. defibrylatorów dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach.*

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, opis wymagań zamawiającego w zakresie realizacji i odbioru określają:

- *opis przedmiotu zamówienia zawarto w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SWZ,*
- *projektowane postanowienia umowy – załącznik nr 5 do SWZ.”*

W załączniku nr 1 do SWZ Formularz ofertowy Zamawiający określił wymagania w zakresie parametrów jakie spełniać musi oferowany defibrylator i w lp. 2 tabeli wymagał: *„Potwierdzenie możliwości bezpłatnej teletransmisji z urządzenia ośrodków Hemodynamiki w Województwie Śląskim przyjmujące pacjentów od ZRM zgodnie z załącznikiem nr 5a do SWZ”.*

Zgodnie z powyższym każdy z wykonawców oferując urządzenie musiał potwierdzić możliwość bezpłatnej teletransmisji urządzenia ośrodków Hemodynamiki w Województwie Śląskim, w załączniku nr 5a do SWZ określono te ośrodki:

1 Bielsko-Biała American Heart of Poland Spółka Akcyjna 43-316 Bielsko-Biała, ul. Aleja Armii Krajowej 101

- 2 Chorzów Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 4 w Bytomiu, 41-902 Bytom, ul. Aleja Legionów 10
- 3 Częstochowa Polska Grupa Medyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-200 Częstochowa, ul. Mickiewicza 12
- 4 Częstochowa Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. NMP - Centrum Urazowe, ul. Bielska 104/118, 42-202 Częstochowa
- 5 Cieszyn Szpital Śląski w Cieszynie, ul. Bielska 4, 43-400 Cieszyn
- 6 Dąbrowa Górnicza American Heart of Poland Spółka Akcyjna, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Szpitalna 13
- 7 Gliwice Gliwickie Centrum Medyczne sp. z o .o., ul. Kościuszki 29
- 8 Jastrzębie-Zdrój Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Aleja Jana Pawła II nr 7
- 9 Katowice-Ochojec SP Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca Śl.U.M. w Katowicach, ul. Ziołowa nr 45/47
- 10 Myszków G.V.M. Carint, 42-300 Myszków ul. Wolności 29
- 11 Racibórz Raciborskie Centrum Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 47-400 Racibórz, ul. Gamowska 3A
- 12 Rybnik SPZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46
- 13 Sosnowiec Polska Grupa Medyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-219 Sosnowiec, ul.Szpitalna1
- 14 Sosnowiec Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, Plac Medyków1
- 15 Ustroń American Heart of Poland w Ustroniu, ul. Sanatoryjna 7
- 16 Tychy American Heart of Poland Spółka Akcyjna, 43-100 Tychy, ul. Edukacji 102
- 17 Zabrze Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9.

Ponadto Zamawiający w treści załącznika nr 5 do SWZ „propozycja umowy” § 2 ust. 1 wskazał: „Wykonawca zrealizuje dostawę całości przedmiotu umowy do 30.11.2022 r.” Z powyższego wynika zatem, że do 30 listopada 2022 r. wykonawca zobowiązany będzie do wykonania całości przedmiotu zamówienia, przy spełnieniu wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty, Full-Med, Resculine oraz Stryker. Full-Med zaoferował urządzenie producenta Mediana Co. Ltd., model: D700-LDNTGPA potwierdzając spełnienie wymagań określonych w lp. 2 tabeli załącznika nr 1 do SWZ „formularz ofertowy”. Resculine zaoferował urządzenie GS Elektromedizinische Geräte G. Stemple GmbH, model:

Corpuls 3 i również potwierdził spełnianie wymagań określonych w lp. 2 tabeli załącznika nr 1 do SWZ „formularz ofertowy”.

Według wiedzy Stryker, którą ma również Zamawiający ani Full-Med ani Resculine na dzień składania ofert nie było w stanie potwierdzić spełniania parametru określonego w lp. 2 załącznika nr 1 do SWZ. Na dzień składania ofert, jak również obecnie, oba podmiot nie są w stanie zapewnić bezpłatnej teletransmisji z urządzenia ośrodków Hemodynamiki w Województwie Śląskim przyjmujące pacjentów od ZRM zgodnie z załącznikiem nr 5a do SWZ dla wszystkich ośrodków tam wymienionych.

Stryker podkreślił, że Full-Med oraz Resculine, według wiedzy Wykonawcy, nie są w stanie zapewnić bezpłatnej teletransmisji, czyli transferu danych medycznych do stacji odbiorczej umożliwiającej odbiór transmisji, a nie tylko jej same nadanie, zgodnie z zasadami określonymi w SWZ, do wszystkich 17 ośrodków, które wymienia Zamawiający w załączniku nr 5a do SWZ. Przy czym Odwołujący zweryfikował na podstawie posiadanych przez siebie danych, brak takiej możliwości w:

- 1) Sosnowiec, Polska Grupa Medyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-219 Sosnowiec, ul. Szpitalna 1;
- 2) Częstochowa, Polska Grupa Medyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-200 Częstochowa, ul. Mickiewicza 12;
- 3) Racibórz, Raciborskie Centrum Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 47-400 Racibórz, ul. Gamowska 3A;
- 4) Zabrze, Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu, ul. M. Curie-Skłodowskiej 9.

Dowodem na powyższe ma być dołączony do odwołania Raport z teletransmisji.

Odwołujący podał, że zapewnienie teletransmisji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego to złożony i długotrwały proces. Zastosowanie telemedycyny w ratownictwie opiera się na teleinformatycznym systemie łączności, umożliwiającym przesyłanie danych diagnostycznych i pomoc w nagłych przypadkach, sytuacjach kryzysowych i powypadkowych. W polskich szpitalach systemy służące do przedszpitalnego diagnozowania zaostrzonych stanów choroby wieńcowej są regularnie wdrażane od ok. 2004 roku. Dzięki ich wykorzystaniu, zdecydowanie skraca się czas upływający od zbadania pacjenta do podjęcia leczenia inwazyjnego (uniknięcie konieczności wykonania dodatkowych badań w szpitalu rejonowym). Systemy telemedycyny ratunkowej składają się z dwóch komponentów. Pierwszym z nich jest specjalnie przystosowany do teletransmisji monitor-defibrylator, który znajduje się w karetce pogotowia bądź w Szpitalnym Oddziale Ratunkowym (SOR). Drugim - tzw. Medyczna Stacja Odbiorcza (MSO), a więc komputer znajdujący się w pracowni hemodynamiki z zainstalowanym oprogramowaniem umożliwiającym odbiór danych w wysokiej rozdzielczości oraz ich archiwizację.

Schemat korzystania z teletransmisji jest zawsze taki sam. Wykonane przez zespół pogotowia ratunkowego wyniki badania 12-odprowadzeniowego EKG przesyłane są za pomocą telefonu komórkowego lub wbudowanego w defibrylator modemu do szpitala, w którym znajduje się MSO. Pełniący całodobowy dyżur w pracowni hemodynamiki kardiolog analizuje otrzymane zapisy i, konsultując się z ekipą ratowniczą przez telefon, wytycza dalszą ścieżkę postępowania z pacjentem. Aby spełnić wszystkie wymogi a jednocześnie zagwarantować największe prawdopodobieństwo właściwego odebrania przesłanych danych system musi zaalarmować sygnałem dźwiękowym i wizualnym o nadejściu nowych danych. Powinien umożliwiać przetwarzanie tych danych czy przesłanie ich do zespołu zabiegowego jednoznacznie wskazując na charakter transmisji. Konsultacja dyżurującego kardiologa polega nie tylko na ewentualnym zakwalifikowaniu chorego do natychmiastowego leczenia inwazyjnego (zabieg angioplastyki), ale obejmuje także zalecenia dotyczące podania (już w karetce pogotowia) odpowiednich leków. Jednocześnie ośrodek kardiologii inwazyjnej może w czasie transportu chorego przygotować odpowiedni sprzęt na sali zabiegowej, co jeszcze bardziej skraca czas do udrożnienia naczynia wieńcowego, którego zatkanie się spowodowało zawał. W tym przypadku ogromną zaletą jest wyeliminowanie transportu do najbliższego szpitala rejonowego na izbę przyjęć. Im jest krótszy czas dotarcia pacjenta na zabieg, tym mniejsza jest martwica mięśnia sercowego, a co za tym idzie większe szanse na przeżycie pacjenta. Z analizy opóźnień wynika, że przetransportowanie pacjenta karetką do najbliższego Szpitalnego Oddziału Ratunkowego, a dopiero potem do ośrodka kardiologii inwazyjnej, wydłuża czas transportu o 60 minut. Teletransmisja EKG ma na celu skrócenie tego czasu ponieważ 60 minut to jest jeden procent bezwzględnej redukcji śmiertelności, czyli jeden pacjent na 100 może przeżyć dzięki temu systemowi.

Budowanie Stacji Odbiorczych na terenie województwa Śląskiego trwało ponad 10 lat i wiązało się z przeszkoleniem personelu medycznego na oddziałach hemodynamik, jak również ratowników medycznych. Zgodnie z wymogami Narodowego Funduszu Zdrowia dysponenci zespołów ratownictwa medycznego muszą posiadać podpisane umowy ze szpitalnymi oddziałami kardiologii inwazyjnej/hemodynamika na możliwość transmisji i przekazywania pacjenta z podejrzeniem zawału serca. W przypadku Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Katowicach jest to 17 hemodynamik wskazanych w postępowaniu z wymogiem możliwości transmisji do tych placówek. Również same hemodynamiki wskazane przez WPR wymagają podpisania umów na dostarczenie Medycznych Stacji Odbiorczych, gwarantujących przepływ danych z karetki na oddział, zatem każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu zobowiązany jest zawrzeć takie umowy, co jest procesem długotrwałym.

Budowanie systemu trwa wiele lat, dlatego nie ma możliwości zagwarantowania przy dostawie defibrylatorów działającego systemu zgodnie z wymogami Zamawiającego bez

ryzyka negatywnego wpływu na zdrowie potencjalnego pacjenta, tym bardziej zapewnienia teletransmisji w momencie składania ofert. W tej sytuacji nie można mówić o możliwości transmisji 12-odprowadzeniowego EKG, np. na ogólny adres mailowy szpitala lub prywatny adres lekarza i twierdzić, że system działa bez ryzyka dla zdrowia pacjenta. Transmisja danych na takiego maila, bez wcześniejszego szkolenia wszystkich potencjalnych użytkowników spotkała by się z brakiem odzewu ze strony odbiorczej, czyli funkcjonalność systemu nie zostałaby zachowana i byłaby tylko pozorna. Dodatkowo taka współpraca wymaga odpowiednich zgód i podpisania umowy między dwoma stronami.

Proces zapewnienia bezpłatnej teletransmisji wymagany przez Zamawiającego nie jest czasochłonny i w przypadku Full-Med oraz Resculine nie może zostać zapewniony automatycznie. Zatem w dniu złożenia oferty i oświadczenia o spełnianiu parametru oba podmioty nie mogły spełnić wymagań Zamawiającego.

Ponadto przywołana w odwołaniu konstrukcja postanowień wzoru umowy w postępowaniu prowadzi do wniosku, że Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa w dniu dostawy urządzeń będzie musiał zapewnić jednocześnie wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność. W sytuacji gdy oba podmioty takiego systemu nie mają, czy nie mają w swojej bazie wymaganych jednostek, niemożliwym jest zapewnienie przez nie bezpłatnej teletransmisji. Zatem Full-Med oraz Resculine nie będą w stanie dostarczyć przedmiotu zamówienia w pełni zgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego przesądza to, że Full-Med oraz Resculine nie mogły potwierdzić spełnienia wymagania określonego w lp. 2 tabeli załącznika nr 1 do SWZ „formularz ofertowy”, zatem nie mogły potwierdzić zgodności oferowanego urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie mogą potwierdzić, że wykonają przedmiot zamówienia w terminie określonym umową. Skoro ani Full-Med ani Resculine nie mogły potwierdzić spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, oznacza to, że oferty tych wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia.

Niezgodność oferty z treścią warunków zamówienia obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. Brak możliwości potwierdzenia stawianych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia wymagań merytorycznych jest zatem równoznaczny z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia.

Powyższe zdaniem Odwołującego przesądza o obowiązku odrzucenia ofert Full-Med i Resculine na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Jeżeli Zamawiający zobowiązany był odrzucić oferty Full-Med ani Resculine jako niezgodne z treścią warunków zamówienia, to niedopuszczalnym był wybór oferty Full-Med jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zatem czynność ta została dokonana

z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bowiem wybrano ofertę, która nie mogła zostać oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Reasumując według Odwołującego celem konwalidacji naruszenia przepisów ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru oferty Full-Med i odrzucenia ofert Full-Med i Resculine.

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, Odwołujący uważa, że wniesienie odwołania jest w pełni zasadne, a odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, której treść w ocenie Odwołującego nie wypełnia wymogów SWZ i zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia takiej oferty, a także innych ofert, które nie wypełniają w ocenie Odwołującego wymogów SWZ, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1. Full-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie;
2. Resculine Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze.

Izba potwierdziła skuteczność obu zgłoszeń i dopuściła wykonawców jako Przystępujących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący 1 i Przystępujący 2 złożyli oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów. Obaj Wykonawcy zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia jako parametr wymagany wskazano możliwość bezpłatnej dla Zamawiającego teletransmisji wykonywanego EKG do ośrodka kardiologii inwazyjnej na terenie województwa śląskiego (karta SIM dostarczona przez Zamawiającego). Kolejnym parametrem wymaganym była konieczność potwierdzenia przez Wykonawcę możliwości bezpłatnej teletransmisji z urządzenia ośrodków hemodynamiki w województwie śląskim przyjmujących pacjentów od ZRM zgodnie z załącznikiem nr 5a do SWZ. Załącznik nr 5a do SWZ zawierał wykaz placówek hemodynamiki (17 placówek).

W toku prowadzonego postępowania, odpowiadając na pytanie: *„Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający w punkcie Potwierdzenie możliwości bezpłatnej teletransmisji z urządzenia ośrodków hemodynamiki w województwie śląskim przyjmujące pacjentów od ZRM zgodnie z załącznikiem nr 5a, będzie wymagał działającego obecnie systemu z potwierdzeniem transmisji EKG pacjenta z minimum 3 ostatnich miesięcy do ośrodków Hemodynamiki (...)? Potwierdzenie to będzie gwarancją tego, że system działa i zapewniona jest komunikacja ZRM z pracowniami hemodynamiki”*, Zamawiający odpowiedział, że *„zgodnie z SWZ”*.

W toku oceny oferty jeden z wykonawców wskazał, że urządzenia zaoferowane przez wykonawców Fullmed i Resculine nie spełniają wymogu bezpłatnej teletransmisji z urządzenia ośrodków hemodynamiki wskazanych w załączniku 5a do SWZ.

Zamawiający, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Resculine oraz Fullmed do złożenia wyjaśnień celem potwierdzenia, że defibrylatory spełniają wymogi SWZ.

Resculine wskazał, co następuje: wymóg określony w poz. 1 OPZ oznacza, że Zamawiający oczekuje bezpłatnej transmisji wykonanego EKG. Oferowany defibrylator Corpus 3 realizuje tę funkcję przez przesył danych na wskazany adres e-mail lub faks. Za przeprowadzenie tej procedury nie jest pobierana żadna opłata. Zatem urządzenie spełnia wymóg SWZ. Co do poz. 2 OPZ Wykonawca zaznaczył, że składając ofertę potwierdził wymóg. Jest on realizowany przez przesył danych na wskazany adres e-mail lub faks, za proces nie jest pobierana żadna opłata. Wykonawca zauważył, że nie zna treści raportu transmisji, o którym wspomniano w piśmie, więc nie ma wiedzy, czy zarzut dotyczy samej teletransmisji, jej bezpośredniości czy bezpłatności. Niezależnie od powyższego, zdaniem Wykonawcy Zamawiający wymagał potwierdzenia możliwości, a nie wykazania transmisji już zrealizowanych. Zaoferowany defibrylator taką możliwość posiada. Ze względu na zastosowaną technologię każdy podmiot dysponujący adresem e-mail, czyli powszechnie

dostępnym i stosowanym środkiem komunikacji elektronicznej będzie w stanie odebrać dane przesyłane z defibrylatora.

Fullmed oświadczył, że firma Stryker dokonuje nadinterpretacji zapisów SWZ oraz OPZ. W treści OPZ i SWZ Zamawiający wymagał zadeklarowania możliwości teletransmisji i taką deklarację Fullmed złożył. Nie jest prawdą, że wymóg SWZ wskazywał, że wykonawca musi korzystać z istniejącej sieci, a nie zaoferować rozwiązanie gwarantujące możliwość bezpłatnej teletransmisji wraz z siecią to gwarantującą. Gdyby tak było, Wykonawca musiałby wykonać część przedmiotu zamówienia przed wyborem jego oferty i podpisaniem umowy. W wymogach nr 1 i 2 OPZ Zamawiający nie wymagał korzystania z istniejącej sieci, fizyczne stworzenie sieci jest częścią realizacji umowy, tym samym składając ofertę i potwierdzając wymóg możliwości bezpłatnej transmisji firma zadeklarowała stworzenie sieciowe wszystkich jednostkach szpitalnych określonych w SWZ. W treści SWZ oraz OPZ potwierdzenie spełnienia wymagania nie budziło wątpliwości i jedynym wymaganiem wystarczającym było potwierdzenie przez wpisanie słowa TAK w formularzu.

Biorąc powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

O niezgodności treści oferty z treścią SWZ mówimy wtedy, gdy treść złożonej oferty w warstwie merytorycznej nie odpowiada zapisom SWZ.

Według opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców *potwierdzenia możliwości bezpłatnej teletransmisji z urządzenia do ośrodków Hemodynamiki w Województwie Śląskim przyjmujących pacjentów od ZRM zgodnie z załącznikiem nr 5a do SWZ*. W ocenie Izby wymaganie to było klarowne, nie wymagało dodatkowej interpretacji a do odczytania intencji Zamawiającego wystarczające było użycie wykładni literalnej. Zamawiający wymagał zatem, by defibrylator miał możliwość teletransmisji, która ma mieć charakter bezpłatny i której adresatem będą jednostki wymienione w załączniku nr 5a do SWZ. Innych wymagań w tym zakresie Zamawiający nie postawił.

Zamawiający nie opisał w SWZ ani sposobu, w który ma odbywać się transmisja, ani technologii, którą należy zastosować. Zamawiający odnosił się jedynie do elementu przesłania danych a nie ich odbioru przez ośrodki. Wymaganie wskazywało jedynie, że sygnał ma pochodzić z urządzenia, nie wskazywało natomiast w jaki sposób sygnał ma zostać odebrany przez ośrodek. Zdaniem Izby oznacza to, że przy takich zapisach SWZ Zamawiający dopuścił każdy sposób, przy użyciu którego sygnał trafi do ośrodka

wymienionego na liście, jeśli tylko pochodził będzie z oferowanego przez Wykonawcę urządzenia, a transmisja będzie bezpłatna. Celnie zauważyli w swoich pismach procesowych obaj Przystępujący, że jeśli Zamawiający wymagał „możliwości teletransmisji” to wymagał tego, aby defibrylator miał funkcjonalność/był w stanie wysyłać sygnał na odległość do urządzeń ośrodków hemodynamiki w województwie śląskim. Użycie sformułowania „możliwość” oznacza, że coś da się zrealizować, a nie że mamy do czynienia ze stanem już istniejącym, czy funkcjonującym.

W przypadku urządzeń oferowanych przez Przystępujących aparaty taką możliwość zapewniają. Przystępujący 1 tę funkcjonalność zrealizuje przy użyciu oferowanego defibrylatora i drugiego urządzenia znajdującego się w jednostce, na które defibrylator będzie wysyłał sygnał, tj. z którym będzie się łączył, zaś Przystępujący 2 przekaże wynik za pomocą wysłania wiadomości e-mail na dowolny, zdefiniowany wcześniej adres poczty elektronicznej. Rolą Odwołującego, jako strony twierdzącej, było wykazanie, że taka transmisja nie odniesie skutku. Nie dowodził tego złożony pod odwołaniem raport transmisji. Wydruk ten pochodził z systemu oferowanego przez Odwołującego, a nie systemów Przystępujących. Nawet jeśli raport zawiera oznaczenie „*Transmisje do miejsca: Nieznany (-e)*”, to z punktu tego nie wynika, że transmisje te pochodziły z systemów Przystępujących. Jeżeli zaś Izba w złożonym raporcie miała zwrócić uwagę na inne jego elementy, to Odwołujący tych okoliczności nie rozwinął. Poza tym Zamawiający nie wymagał w SWZ, by transmisja danych odbywała się przy użyciu systemu Lifenet. Co do zaś uzyskania sygnału zwrotnego od wybranego ośrodka, to jak ustaliła Izba na rozprawie, w przypadku wszystkich trzech urządzeń sygnał ten związany jest z fizycznym kontaktem lekarza z pracowni hemodynamiki z zespołem karetki, co odbywa się przez telefon. Tak więc w tym zakresie system oferowany przez Odwołującego nie wyróżnia się w stosunku do systemów Przystępujących.

Nie polegają na prawdzie twierdzenia odwołania ani odpowiedzi na odwołanie, że wymogiem SWZ objęta była konieczność posiadania własnej sieci teletransmisyjnej lub też obowiązkowe skorzystanie z sieci już użytkowanej przez ośrodki hemodynamiki. Jeżeli Zamawiający, jak szeroko rozpisывał się w odpowiedzi na odwołanie, jest jednostką posiadającą szczególny status i „*zalicza się do szczególnej kategorii zamawiających i może kierować się przy sporządzaniu specyfikacji własnymi preferencjami, które są związane z ochroną zdrowia i życia*”, to takie kryteria winien był w SWZ umieścić. Nic takiego w ocenie Izby nie miało miejsca. Ustawa Pzp zawiera narzędzia, które Zamawiający mógł dla tych istotnych elementów wykorzystać. Możliwe było chociażby żądanie złożenia w postępowaniu próbki systemu, która podlegałaby ocenie, wymaganie stworzenia scenariusza symulacji określonego zdarzenia, który obrazowałby sposób działania oferowanych urządzeń. Z możliwości tych Zamawiający nie skorzystał.

Izba podkreśla, że nie jest także rolą wykonawców składających oferty uzyskiwanie jakichkolwiek zgód od jednostek, z którymi współpracuje Zamawiający, na korzystanie z określonego rozwiązania technicznego. To Zamawiający, a nie wykonawcy, współpracuje z określonymi jednostkami. Jeśli ta współpraca wymaga użycia określonych rozwiązań, czy uzgodnień, rolą Zamawiającego na etapie sporządzania dokumentacji postępowania i opisu przedmiotu zamówienia było takie uzgodnienia poczynić. Zamawiający poprzestał na prostym i nieskomplikowanym opisie wymagania, dla potwierdzenia którego wymagał jedynie wpisania w formularzu „TAK”. Zamawiający nie wymagał ani żadnych dokumentów przedmiotowych, ani próbek. Następnie zaś Zamawiający z bliżej nieokreślonych powodów stwierdził, że *„doszedł przekonania, że oferty wykonawców Full-Med i Resculine rzeczywiście mogą nie spełniać wymogu stawianego zamawianemu sprzętowi tj. defibrylatorom w postaci zapewnienia możliwości teletransmisji z wskazanymi w treści SWZ stacjami kardiologicznymi działającymi na obszarze funkcjonowania zamawiającego”*. Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, że są to twierdzenia gołosłowne, nie poparte żadnym materiałem dowodowym.

Dostrzeżenia także wymaga, że w toku prowadzonego postępowania, wykonawcy w ramach spornego wymogu, zadali pytanie, które Zamawiający skwitował prostym „Zgodnie z SWZ”. Pytanie odnosiło się do realnych możliwości przeprowadzenia transmisji i udokumentowania tego faktu. Skoro Zamawiający nie zdecydował się rozwinąć wymagania w sposób proponowany w pytaniu, dla Izby oczywistym jest w tym momencie, że nie było wolą Zamawiającego badanie realnych możliwości transmisji w momencie składania ofert. Nieuprawnione jest zatem wymaganie takiego potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający w toku badania i oceny ofert, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, skorzystał z art. 223 ustawy Pzp i wezwał obu Przystępujących do wyjaśnienia treści oferty. Obaj Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach zobrazowali sposób działania oferowanych urządzeń i Zamawiający nie wyrażał wobec uzyskanych treści jakichkolwiek dodatkowych wątpliwości.

Odwołujący w odwołaniu wiele miejsca poświęcił opisowi procedury działania systemu telemedycyny ratunkowej i wpływu poprawności działania procedur na bezpieczeństwo i zdrowie pacjentów, jednocześnie podkreślając, że *„Schemat korzystania z teletransmisji jest zawsze taki sam”*. Niewątpliwie szybkość i celność podjętych działań przez zespół ratunkowy przekłada się na skuteczność pomocy uzyskanej przez pacjenta, truizmem byłoby polemizowanie z teząmi tak dla wszystkich oczywistymi. Niestety jednak, wbrew zapewnieniom odwołania, Zamawiający żadnego schematu działania w ramach wymogu potwierdzenia możliwości teletransmisji z urządzenia do ośrodka nie opisał w SWZ.

Wszystkie więc twierdzenia odwołania nie mają pokrycia w zapisach przedmiotu zamówienia, czy warunkach umowy. Zdaniem Izby Zamawiający dopuścił każdy schemat działania, w którym cel w postaci dotarcia wyniku badania do pracowni hemodynamiki zostanie osiągnięty. Poza tym, jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, przekazanie informacji zwrotnej od lekarza specjalisty w pracowni, w przypadku wszystkich trzech urzędzeń odbywa się w taki sam sposób.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego, zasądzając na rzecz Przystępującego 1 koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem.

Przewodniczący:

.....