

Sygn. akt: KIO 2281/11

WYROK

z dnia 7 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **24 października 2011 r.** przez wykonawcę: **Adama Andruszczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urządzeń Medycznych „Unimed” inż. Adam Andruszczak ul. Trawnik 26 A - 28, 85-376 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy:
- **Ekomark Sp. z o.o. ul. Hajoty 33, 01-821 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Adama Andruszczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urządzeń Medycznych „Unimed” inż. Adam Andruszczak ul. Trawnik 26 A - 28, 85-376 Bydgoszcz,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Adama Andruszczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urządzeń Medycznych „Unimed” inż. Adam Andruszczak ul. Trawnik 26 A - 28, 85-376 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego "Na dostawę respiratorów dla Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku," ogłoszonym 27 lipca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 142-235816, w dniu 24 października 2011 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez Zakład Urządzeń Medycznych „Unimed” inż. Adam Andruszczak z siedzibą Bydgoszczy, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 14 października 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy: Ekomark Sp. z o.o. z Warszawy oraz o sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji według ustalonych kryteriów oceny.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Uniwersyteckiemu Centrum Klinicznemu w Gdańsku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez bezzasadne uznanie, iż treść oferty złożonej w postępowaniu przez firmę Ekomark Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, iż wykonawca Ekomark nie podlega wykluczeniu z postępowania pomimo, iż złożył nieprawdziwe informacje, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i zaniechanie odrzucenia jego oferty.
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Ekomark i dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż według poczynionych przez niego ustaleń oferta wybranego wykonawcy zawiera szereg nieprawidłowości oraz jest niezgodna z treścią SIWZ, czego zamawiający nie uwzględnił dokonując jej wyboru. Firma Ekomark zaoferowała respiratory Hamilton G5, które w ocenie odwołującego, nie spełniają wymagań wyspecyfikowanych poniżej parametrów SIWZ.

Zarzut 1. Punkt 8.4 załącznika nr 4 do SIWZ - wentylacja spontaniczna wspomagana objętością VSV.

Żaden z trybów wentylacji w zaoferowanym respiratorze Hamilton G5 nie spełnia powyższego, wymagania. W instrukcji obsługi respiratora Hamilton G5, brak jest informacji o posiadaniu przez ten respirator wentylacji spontanicznej wspomaganej objętością VSV. Powyższego warunku nie spełnia również tryb wentylacji ASV, w którym to respirator dąży do utrzymania założonej wentylacji minutowej regulując objętość oddechową TV i częstość oddechów RR bez regulacji wspomagania ciśnieniem PS (Pressure Support) czy też objętością (VS -Volume Support). Odwołujący zwracał uwagę, iż w respiratorze Hamilton G5 dostępne są tryby wentylacji APVcmv i APV sinw, opisane szczegółowo i jednoznacznie w instrukcji obsługi aparatu Hamilton G5. Są to typowe tryby wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej z gwarantowaną objętością (Volume Guarantee, Volume Target) i spełniają postawione przez zamawiającego wymagania w pkt. 9.6. załącznika 4 SIWZ, nie zaś przedmiotowego pkt. 8.4. Powyżej opisane tryby według odwołującego, nie realizują wentylacji spontanicznej wspomaganej objętością VSV.

Zarzut 2. Punkt 9.10 załącznika nr 4 do SIWZ - Tryb automatycznego odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej z automatyczną regulacją poziomu wspomagania ciśnieniowego na podstawie analizy EtCO₂, częstości i objętości oddechów lub spontanicznej automatycznej próbie oddechowej lub inteligentnej wentylacji bazującej na pomiarze SpO₂ EtCO₂. W ofercie firmy Ekomark na stronach 2-3 zał. nr 4 znajduje się deklaracja potwierdzenia powyższego parametru w następującej formie: „Tryb automatycznego odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej z automatyczną regulacją poziomu wspomagania ciśnieniowego na podstawie analizy częstości i objętości oddechów i spontanicznej automatycznej próbie oddechowej.”

Rozpatrując szczegółowo:

- na podstawie analizy częstości i objętości oddechów, opcja ASV stosowana w respiratorach Hamilton G5 jest zmodyfikowaną wersją wentylacji z gwarantowaną objętością minutową MMV, w której respirator dąży do utrzymania założonej wentylacji minutowej, regulując objętość oddechową TV i częstość oddechów RR lub w

przypadku oddechu spontanicznego pacjenta poziom wspomagania ciśnieniem PS (Pressure Support). W ocenie odwołującego, nie ma więc trybu automatycznego odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej z automatyczną regulacją poziomu wspomagania ciśnieniowego na podstawie analizy EtCO₂, częstości i objętości oddechów. O posiadaniu takiej funkcji nie wspomina w żadnym miejscu instrukcja obsługi respiratora G5, broszury informacyjne ani opisy dostępne na stronie dystrybutorów respiratorów Hamilton. Zamawiający żądał alternatywnie trzech podstaw analiz, z których pierwszą jest analiza EtCO₂, częstości i objętości oddechów, wykonawca zaoferował natomiast analizę jedynie „częstości i objętości oddechów,” co nie jest tożsame z wymaganiem zamawiającego:

- na podstawie spontanicznej automatycznej próby oddechowej.

Odwołujący przyznał, iż każdy dowolny respirator umożliwi doświadczonemu operatorowi przeprowadzenie SBT (spontaneous breathing test) - spontanicznej próby oddechowej - ale nie w sposób automatyczny. W instrukcji obsługi respiratora Hamilton G5 nie ma ani słowa o możliwości przeprowadzania tej funkcji. Zaoferowany respirator Hamilton G5 nie posiada wentylacji bazującej na pomiarze SpO₂, EtCO₂. Nie wspomina o tym firma Ekomark w załączniku nr 4 oferując uproszczoną, tańszą wersję wentylacji ASV bez pomiaru SpO₂, EtCO₂. Tak więc, żadna z powyższych trzech możliwości opisanych przez wymóg punktu 9.10 nie jest realizowana przez zaoferowany respirator.

Zarzut 3. Punkt 9.14 załącznika nr 4 do SIWZ - Możliwość podawania przez respirator tlenu przy pomocy maski twarzowej z regulacją przepływu i stężenia O₂ przy zastosowaniu standardowego obwodu pacjenta.

Respirator Hamilton G5 posiada w opcji NIV możliwość podawania pacjentowi oddychającemu spontanicznie tlen, ale wyłącznie z możliwością regulacji stężenia O₂. Nie ma możliwości regulacji przepływu. Respirator podaje tzw. „przepływ na żądanie” czyli tyle ile chce pacjent zależnie od jego wysiłku spontanicznego. Nie ma elementu regulacji przepływu przez operatora.

Zarzut 4. Punkt 10.8.1 załącznika nr 4 do SIWZ - Przepływowy tryb rozpoznawania oddechu własnego pacjenta. Zakres regulacji wartości progowej: minimum 0,3-15 l/min.

Zaoferowany przez firmę Ekomark respirator Hamilton G5 w wersji dla dorosłych i dzieci, ma zakres regulacji czułości 0,5 -15 l/min, co potwierdza instrukcja obsługi G5. Tak więc, mając na uwadze wymóg z punktu 2 zał. 4 do SIWZ, respirator przeznaczony do terapii dzieci i pacjentów dorosłych – respirator oferowany nie spełnia postawionych wymagań. Zakres czułości 0,1 do 5 l/min dostępny jest wyłącznie dla noworodków, co potwierdza instrukcja obsługi G5.

Zarzut 5. Punkt 11.4 załącznika nr 4 do SIWZ - Częstość oddechów wyzwalanych przez pacjenta.

Respirator Hamilton G5 mierzy wyłącznie dwie częstości oddechów: całkowitą częstość oddychania - co wypełnia wymóg punktu 11.1 załącznika nr 4, oraz spontaniczną częstość oddychania - co wypełnia wymóg punktu 11.2 załącznika nr 4. Częstość oddechów wyzwalanych przez pacjenta jest obrazowaniem ilości oddechów spontanicznych pacjenta, które wyzwoliły oddech zadawany lub wspomagany przez respirator. Pomiar ten nie jest tożsamy z pomiarem częstości oddechów spontanicznych (będącego przedmiotem wymagania z punktu 11.1 załącznika nr 4), który zlicza wszystkie oddechy spontaniczne pacjenta nie rozróżniając czy oddechy te spowodowały wyzwolenie oddechu mechanicznego podawanego przez respirator czy też nie. Respirator zaoferowany przez wybranego wykonawcę nie spełnia więc wymagania z punktu 11.4 załącznika nr 4 do SIWZ.

Zarzut 6. Punkt 14 załącznika nr 4 do SIWZ - Możliwość wykonania manewru rekrutacji pęcherzyków płucnych poprzez płynne, bezpośrednie i jednoczesne zwiększanie ciśnienia szczytowego i PEEP.

Respirator Hamilton G5 nie posiada takiej możliwości. Posiada opcję nazywaną Adapt Lung Recruitment, umożliwia ona wyłącznie wykonanie manewru kreślenia pętli P/V pomocnej do określenia punktów otwarcia i zamknięcia pęcherzyków płucnych, ale nie umożliwia wykonania opisanego precyzyjnie przez zamawiającego manewru rekrutacji. Respirator zaoferowany przez wybranego wykonawcę nie spełnia więc wymagania z punktu 14 załącznika nr 4 do SIWZ.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, iż zamawiający - nie odrzucając oferty złożonej przez Ekomark pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ i pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje - naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25.10.2011 r. pismem z dnia 28.10.2011 r. z kopią przesłaną stronom, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca wybrany – Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art.

189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Ekomark Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów. W odpowiedzi na odwołanie oraz do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów. Przyznał, iż opis przedmiotu zamówienia miał charakter funkcjonalny, a konkretne rozwiązania miał podać wykonawca. Wykonawca Ekomark, w ocenie zamawiającego, uwzględniając treść oferty wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, zaoferował respirator spełniający wyznaczone parametry oraz właściwości i sposób działania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty Ekomark Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wezwania do wyjaśnień treści oferty i udzielonych wyjaśnień. Izba dopuściła:

- 1) dowód wnioskowany przez odwołującego – stanowisko przedstawione przez pracownika zamawiającego Kierownika Zakładu Anestezjologii i Intensywnej Terapii prof. Marii Wujtewicz w odniesieniu do oceny wyjaśnień złożonych przez firmę Ekomark w piśmie z dnia 11 października 2011 r.,
- 2) dowód wnioskowany przez przystępującego – pismo firmy Hamilton Medical AG z dnia 28 października 2011 r. potwierdzające oferowane właściwości aparatu Hamilton G5.

Izba nie dopuściła wnioskowanych przez odwołującego dowodów:

- 1) oferty firmy Ekomark na dostawę respiratorów dla Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, gdzie zaoferowano respirator Hamilton G5 Intellivent,
 - 2) pytania Ekomark, czy zamawiający dopuści zrealizowanie wymogu z pkt 9.14 w trybie NIV,
 - 3) instrukcji obsługi respiratora produkcji firmy Tayco i broszury informacyjnej respiratora firmy Marquet,
- gdyż zgłaszane dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje: dostawę 12 sztuk respiratorów dla Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku.

Kryterium oceny ofert stanowiła:

- cena - waga 80%,
- jakość - 20%.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyli:

- Ekomark Sp. z o.o., cena 1 267 816,92, ocena w punktacji 98,
- Draeger Polska Sp. z o.o. – cena 1 595 160,00, ocena w punktacji 83,58,
- odwołujący Adam Andruszczak ZUM Unimed, cena 1 347 840,00 zł, ocena w punktacji 95,25.

W punkt III. 1 SIWZ zamawiający podał iż przedmiot zamówienia obejmuje respiratory o parametrach określonych w załączniku nr 4.

W załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający wyspecyfikował parametry, cechy wymagane respiratora, tzw. graniczne, których niespełnienie miało skutkować odrzuceniem oferty oraz parametry podlegające ocenie punktowej. W kolumnie 2 przedstawił wymagane właściwości, parametry, których opis miał przedstawić wykonawca w kolumnie „IV parametry oferowane, opis, komentarz.” Pod tabelą str. 8 załącznika nr 4 do SIWZ widnieje instrukcja, iż do ofert należy załączyć firmowe materiały informacyjne z parametrami technicznymi oferowanego przedmiotu zamówienia. Z ustalonych zasad oceny punktowej wynika, że w przypadku wymagań, które podlegały ocenie, zamawiający przyznawał:

- a) 0 punktów dla danego parametru, gdy nie jest oferowany,
- b) ilość punktów, podaną dla danego parametru, gdy parametr ten jest oferowany.

W rozdziale VI pkt 3 SIWZ w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, zamawiający wymagał dołączenia do oferty: katalogu (prospektu) lub firmowych materiałów informacyjnych z parametrami technicznymi oferowanego przedmiotu zamówienia.

W dokumentach oferty wykonawca zobowiązany był dołączyć: na etapie dostawy aparatu według § 3 pkt 6 i 8 zmodyfikowanego wzoru umowy (zał. nr 6 do SIWZ): instrukcję obsługi, dokumenty dopuszczające aparat do obrotu i używania na terytorium RP, deklaracje zgodności, certyfikat EC, wpis lub zgłoszenie do Rejestru Wyrobów Medycznych.

W zakresie określonym zarzutami odwołania, punkty: 8.4, 9.10, 9.14, 10.8.1, 11.4, 14 załącznika nr 4, nie były przedmiotem wyjaśnień zamawiającego do treści SIWZ.

Wybrany wykonawca - Ekomark Sp. z o.o. zaoferował respirator Hamilton G5 produkcji szwajcarskiej firmy Hamilton Medical AG. W wykazie parametrów, według załącznika nr 4 (str. 5-13 oferty) zaoferował wszystkie wymagane parametry i właściwości. W dokumentach

oferty załączył: specyfikację techniczną w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski. poświadczenie wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych, deklarację zgodności CE aparatu.

Pismem z dnia 22 września 2011 r. wykonawca - Draeger Polska Sp. z o.o. poinformował zamawiającego, iż w jego ocenie, oferowany przez wykonawcę Ekomark respirator Hamilton G5, nie spełnia wymagań oznaczonych parametrów w załączniku nr 4 do SIWZ, i przedstawił uzasadnienie identyczne w swej treści, jak to którym posłużył się odwołujący w swoim odwołaniu.

Zamawiający zwracał się do wykonawcy Ekomark Sp. z o.o. w dniu 7 października 2011 r. oraz 13 października 2011 r. o wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie przytoczył zarzuty podnoszone przez firmę Draeger, między innymi w zakresie:

- punktu: 8.4, załącznika nr 4,

„żaden z trybów wentylacji w zaoferowanym respiratorze Hamilton G5, (jak również S1) nie spełnia wymagania dotyczącego wentylacji spontanicznej, wspomaganej objętością VSV. Z informacji powziętych w toku postępowania wynika, iż tryby wentylacji dostępne w respiratorach Hamilton G5, zwane APVcmv i APV simv to typowe tryby wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej z gwarantowaną objętością (Volume Guarantee, Volume Target) i spełniają postawione przez zamawiającego wymaganie w pkt. 9.6. załącznika 4 do SIWZ. Tego warunku nie spełnia również tryb wentylacji ASV, w którym to respirator dąży do utrzymania założonej wentylacji minutowej regulując objętość oddechową TV i częstość oddechów RR bez regulacji wspomagania ciśnieniem PS (Pressure Support) czy też objętością (VS -Volume Support),

- punktu: 9.10 załącznika nr 4,

- na podstawie analizy częstości i objętości oddechów,

opcja ASV stosowana w respiratorach Hamilton G5 jest zmodyfikowaną wersją wentylacji z gwarantowaną objętością minutową MMV, w której respirator dąży do utrzymania założonej wentylacji minutowej regulując objętość oddechową TV i częstość oddechów RR bez regulacji wspomagania ciśnieniem PS (Pressure Support) czy też objętością (VS - volume suport). Nie ma więc trybu automatycznego odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej z automatyczną regulacją poziomu wspomagania ciśnieniowego na podstawie analizy EtCO₂, częstości i objętości oddechów,

- na podstawie spontanicznej automatycznej próbie oddechowej.

Nie ma trybu umożliwiającego odzwyczajanie pacjenta od wentylacji mechanicznej z automatyczną regulacją poziomu wspomagania ciśnieniowego na podstawie spontanicznej automatycznej próby oddechowej. Każdy dowolny respirator umożliwia doświadczonemu

operatorowi przeprowadzenie SBT (spontaneous breathing test) - spontanicznej próby oddechowej, ale nie w sposób automatyczny. W instrukcji obsługi respiratora Hamilton G5 nie ma ani słowa o możliwości przeprowadzenia tej funkcji.

Respirator G5 nie posiada wentylacji bazującej na pomiarze SpO₂, EtCO₂. Nie ma też możliwości wbudowania pomiaru SpO₂ i posiadania tej opcji. Typ zaawansowanej wentylacji ASV zarezerwowany jest dla respiratorów typu Hamilton S1, nie będących przedmiotem oferty.

- punktu: 9.14 załącznika nr 4, (podlegającego ocenie w kryterium jakości), zamawiający powziął informacje, iż respirator Hamilton G5 posiada w opcji NIV możliwość podawania pacjentowi oddychającemu spontanicznie tlen ale wyłącznie z możliwością regulacji stężenia O₂. Nie ma możliwości regulacji przepływu. Respirator podaje tzw. „przepływ na żądanie” czyli tyle ile chce pacjent zależnie od jego wysiłku spontanicznego. Nie ma elementu regulacji przepływu.

- punktu: 10.8.1 załącznika nr 4, zamawiający powziął informacje, iż respirator Hamilton G5 w wersji dla dorosłych i dla dzieci ma zakres regulacji 0,5 – 15l/min. Mając na uwadze wymóg z punktu 2 - respirator przeznaczony do terapii dzieci i pacjentów dorosłych - respirator ten nie spełnia postawionych wymagań. Zakres czułości 0,1-5 l/min jest dostępny wyłącznie dla noworodków.

- punktu: 11.4 załącznika nr 4, zamawiający powziął informacje, iż respirator Hamilton G5 mierzy wyłącznie dwie częstotliwości oddechów:

całkowitą częstotliwość oddychania - co spełnia wymóg punktu 11.1, oraz spontaniczną częstotliwość oddychania - co wypełnia wymóg punktu 11.2.

Częstotliwość oddechów wyzwalanych przez pacjenta jest obrazowaniem ilości oddechów spontanicznych pacjenta, które wyzwoliły oddech zadawany lub wspomagany przez respirator. Pomiar ten nie jest tożsamy z pomiarem częstotliwości oddechów spontanicznych (punkt 11.1), który zlicza wszystkie oddechy spontaniczne pacjenta nie rozróżniając czy oddechy te spowodowały wyzwolenie oddechu mechanicznego podawanego przez respirator, czy też nie.

W piśmie z dnia 11 października 2011 r. wykonawca wybrany Ekomark, powołując się na udostępnione informacje w tabelach zawierających parametry techniczne sprzętu w oparciu o oryginalne materiały i specyfikacje producenta, firmy Hamilton Medical AG, potwierdził wszystkie wymagane parametry i funkcje oferowanego respiratora tej firmy, przedstawiając

następujące wyjaśnienie.

Punkt 8.4. Zasada regulacji wspomaganie objętością (uzyskanie określonej objętości oddechowej TV podczas wentylacji wspomaganie ciśnieniem) jest w rzeczywistości realizowana w trybie ASV (Adaptive Support Ventilation). W momencie, gdy pacjent zaczyna oddychać spontanicznie, tryb ASV automatycznie przechodzi z wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej na wentylację wspomaganie ciśnieniem. Poziom ciśnienia wdechowego (w tym przypadku wspomaganie ciśnieniem) dostosowuje się automatycznie w celu osiągnięcia docelowej objętości oddechowej obliczonej za pomocą algorytmu ASV (docelowy MinVol/ docelowa częstość f). Tak więc w tym przypadku tryb ASV działa jako VSV (wentylacja wspomaganie objętością). Opis - Zasada działania ASV w podręczniku użytkownika G5. Dostępny na stronie producenta www.hamilton-medical.com, wersja SW 2,10.

Punkt 9.10. ASV (Adaptive Support Ventilation) działa jako narzędzie do automatycznego procesu odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej w następujący sposób:

- automatyczne wykrywanie spontanicznych oddechów pacjenta i przejście z wentylacji ciśnieniowo kontrolowanej na regulację wspomaganie ciśnieniem;
- automatyczne zmniejszanie częstości oddechów koniecznych w miarę zwiększania się częstości oddechów spontanicznych pacjenta; po pewnym czasie wentylacja kontrolowana, a następnie wentylacja wspomaganie „zanika” na rzecz kontroli zabezpieczenia bezdechu (w przypadku wystąpienia bezdechu respirator automatycznie włącza oddech kontrolowany);
- automatyczne zmniejszenie poziomu ciśnienia wdechowego w miarę poprawy stanu płuc pacjenta (np. gdy nastąpiła wystarczająca regeneracja płuc pacjenta po ostrym stanie chorobowym).

Minimalny poziom wspomaganie ciśnieniem wynosi zaledwie 5 cmH₂O (tak, by pomóc pacjentowi w pokonaniu oporu rurki dotchawiczej i obwodu oddechowego), tak więc można to uznać za spontaniczną próbę oddechową (tak jak SBT w SmartCare). Jeśli pacjent dobrze funkcjonuje ze wspomaganie na niskim poziomie (5-8 cmH₂O), jest gotowy do odłączenia od respiratora. Wyraźnie zaznaczony czas braku wspomaganie oddechowego przez respirator. Wykonawca odesłał do opisu zasad działania ASV w podręczniku użytkownika G5, zaznaczając, iż istnieją różne procedury i narzędzia odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej. SmartCare firmy Draeger opiera się na regulacji poziomu wspomaganie ciśnieniem (Psupport) w zależności od EtCO₂, TV i częstotliwości oddechów spontanicznych (nie uwzględniając mechaniki płuc). ASV w urządzeniu Hamilton G5 odzwyczajają pacjenta od wentylacji mechanicznej po pierwsze - regulując poziom wspomaganie ciśnieniem w oparciu o mechanikę płuc: podatność, opór, stały czas wydechania oraz spontaniczne oddechy pacjenta. NAVA firmy Maquet i PAV+ firmy Covidient

regulują PS w zależności od podejmowanego przez pacjenta wysiłku spontanicznego oddychania. Rezultat jest jednakże ten sam: każde narzędzie do odzwyczajania automatycznie dopasowuje PS do zdolności pacjenta do spontanicznego oddychania, zmniejszając PS do minimum, gdy pacjent jest na tyle silny, że zaczyna samodzielnie oddychać. Podkreślił, iż zamawiający powziął błędną informację i trudno ocenić jej źródło: Hamilton G5 posiada opcjonalną możliwość monitorowania EtCO₂ i SpO₂ (co łatwo udowodnić w oparciu o nową wersję 2.1 podręcznika użytkownika), a także możliwość rozbudowy respiratora o opcje Intellivent - w pełni automatyczny tryb wentylacji w zamkniętej pętli. Natomiast tryb zaawansowanej wentylacji adaptacyjnej ASV jest dostępny we wszystkich respiratorach firmy Hamilton Medical AG: Hamilton C1, Hamilton C2, Hamilton T1, Hamilton MR1, Hamilton G5 i Hamilton S1.

Punkt 9.14. Jeżeli pacjent „potrzebuje” tlenu tylko przez maskę tlenową (bez konieczności nieinwazyjnej wentylacji), potrzebny jest tylko prosty i tani miernik przepływu tlenu z linią tlenu i maską. Używanie respiratora wyłącznie do dostarczania tlenu pacjentowi, który nie wymaga żadnej wentylacji, jest zbyt kosztowne i niezasadne. Jest to oczywiście możliwe w przypadku respiratorów Hamilton G5, który można przełączyć na tryb NIV, wyłączyć alarm przecieku, ustawić poziom PEEP/CPAP (5-6 cmH₂O) i PS na zero, ustawić jakiegokolwiek stężenie O₂ i dostarczać pacjentowi mieszaninę powietrza z tlenem lub czysty tlen przez standardowy obwód oddechowy (respirator automatycznie reguluje przepływ w zależności od wysiłku oddechowego pacjenta, „na żądanie”). Z punktu widzenia klinicznego, procedura podawania tlenu pacjentowi z wydolnym oddechem własnym i jedynie niskim poziomem natlenowania przez respirator, nie ma żadnego uzasadnienia ze strony medycznej ani finansowej.

10.8.1. Zakres czułości (flow trigger) G5 wynosi 0.1 -15 l/min i podano go według oryginalnej, wydanej przez producenta specyfikacji technicznej. W przypadku respiratorów do terapii dorosłych i dzieci zakres czułości zaczyna się od 0.5 l/min. To więcej niż potrzeba do łatwego uaktywnienia (triggera) pracy respiratora zarówno u pacjenta pediatrycznego jak i dorosłego. Czułość niższa niż 0.5 l/min jest stosowana wyłącznie w przypadku pacjentów neonatologicznych. Jeżeli zastosuje się taki poziom czułości dla dorosłych pacjentów, spowoduje to przypadki automatycznego (triggera) „włączenia się” respiratora z niepożądanym skutkiem w postaci przyspieszonego oddechu wymuszanego przez respirator. W parametrach wymaganych zamawiający opisuje w punkt 2 - Respirator przeznaczony do terapii dzieci i pacjentów dorosłych. Podany w innym punkcie zakres regulacji objętości pojedynczego oddechu także nie wskazuje na to, aby zamawiający zamierzał wentylować tymi respiratorami noworodki lub wcześniaki.

Punkt 11.4. G5 monitoruje całkowitą i spontaniczną częstość oddychania. Wykonawca Ekomark ocenił jako wystarczające parametry do oszacowania zależności między wentylacją kontrolowaną, a wspomaganą. Dokładnie tak samo jest w przypadku respiratorów Evita XL i V500 firmy Draeger. Jeżeli zachodzi potrzeba ustalenia liczby oddechów spontanicznych i wspomaganych (lecz z obowiązkowym ciśnieniem lub objętością), należy przeanalizować „wskaźnik f” na ekranie. Na przykład: w trybie SIMV „wskaźnik f” jest ustawiony na 10, a pacjent ma spontaniczną częstotliwość 20. W tym przypadku wartość całkowita „f” będzie równa 20, a spontaniczna „f” będzie równa 10 (te 10 oddechów jest wspomaganych PS), więc drugie 10 oddechów jest wspomaganych kontrolowanym ciśnieniem lub objętością. Tę częstotliwość ustawia użytkownik i widzi ją na ekranie jako wskaźnik „f.” W respiratorze Hamilton G5 jest to parametr monitorowany w przejrzysty i przyjazny sposób w postaci wydzielonej funkcji na kokpicie.

Punkt 14. G5 posiada funkcję P/VTool, która służy jako manewr rekrutacji. Po pierwsze, za pomocą funkcji PV można wizualnie ocenić, czy płuca pacjenta mają zdolność rekrutacji, poprzez analizę amplitudy histerezy-odległość pomiędzy LIP i UIP. Jednocześnie można wyliczyć, odnajdując na wykresie PV punkty załamania krzywej wstępującej i zstępującej, dzięki temu przy pomocy kursorów można wyznaczyć i ustawić minimalny (optymalny) PEEP. Aby wykonać manewr rekrutacji, ciśnienie stopniowo jest podnoszone (automatycznie po wciśnięciu klawisza rekrutacji i po akceptacji warunków w jakich można dokonać rekrutacji pęcherzyków) do poziomu określonego przez użytkownika i utrzymuje się na tym poziomie podczas określonej pauzy T. Po przeprowadzeniu manewru ciśnienie jest obniżane do poziomu PEEP zdefiniowanego przez poprzedni manewr (tak więc, w przypadku otwarcia (rekrutacji pęcherzyków), płuca się „nie zapadną.” Z dostępnych badań klinicznych wynika, że funkcja P/VTool to wyjątkowo skuteczny, klinicznie udokumentowany manewr rekrutacji. Przy okazji wspomniał, że pętli P/V Draegera nie można uznać za manewr rekrutacji, ponieważ nie można ustawić pauzy T w Pakiecie Ochronnym Płuc (Lung Protective Package), lekarz musi ręcznie wcisnąć guzik „wstrzymaj”, aby uzyskać pauzę wdechową (inflation pause), PEEP sam w sobie nie ma zdolności rekrutacji. Dopiero ciśnienie wdechowe aplikowane w czasie ustawionej pauzy wdechowej wywołuje rekrutację pęcherzyków płucnych, a wyliczony optymalny poziom PEEP zapobiega zapadnięciu się płuc po rekrutacji. Podał, iż opcja P/VTool dostępna i zaoferowana zamawiającemu w respiratorze Hamilton G5, opisana w instrukcji obsługi, demonstrowana jest na symulatorze pracy na stronach internetowych producenta.

Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia i pismem z dnia 14 października 2011 r.

powiadomił wykonawców o wyborze oferty Ekomark Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro wykazywał, iż zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia poprzedzającej go w ocenie oferty wykonawcy Ekomark Sp. z o.o., uniemożliwiając tym wybór złożonej oferty, uprawiający do zawarcia umowy o realizację zamówienia, narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody.

Na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego i oferty wykonawcy Ekomark Sp. z o.o., przypomnienia wymagała definicja treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, ma postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, wyznaczają zatem formularz ofertowy – ogólny, wykaz oferowanych parametrów granicznych i podlegających ocenie. Zamawiający bezsprzecznie wyznaczył parametry graniczne dla urządzenia respiratora, za które zgodnie z utrwalonym znaczeniem tego terminu, uznaje się za konieczne do spełnienia z punktu widzenia istotnych postanowień SIWZ parametry i właściwości oferowanej dostawy, których brak skutkuje odrzuceniem oferty bez możliwości jej konwalidacji. Wykonawca Ekomark składający ofertę złożył podpis pod formularzem wymagania graniczne i zadeklarował ich spełnienie, tym samym objął zobowiązanie spełnienia tych wymagań treścią swojej oferty. Zamawiający wymagał od wykonawcy omówienia oferowanych właściwości aparatów respiratora przez zamieszczenie w kolumnie IV załącznika nr 4 do SIWZ, nie tylko samych parametrów, ale także opisu i komentarza. Powyższe świadczy w ocenie Izby, iż wymagania miały charakter funkcjonalny w rozumieniu art. art. 30 ust. 6 ustawy Pzp, a wykonawca powinien podać w ofercie sposób ich spełnienia, poprzez zamieszczenie opisu - komentarza.

Z przytoczonych w materiale dowodowym sprawy, postanowień specyfikacji istotnych wymagań zamawiającego wynika iż zamawiający żądał specyfikacji technicznych - oferowanych respiratorów (materiałów firmowych producenta) na potwierdzenie, iż

oferowane aparaty odpowiadają wymaganiom.

Powyższe dowodzi, iż odwołujący w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamia treść oferty z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganym dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, nie tworzą *sensu stricte* treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kategorię tych dokumentów wymienia § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statutowanego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego, z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego. Tak więc powoływanie się przez odwołującego na okoliczność, iż instrukcja obsługi respiratora Hamilton G5, która *nota bene* była wymagana na etapie dostawy aparatu, i nawet nie została przedstawiona jako dowód - nie potwierdza wszystkich wymaganych właściwości przedmiotu zamówienia, nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia argumentacji odwołującego.

Zamawiający wypełnił obowiązek określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań co koniecznej zawartości treści oferty, jak i wszelkich wymaganych dokumentów, a opis ten nie był przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców. Opis zamieszczony w załączniku nr 4 do SIWZ, zawiera wymagania w odniesieniu do funkcji jakie mają realizować zakupione urządzenia respiratorów. Nie zawiera natomiast wskazania konkretnych sposobów, rozwiązań technicznych, w jakich ma to być spełnione - byleby został zagwarantowany sam rezultat. Zdaniem Izby, zamawiający wymagał aby respirator realizował określone funkcje, co zostało wprost potwierdzone przez zamawiającego. Wykonawca Ekomark w swoim wyjaśnieniu z dnia 11 października 2011 r. dokładnie opisał w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, realizowane przez aparat Hamilton procedury i sposób ich uaktywniania – automatyczny lub przez operatora. Przytoczył też źródła w materiałach firmowych producenta, potwierdzające prawdziwość udzielonych wyjaśnień. Prawidłowość tych wyjaśnień i ich prawdziwość potwierdzają dodatkowo dowody złożone na rozprawie, tj. stanowisko prof. Marii Wójtewicz, Kierownika Zakładu Anestezjologii i

Intensywnej Terapii, która w odniesieniu do kwestionowanych przez odwołującego pozycji załącznika nr 4 do SIWZ, pkt 8.4, 9.10, 9.14, 10.8.1, 11.4 oraz 14 wyraziła fachową opinię dla komisji przetargowej, iż zarzuty firmy Draeger nie znajdują potwierdzenia, a respirator oferowany przez firmę Ekomark spełnia wymagania, odpowiadające potrzebom zamawiającego w jego działalności terapeutycznej. Nie bez znaczenia jest również udzielone potwierdzenie ze strony producenta urządzenia firmy Hamilton Medical AG oferowanych parametrów respiratora, gdyż nie wszystkie dane są zamieszczane w specyfikacjach technicznych.

W oparciu o przeprowadzone dowody, Izba uznała, że treść oferty wybranego wykonawcy Ekomark Sp. z o. o. obejmująca formularz ofertowy, oświadczenie o spełnieniu parametrów granicznych respiratora Hamilton G5, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozumianej jako zestawienie potrzeb i wymagań zamawiającego przedstawionych w SIWZ, którym nadał rangę *essentialia negotii* przyszłej umowy, odnoszącym się do przedmiotu, właściwości dostawy, zakresu świadczenia, wraz z dokumentami potwierdzającymi.

Z dokumentacji postępowania wynika, że odwołujący działając jako dystrybutor produktów firmy Draeger zaoferował respirator tej firmy Draeger Medical GmbH Niemcy o nazwie Evita Infinity V 500, natomiast wykonawca Draeger Polska Sp. z o.o. zaoferował respirator produkcji Draeger Medical GmbH Niemcy o nazwie Evita XL. Powyższe dowodzi, że wymienieni wykonawcy proponują respirator tego samego producenta w różnych wersjach.

Producenci respiratorów oferują aparaty o zróżnicowanych właściwościach, metodach i zakresach działania, zatem zestawienie parametrów technicznych - granicznych, zawiera, w ocenie Izby, podstawowe uwarunkowania dla zamawianej dostawy. Odwołujący nie podnosił zarzutów do podanego opisu funkcji respiratora, zaś funkcje urządzenia determinują też charakterystykę przeprowadzanych za jego pomocą procedur medycznych, dla których możliwe jest zastosowanie różnorodnych rozwiązań technicznych, realizujących te same funkcje terapeutyczne, czy diagnostyczne. Skoro zamawiający wymagał przedstawienia opisu, komentarza podania parametrów oferowanych, oznacza to, iż wykonawca był uprawniony aby zaproponować własne rozwiązania stosowane w jego urządzeniu, które jednakże miały zapewnić spełnianie wszystkich tych funkcji, które były zamawiającemu potrzebne, i których zadeklarowania oczekiwał.

Biorąc pod uwagę dyspozycje zamawiającego co do sposobu przedstawienia opisu urządzenia, Izba uznała, że nie ma podstaw aby przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, przez odstępstwa od wymagań SIWZ na etapie oceny ofert - w stosunku do wybranego wykonawcy Ekomark. Wbrew twierdzeniom

odwołującego, sam fakt, że zamawiający przedstawił żądanie wyjaśnień do treści oferty Ekomark wprost w formie nawiązującej do pisma firmy Draeger Polska Sp. z o.o. z dnia 22 września 2011 r., nie świadczy o tym, że zamawiający z góry przyjął zgłaszane zastrzeżenia do oferty konkurenta za zasadne. Natomiast dla wyeliminowania nawet hipotetycznych wątpliwości, nie mógł pozostawić ich bez wyjaśnienia.

Izba uwzględniła zatem stanowisko przystępującego, a przede wszystkim zamawiającego, który jednoznacznie stwierdził, iż przedstawiony opis przez Ekomark z uwzględnieniem dodatkowych wyjaśnień do treści oferty, spełnia wymagania jakie postawił w SIWZ.

Ad zarzut 1. pkt 8.4 wentylacja jest spełniana przez tryb ASV, gdyż opcję wspomagania wentylacji spontanicznej objętością (VSV) można uruchomić poprzez ustawienie opcji ASV, ustawiając docelową minimalną objętość minutową i docelową częstość oddechów. Należy też uwzględnić fakt, że wentylacja VSV jest w istocie rzeczą wentylacją ciśnieniowo-zmienną z gwarantowaną stałą objętością, nie istnieje zatem wentylacja VSV w pełnym tego słowa znaczeniu. Warunek ten we wspomnianej opcji jest całkowicie spełniony. Z punktu widzenia użytkownika taki sposób ustawienia parametrów wentylacji nie stanowi żadnego problemu.

Ad zarzut 2. pkt 9.10 respirator G5 spełnia jeden z wymaganych przez zamawiającego sposobów odzwyczajania pacjenta od wentylacji mechanicznej, tj. poprzez spontaniczną próbę oddechową uzupełnioną o pomiar ETCO₂. Przy użyciu trybu ASV można odzwyczaić pacjenta od mechanicznej wentylacji. Urządzenie wyposażone w opcję ASV zapewnia możliwość automatycznego zmniejszenia liczby oddechów, a przede wszystkim zmniejszenia poziomu wsparcia ciśnieniowego.

Ad zarzut 3. pkt 9.14 określenie NIV odnosi się do nie inwazyjnej wentylacji i jest realizowane przez respirator. Tlen jest podawany przez maskę w trybie nie inwazyjnej wentylacji. Z automatyczną regulacją przepływu wyzwalanego zapotrzebowaniem pacjenta. Punkt 9.14 załącznika nr 4 SIWZ definiuje możliwość podawania przez respirator tlenu przy pomocy maski twarzowej z regulacją przepływu i stężenia tlenu przy zastosowaniu standardowego obwodu pacjenta. Punkt ten nie definiuje sposobu regulacji przepływu mieszaniny oddechowej, co pozwala na zaproponowanie różnych opcji tej regulacji. Nie występuje tu zatem konieczność wyposażenia sprzętu w opcję regulowania przepływu przez operatora. Podany w SIWZ omawiany wymóg jest spełniony również przez oferowaną przez respirator Hamilton G5 opcję przepływu "na żądanie", uzależnionego od wysiłku oddechowego chorego. Konieczne jest oczywiście odpowiednie ustawienie parametrów trybu wentylacji NIV, ale jest to procedura prosta i nie czasochłonna. W praktyce, chorym wymagającym tlenoterapii biernej, tlen podaje się przy pomocy prostego układu z maską twarzową lub

specjalnym kominkiem nakładanym na koniec proksymalny rurki intubacyjnej lub tracheostomijnej. Zastosowanie odpowiednich złączek Venturiego umożliwia dokładne dawkowanie stężeń podawanego O₂.

Podnoszony brak opcji regulacji przepływu przez operatora (nie wymagany przez SIWZ) nie obniża wartości oferowanego sprzętu, którego parametry spełniają stawiane wymogi.

Ad zarzut 4. pkt 10.8.1 producent w specyfikacji technicznej podał zakres regulacji czułości na poziomie 0,1 – 15 litrów jako wartości progowej, a każdy respirator z wykorzystaniem jego funkcji regulacji może być stosowany zarówno do noworodków, dorosłych jak i dzieci, wartości progowe odpowiadają wymaganiom punktu 10.8.1 załącznika nr 4. Materiały informacyjne dotyczące respiratora Hamilton G5 definiują zakres regulacji czułości na poziomie 0,1 do 15 litrów/min., bez podawania szczegółów co do zakresów przeznaczonych dla poszczególnych grup wiekowych. Podobnie specyfikacja zamawiającego określa całkowity zakres regulacji od minimum 0,3 do 15 l/min. Przedstawiona oferta wykracza zatem poza wymagane minimum. Dodatkowo, należy podkreślić, że przeznaczenie respiratora do wentylacji dzieci i dorosłych (punkt 2 SIWZ) obejmować może również grupę noworodków - pod pojęciem dzieci należy rozumieć pacjentów od 1 dnia życia do ukończenia 18 roku życia, SIWZ nie podaje innej definicji "dziecka". Gdyby przyjąć jednak, że zasadniczą grupę chorych będą stanowić osoby dorosłe, to z punktu widzenia użytkownika minimum progu wyzwalania równe 0,5 l/min. nie różni się w istotny sposób od wartości 0,3 l/min., gdyż próg ten ustawia się najczęściej na poziomie co najmniej 2 l/min. Ustawianie progu poniżej 1 l/min, zatem w granicach różnicujących obydwa respiratory, jest praktycznie zawsze związane ze zjawiskiem samowzbudzenia (self-triggering), co powoduje podaż mieszaniny oddechowej bez czynnego zainicjowania wdechu przez chorego, a to z kolei wiąże się z potencjalnym dyskomfortem, pozostającym nie bez znaczenia u osoby oddychającej spontanicznie.

Ad zarzut 5. pkt 11.4 respirator G5 obrazuje wszystkie rodzaje oddechu tzn. spontanicznego, wydolnego i nie wydolnego oraz oddechu wyzwalającego pracę respiratora. Obrazowanie jest w formie cyfrowej, znaczonej na krzywej oddechowej i za pomocą tzw. dynamicznego obrazowania pracy płuca. Zamawiający stawiał wymóg pomiaru częstości oddechów wyzwalanych przez pacjenta. Respirator Hamilton G5 spełnia to wymaganie poprzez przedstawienie całkowitej liczby oddechów i liczby oddechów spontanicznych. Wystarczy wykonać proste działanie odejmowania (odjąć liczbę oddechów całkowitych od liczby oddechów obowiązkowych lub wspomaganych by uzyskać liczbę oddechów efektywnie wyzwalanych przez chorego). Zdolność do pomiaru całkowitej liczby oddechów spontanicznych, a nie tylko oddechów wyzwalających wspomaganie ze strony respiratora

wydaje się być dodatkowym atutem. Pozwala on bowiem na ocenę, czy próg wspomagania nie jest ustawiony na zbyt wysokim poziomie, co powoduje, że część inicjowanych przez chorego oddechów nie jest w stanie wyzwolić ich wspomagania ze strony respiratora. Powoduje to szybkie zmęczenie pacjentów, szczególnie tych z obturacyjnymi zaburzeniami oddychania, a stanowią oni pokaźny odsetek chorych leczonych w OIT.

Ad zarzut 6. pkt 14 należy najpierw przeprowadzić badanie czy otwarcie pęcherzyków będzie skuteczne na podstawie analizy wykresu generowanego przez respirator, na podstawie którego lekarz i decyduje o tym czy zabieg będzie skuteczny i bezpieczny, a następnie przy pomocy jednego przycisku specjalnego do tej funkcji dokonują się płynnego jednoczesnego zwiększania ciśnienia czyli manewru rekrutacji otwarcia tych pęcherzyków i utrzymania ich na odpowiednim poziomie (parametr PEEP który zostaje utrzymany na określonym poziomie przez urządzenie). Opcja P/VTool oferowana przez respirator Hamilton G5 pozwala na stopniowe przeprowadzenie manewru rekrutacji, co jest bezpieczniejszą opcją u chorych podatnych na barotraumę (np. chorych z ARDS czy POChP). Oprócz samego przeprowadzenia zabiegu rekrutacji pęcherzyków płucnych, pozwala on także na ocenę jego skuteczności.

W odniesieniu do zarzutu z punktu 9.14 wykazu parametrów, podnoszonego w odwołaniu, należało dodatkowo zauważyć, iż był to parametr ocenny. Wskazany zaś przez zamawiającego sposób oceny ofert, według kryterium parametry jakościowe, sprowadzał się do przyznania określonej punktacji, jeżeli oferowany respirator charakteryzuje się wymaganymi właściwościami, bądź nie przyznania takich punktów, jeżeli owych właściwości nie wykazuje - co również nie zamykało możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu, nawet gdy oferowany aparat nie posiadał w komplecie wszystkich ocenianych funkcji. Parametry techniczne, jakość, funkcjonalność w myśl art. 91 ust. 2 ustawy Pzp mogą być wyznaczane jako kryteria oceny ofert i wraz z oferowaną ceną składają się na pojęcie najkorzystniejszej oferty, zdefiniowane w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił, iż sposób oceny w kryterium jakości został przeprowadzony wadliwie. W odniesieniu do punktu 9.14. nawet nie zaoferowanie tego parametru, nie mogło powodować odrzucenia oferty.

Zdaniem Izby, wykonawca nie jest uprawniony, aby narzucać w jaki sposób ma zamawiający oceniać spełnienie parametrów funkcjonalnych, aby otrzymać produkt zaspakajający jego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. Takie działanie prowadzi do próby interpretacji postanowień SIWZ w sposób dogodny dla odwołującego, dający jemu możliwość uwzględnienia w ocenie ofert, akurat takich parametrów i właściwości, którymi charakteryzuje się produkowany przez niego, czy dystrybuowany produkt.

Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia, gdyż instrukcja obsługi aparatu Hamilton G5 nie potwierdza wprost spełnienia parametrów opisanych w kwestionowanych pozycjach wykazu załącznika nr 4 do SIWZ, w szczególności realizowanych w sposób, jaki odnosi się do respiratorów firmy Draeger. Odwołujący nie wykazał trafności tego zarzutu w przedstawionym uzasadnieniu faktycznym, ani nie przedstawił dowodów (w granicach odwołania), na poparcie swego stanowiska nawet w sposób, który mógłby co najmniej uprawdopodobnić zaistnienie zarzucanych okoliczności. Dla uznania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia w treści swojej oferty, obligujące do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest pełne i niewątpliwe dowiedzenie wprost i jednoznacznie takiej okoliczności w rozumieniu art. 6 K. c. Za znamienne Izba przyjęła, iż pomimo, że podnoszone zarzuty pierwotnie sformułował wykonawca Draeger Polska Sp. z o.o., to po udzielonych wyjaśnieniach ze strony wykonawcy Ekomark, firma Draeger w żaden sposób zarzutów tych nie podtrzymała. Zarzuty odwołania, jak wyżej był mowa, przytaczają wprost sformułowania wykonawcy Draeger w jego piśmie z dnia 22 września 2011 r. Nie uwzględniają więc treści wyjaśnień wykonawcy Ekomark Sp. z o.o. udzielonych na wezwanie zamawiającego z dnia 7 października 2011 r., które zaważyły na tym, że zamawiający uznał ofertę Ekomark za spełniającą wymagania i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby sposób oceny przytaczanych wyjaśnień i treści oferty wybranego wykonawcy dokonany przez zamawiającego był prawidłowy.

Mimo, że odwołujący jako przedstawiciel producenta tego rodzaju aparatów, może posiadać szeroką wiedzę na temat ich budowy i zastosowania, możliwości diagnostycznych, i terapeutycznych to w żadnym wypadku nie jest uprawniony do twierdzeń, że zamawiający źle ocenia swoje potrzeby i winien je zmienić w taki sposób, jak żąda tego wykonawca, który złożył konkurencyjną ofertę. Tego rodzaju zarzuty i związane z tym żądania nie mogły stanowić podstawy skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. Celowość zakupu określonego urządzenia, potrzebnego w działalności zamawiającego, charakteryzującego się oznaczonymi właściwościami, w żaden sposób nie ingeruje w sferę chronionych interesów prawnych wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione.

Podważanie czynności zamawiającego w odniesieniu do kwestionowanej oferty Ekomark, nie znajduje uzasadnienia. Argumenty odwołującego nie mogły zatem stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez bezzasadne uznanie, iż treść oferty złożonej w postępowaniu przez firmę Ekomark Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty;

2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, iż wykonawca Ekomark nie podlega wykluczeniu z postępowania pomimo, iż złożył nieprawdziwe informacje, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i zaniechanie odrzucenia jego oferty,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

– nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na poczet kosztów postępowania podlegał zaliczeniu uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

