

Sygn. akt: KIO 2111/18

WYROK

z dnia 31 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego - **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**, na rzecz Zamawiającego - **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**, kwotę 951,00 zł (słownie: dziewięćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa pomp infuzyjnych, stacji dokujących, stojaków i urządzeń peryferyjnych przeznaczonych do Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu”*.

Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2018/S 107-243376 z dnia 7.06.2018 r., a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 26 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (dalej również jako Odwołujący) o wyborze w części 4 zamówienia oferty wykonawcy Aesculap Chifa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji powzięcia wiadomości zawartych w ww. zawiadomieniu Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.10.2018 r., wskazując czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem ustawy Pzp:

1. niezgodny z ustawą Pzp wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aesculap Chifa Sp. z o.o. dla części nr 4;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. dla części nr 4, pomimo iż treść tejże oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań przedmiotowych Zamawiającego;
3. zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej dla części nr 4.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Aesculap Chifa Sp. z o.o. dla części nr 4;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. z postępowania w zakresie części nr 4;

3. zaniechanie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. dla części nr 4;
4. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 4;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 4;
- 4) odrzucenia oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Tysiąclecia 14 dla części nr 4 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp;
- 5) wyboru oferty Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla części nr 4.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wywodzi, że dokonanie szczegółowej analizy treści oferty oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Aesculap Chifa Sp. z o.o., pozwala na stwierdzenie, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 4 pozostaje w kolizji z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zaoferowane elementy przedmiotu zamówienia przez powołaną Aesculap Chifa, nie spełniają wymagań SIWZ i tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ dla części nr 4. Podnosi, że Zamawiający w zakresie części nr 4 zgodnie z SIWZ wymagał zaoferowania różnych wyrobów medycznych i wymagania te wskazał w Załączniku nr 1a do SIWZ, umieszczając w tym Załączniku również szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że w zakresie części 4 Zamawiający wymagał zaoferowania: 1. Pompy strzykawkowe (biblioteka leków); 2. Pompy objętościowe (biblioteka leków); 3. Stacja 4; 4. Stojak na stację; 5. Pompy strzykawkowe (proste); 6. Pompy objętościowe (proste); 7. Stojak na pompy. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich wskazanych w Załączniku nr 1a wyrobów medycznych, jednak dla poszczególnych wyrobów określił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że w zakresie części nr 4, Zamawiający wymagał zaoferowania m.in. 292 sztuk pomp strzykawkowych (prostych), a wymagania dla tych pomp opisał w pozycjach od 171 do 201 Załącznika nr 1a. Wskazuje, że w pozycji 178 powołanego Załącznika Zamawiający wskazał, że wymaga zaoferowania pompy strzykawkowej, która będzie spełniać wymaganie:

„Pompa infuzyjna strzykawkowa do infuzji dożylnych lub podskórnych u pacjentów dorosłych, dzieci i noworodków w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiającą współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi,

umożliwiająca podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów". Odwołujący dodaje, że Zamawiający regulacjami Rozdziału 10 pkt 10.2.2. SIWZ, wymagał złożenia wraz z ofertą (Rozdział 10 pkt. 10.2.1 SIWZ), Załącznika nr 1a (opis przedmiotu zamówienia), w którym to Załączniku zostały określone minimalne wymagania Zamawiającego odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia. Jednocześnie regulacjami Rozdziału 6 pkt 6.5 ppkt 6.5.1.1. SIWZ, Zamawiający wymagał aby wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona złożył w terminie nie krótszym niż 10 dni, złożył aktualne na dzień złożenia dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że spółka Aesculap w zakresie części nr 4, zaoferowała pompę strzykawkową o nazwie handlowej Perfusor Compact Plus. W Załączniku nr 1a do SIWZ złożonym wraz z ofertą dla pompy strzykawkowej prostej pozycja 178, w kolumnie „Parametr oferowany”, Spółka Aesculap Chifa podała, że funkcjonalność Wi-Fi realizowana jest „poprzez moduł stacji”, a nie jak wymagał Zamawiający poprzez samą pompę.

Odwołujący podnosi, że spółka Aesculap przedłożyła dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, z których jednoznacznie wynika, że pompa strzykawkowa nie dysponuje opcją Wi-Fi, a komunikacja umożliwiająca podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego odbywa się za pośrednictwem stacji dokującej. Zdaniem Odwołującego wypełniona została dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, które powinny być zastosowane w odniesieniu do oferty Aesculap, gdyż zaoferowana pompa strzykawkowa nie dysponuje opcją Wi-Fi. Dodaje, że moduł stacji posiadał własny opis przedmiotu zamówienia. Dla każdej części Zamawiający wskazał osobny opis, który musiał być spełniony w całości. Odwołujący zwraca uwagę także, że według wymagań Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 1a, stacja pompy ma również umożliwiać komunikację ze szpitalną siecią komputerową i bezpośrednio z komputerem za pomocą interfejsu Ethernet lub/i za pomocą bezprzewodowego połączenia sieciowego (poz. 154). Tym samym według Odwołującego należy rozumieć, że Zamawiający wymagał zaoferowania stacji pompy które będą dysponować komunikacją przewodową lub bezprzewodową i pomp strzykawkowych, które również będą dysponować opcją Wi-Fi, czyli komunikacją bezprzewodową. Odwołujący podnosi, że z wiadomości przekazanej pomiędzy Działem Zamówień Publicznych Szpitala Uniwersyteckiego a Działem Aparatury Medycznej - MP - Kierownikiem wynika, że w zakresie wymagań przedmiotowych zaoferowane elementy przedmiotu zamówienia przez Aesculap Chifa, spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, „... a fakt, że dodatkowo opisuje sposób realizacji parametru nie wpływa na poprawność złożonej w ofercie deklaracji.” I dalej „... Zamawiający opisał cechę której oczekiwał, ale nie narzucał sposobu jej realizacji, więc oferta Aesculap jest prawidłowa”. Zwraca uwagę, że MP, pisząc „... Zamawiający opisał cechę, której oczekiwał (czyt. opcja Wi-

Fi pompy strzykawkowej), ale nie narzucał sposobu jej realizacji", dokonał pewnej nadinterpretacji wymagań SIWZ, gdyż regulacje te, a w szczególności wymaganie z poz. 178 Załącznika 1a, jednoznacznie wskazuje na konieczność dysponowania opcją Wi-Fi przez pompę strzykawkową, a nie inny sposób realizacji tej funkcjonalności, np. poprzez stację dokującą.

Odwołujący informuje, że w wyniku ponownego badania oferty złożonych w zakresie części 4, Zamawiający pismem z dnia 1.10.2018 r., wezwał Aesculap Chifa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie treści oferty w zakresie wymagania określonego w pozycji 178, w szczególności w zakresie spełnienia wymagania *„...umożliwiająca współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi, umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”*. Spółka Aesculap w dniu 4.10.2018 r., złożyła wyjaśnienia, w których oświadczyła, że zaoferowała pompę strzykawkową prostą o nazwie handlowej Perfusor Compact Plus, która nie dysponuje „*opcją Wi - Fi*” lecz poprzez moduł stacji i fakt ten jest bezsprzeczny. Odwołujący wskazuje, że powołane wyjaśnienie treści złożonej oferty jest próbą spowodowania zmian regulacji SIWZ i dostosowania jej do zaoferowanego przez ww. spółkę przedmiotu zamówienia w zakresie pompy strzykawkowej prostej. Według Odwołującego Zamawiający w sposób jednoznaczny określił wymagania w zakresie części nr 4 poz. 178, żądając zaoferowania pompy strzykawkowej prostej która ma dysponować określonymi parametrami, a nie pompy strzykawkowej prostej, która będzie realizować określone wymagania za pośrednictwem stacji dokującej. Podnosi, że wymaganie poz. 178 jednoznacznie odnosi się do pompy strzykawkowej a nie do stacji dokujących, których wymagania zostały określone w części 4 od pozycji 135 do pozycji 165.

Zdaniem Odwołującego pismo - opinię Kierownika Działu Aparatury Medycznej, MP z dnia 19.09.2018 r. jest tylko i wyłącznie próbą zmiany wymagań Zamawiającego po upływie terminu składania ofert, gdyż stanowi o rozwiązaniach technologicznych dla pompy strzykawkowej zaoferowanej przez Aesculap Chifa w zakresie połączenia bezprzewodowego i komunikacji ze szpitalnym systemem informatycznym za pośrednictwem stacji dokującej, pomijając wymaganie w zakresie dysponowania przez pompę opcją W-Fi. Odwołujący zauważa, że Zamawiający regulacjami SIWZ nie określił, że komunikacja bezprzewodowa Wi-Fi ma być realizowana poprzez umieszczenie pompy strzykawkowej w tej stacji dokującej i dopiero komunikację bezprzewodową z systemem szpitalnym. Podkreśla, że żadna z regulacji SIWZ nie odnosiła się do takiego rozwiązania jak i również nie była przedmiotem jakichkolwiek wyjaśnień Zamawiającego odnośnie stacji dokującej i pompy strzykawkowej prostej. Odwołujący wskazuje, że w trakcie realizacji postępowania przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający udzielił wyjaśnień do treści SIWZ i wyniku tych wyjaśnień dokonał zmian Załącznika nr 1a do siwz w zakresie poz. 216, dotyczącej pompy

perystaltycznej. Zmiana w pozycji nr 216, dotyczyła właśnie opcji Wi-Fi, gdzie pierwotny opis tego wymagania był tożsamy z zawartym w pozycji 178 i dotyczącym pompy strzykawkowej. W wyniku zmiany wymagania zapis:

„Pompa perystaltyczna do infuzji dużych objętości pacjentom dorosłym, dzieciom i noworodkom w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiającą współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi, umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”

Został zmieniony na wymaganie:

„Pompa perystaltyczna do infuzji dużych objętości pacjentom dorosłym, dzieciom i noworodkom w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiającą współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi (lub opcja WiFi dostępna na stacjach dokujących), umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”

Zdaniem Odwołującego powyższe jednoznacznie wskazuje, że analogiczny zapis w pozycji 178 dotyczący opcji Wi-Fi dla pompy strzykawkowej, należy również rozumieć, że urządzenie (pompa strzykawkowa), powinno dysponować opcją Wi-Fi, a nie realizować tę funkcjonalność poprzez moduł stacji. Podnosi, że ustawa Pzp nie pozostawia żadnej wątpliwości w zakresie obligatoryjnej konieczności odrzucenia każdej oferty w przypadku, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, dodatkowo orzecznictwo KIO w tym zakresie nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w takich jak ten przypadkach Zamawiający nie może dowolnie interpretować prawa i musi bezwzględnie odrzucić każdą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli wyczerpane zostały przesłanki do tej czynności, co ma miejsce w przedmiotowym przypadku. Powołuje się na stanowisko doktryny oraz wyrok KIO z dnia 27.04.2009, r. KIO/UZP 173/09. Odwołujący wywodzi, że wybór jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty Aescuiap Chifa Sp. z o.o., dla części nr 4, jest dla niezrozumiałe, ponieważ skoro Zamawiający wymagał (zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ), oferty na ściśle określony wyrób i zawarł te wymagania nie w dokumentach mało istotnych dla prowadzonego postępowania ale w SIWZ, to dlaczego przy dokonywaniu badania zgodności treści oferty z treścią siwz, Zamawiający odstąpił od tych ważnych regulacji i uznał za ważną i za najkorzystniejszą ofertę, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymaganych istotnych parametrów technicznych. Konkluduje, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Aescuiap Chifa Sp. z o.o. dla części nr 4, a dokonane badanie oferty powołanego wykonawcy oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej zostało zrealizowane z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3, art. 91 ust.

1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 29.10.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Aesculap Chifa Sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 14, 64-300 Nowy Tomyśl (dalej również jako Przystępujący).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający specyfikację techniczną zamawianych produktów zawarł w Załączniku nr 1a do SIWZ. W odniesieniu do części 4 zamówienia – „Infuzja wzmożony nadzór i OK” określono m.in. wymogi:

W odniesieniu do „Pomp strzykawkowych (prostych) – 292 szt.”, w pkt 178 określono:

„Pompa infuzyjna strzykawkowa do infuzji dożylnych lub podskórnych u pacjentów dorosłych, dzieci i noworodków w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiająca współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi,

umożliwiająca podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”.

W odniesieniu do „Pomp objętościowych (prosty) – 73 szt.” – w pkt 216 wymagano:

„Pompa perystaltyczna do infuzji dużych objętości pacjentom dorosłym, dzieciom i noworodkom w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiającą współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi, umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”.

W toku postępowania wykonawcy zwrócili się z pytaniami do SIWZ w trybie art. 38 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 9.07.2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 57 – *„Pompy objętościowe proste. Część 4 poz. 216. - Prosimy Zamawiającego o przeniesienie wymogu opcji Wi-Fi, na stacje dokującą Zamawiający opisał urządzenie jako pompy objętościowe proste, w związku z tym prosimy o rezygnację z funkcji zaawansowanych”.*

Odpowiedź: *„Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie”.*

Zamawiający opublikował zmianę Załącznika nr 1a do SIWZ, gdzie zmieniono m.in. ww. pkt 216, nadając mu brzmienie (podkreślenie Izby):

„Pompa perystaltyczna do infuzji dużych objętości pacjentom dorosłym, dzieciom i noworodkom w przerywanych lub ciągłych infuzjach płynów pozajelitowych, leków, krwi i preparatów krwiopochodnych, sterowana elektronicznie umożliwiającą współpracę z systemem centralnego zasilania i zarządzania danymi, posiadająca opcję Wi-Fi (lub opcja WiFi dostępna na stacjach dokujących), umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów”.

W dniu 18.07.2018 r. do Zamawiającego Odwołujący skierował pytanie o treści:

„Mając na uwadze udzielone wyjaśnienia do postępowania prosimy o doprecyzowanie, czy Zamawiający będzie wymagał w pakiecie 4 pozycja 178 pomp posiadających wbudowany moduł WI FI a w pozycji 216 wbudowany moduł WIFI lub w pompę lub dopuścić możliwość zaoferowania wbudowanego modułu WIFI w stację dokującą?”.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie.

Przystępujący został wezwany do wyjaśnienia oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie spełniania określonego w pkt 178 Załącznika 1a do SIWZ odnoszącego się posiadania przez zaoferowaną pompę infuzyjną strzykawkową „opcji Wi-Fi”.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 4.10.2018 r., Przystępujący wyjaśnił, że oferowana pompa infuzyjna strzykawkowa spełnia wszystkie wymogi SIWZ, a w zakresie opcji Wi-Fi podał, że: *„Sprzęt zaoferowany przez Wykonawcę zapewnia taką opcję a więc całkowicie spełnia wymagania SIWZ. Należy podkreślić, że każda z zaoferowanych pomp Perfusor Compact^{plus} posiada opcję komunikacji z systemem informatycznym szpitala „bez użycia przewodów” z wykorzystaniem technologii Wi-Fi. Oferowane pompy zapewniają bezprzewodowy przekaz informacji na każdym etapie łączności pomiędzy pompą a szpitalnym systemem informatycznym. Komunikacja ta odbywa się za pośrednictwem modułu Wi-Fi znajdującego się w stacji dokującej, z której pompa jest łączona w toku normalnego korzystania w szpitalu. Moduł Wi-Fi jest integralną częścią stacji. Również komunikacja pomiędzy pompą a stacją dokującą odbywa się w technologii bezprzewodowej. Opisany powyżej sposób realizacji, a więc wpięcie pompy do kieszeni stacji dokującej nie wpływa na poprawność złożonej oferty. Zamawiający opisał tę cechę której oczekiwał. Intencją Zamawiającego było pozyskanie funkcji łączności Wi-Fi, ale opis SIWZ był zbyt ogólny i nie narzucał sposobu jej realizacji. Sposób realizacji tej funkcji przez stację dokującą pozostaje więc w zgodzie z opisem i potrzebami Zamawiającego”.* Do wyjaśnień Przystępujący dołączył mający potwierdzać funkcjonalność Wi-Fi folder producenta.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia ustawy Pzp, które Odwołujący wywodził z okoliczności uznania przez Zamawiającego, że oferta Aesculap Chifa Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu i w rezultacie wybrania jej jako najkorzystniejszej, a przy tym zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzuty odwołania wywodził z okoliczności, iż oferowane przez Przystępującego pompy infuzyjne – strzykawkowe w jego ocenie nie odpowiadają SIWZ, bowiem funkcję Wi-Fi realizują poprzez stację dokującą, nie zaś bezpośrednio z pompy. W szczególności Odwołujący zaznacza, że możliwość realizacji opcji Wi-Fi została wprost wyrażona dla pompy objętościowej w zmienionym pkt 216 Załącznika nr 1a do SIWZ, a w odniesieniu do pompy strzykawkowej pkt 178 wskazania takiego nie zawiera. Zdaniem Odwołującego należy to odczytywać jako wymóg, by pompa infuzyjna strzykawkowa realizowała ową opcję bez pośrednictwa stacji dokującej, inna możliwość nie została bowiem w pkt 178 dopuszczona.

Należy uznać, że jakkolwiek argumentacja Odwołującego jest logiczna i spójna, to nie uwzględnia ona całości okoliczności faktycznych sprawy. W pierwszej kolejności wymaga

odnotowania, że zarówno pkt 178 jak i 216 posługują się tym samym zwrotem „*posiadająca opcję Wi-Fi umożliwiającą podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów*”, przy czym na skutek pytania do SIWZ Zamawiający w pkt 216 dodał „*lub opcja WiFi dostępna na stacjach dokujących*”. Okolicznością bezsporną jest, że ww. pytanie do SIWZ, jak i jego modyfikacja dotyczyły jedynie pkt 216 Załącznika nr 1a. Jednakże należy zwrócić uwagę na treść pytania i uzasadnienie wniosku o zmianę SIWZ w tym zakresie – wykonawca formułujący ów wniosek wskazał, że „*(...) Zamawiający opisał urządzenie jako pompy objętościowe proste, w związku z tym prosimy o rezygnację z funkcji zaawansowanych*”. Argument za rezygnacją z funkcji zaawansowanej – tj. opisanie urządzenia jako pompy objętościowe proste, można odnieść odpowiednio do pomp strzykawkowych, które również zostały opisane jako „proste” – (Załącznik nr 1a do SIWZ, pomiędzy wierszem 170 a 171). Mając na uwadze powyższe okoliczności należy uznać, że zasadnym jest założenie, że brak zmiany pkt 178 Załącznika nr 1a mógł nie wynikać z zamierzonego działania Zamawiającego, którego celem było zróżnicowanie wymagań w zakresie opcji Wi-Fi w ww. pompach, ale np. z jego przeoczenia. Przyjęcie przez Przystępującego, że realizacja opcji Wi-Fi przez stację jest możliwa również w odniesieniu do pomp strzykawkowych znajduje również uzasadnienie w odpowiedzi na ww. pytanie do SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że „*dopuszcza takie rozwiązanie*”. Brzmienie odpowiedzi wskazuje na interpretację istniejącego w pkt 216 zapisu SIWZ – tożsamego jak w pkt 178, odnoszącego się do pomp strzykawkowych. W ocenie Izby, wobec ww. brzmienia omawianych zapisów oraz odpowiedzi na pytanie do SIWZ, nie było bezpodstawnym przyjęcie przez Przystępującego i Zamawiającego, że dopuszczone zostało realizowanie funkcji Wi-Fi poprzez stację dokującą - przy jednoczesnym zachowaniu funkcjonalności połączenia pompy z szpitalnym systemem informatycznym bez użycia przewodów.

Dalej, nie można uznać, że zapis pkt 178 Załącznika nr 1a w części 4, po modyfikacji pkt 216 nie budzi wątpliwości i jest w pełni precyzyjny. Na istnienie wątpliwości wskazuje także złożone przez Odwołującego pytanie do SIWZ z dnia 18.07.2018 r., w którym zwrócił się o „doprecyzowanie”, czy wymagane jest, aby pompy określone w pkt 178 posiadały wbudowany moduł Wi-Fi, a w pozycji 216 moduł wbudowany lub możliwość zaoferowania modułu Wi-Fi wbudowanego w stację dokującą. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie, zadane było bowiem po upływie terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a zdaniem Zamawiającego omawiany zapis nie budził wątpliwości. W tym miejscu nie można zgodzić się z Zamawiającym, bowiem na istniejące wątpliwości wskazuje chociażby samo pytanie zadane przez Odwołującego. Reasumując, pkt 178 Załącznika nr 1a do SIWZ w części 4 nie może być uznany za precyzyjnie wskazujący, że funkcja Wi-Fi ma być realizowana przez moduł wbudowany w pompę. Zamawiający nie zawarł takiego wymogu, a wymagał jedynie „*posiadania opcji Wi-Fi umożliwiającej podłączenie pompy do szpitalnego*

systemu informatycznego bez użycia przewodów” – przy czym w punkcie 216 Załącznika nr 1a wprost dopuścił realizację tej funkcjonalności przez stację dokującą. Omawiane dopuszczenie było rezultatem pytania wykonawcy, z kolei do pkt 178 takiego pytania nie sformułowano w terminie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednakże, że brak takiego wskazania w pkt 178 jednoznacznie wyklucza ww. rozwiązanie. Jak zasadnie podnosił Przystępujący, a co potwierdza treść pytania Odwołującego do SIWZ – w omawianym punkcie nie dookreślono, że wymagany jest np. moduł Wi-Fi wbudowany w pompę. Dopiero przy takim wskazaniu wykluczenie rozwiązania przyjętego przez Przystępującego byłoby jednoznaczne. Zaznaczyć przy tym należy, że bezspornym było, że pompa oferowana przez Przystępującego zapewnia komunikację bezprzewodową ze stacją dokującą, a wpięcie jej w stację zapewnia realizację opcji Wi-Fi. Ponadto rzeczona opcja Wi-Fi zgodnie z pkt 178 (jak i 216) Załącznika nr 1a, powinna umożliwiać „*podłączenie pompy do szpitalnego systemu informatycznego bez użycia przewodów*”. Z okoliczności sprawy wynika, że również oferowana przez Przystępującego stacja dokująca łączy się z systemem informatycznym szpitala bezprzewodowo, a zatem zachowany jest wymóg łączenia się pompy z siecią szpitala bez użycia przewodów.

W ocenie Izby wzięcie pod uwagę powyższych okoliczności prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zastosowanie rzeczonego przepisu wymaga jednoznacznego stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – a żeby takie ustalenie było możliwym, koniecznym jest, by treść SIWZ w odpowiednim zakresie była jednoznaczna. W przypadku braku jednoznaczności SIWZ, niemożliwym jest dokonanie negatywnej weryfikacji oferty w zakresie nieostrych, niedookreślonych zapisów specyfikacji, brak jest bowiem wzorca dla przeprowadzenia takiej oceny i jednoznacznego ustalenia braku zgodności oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 27.09.2016 r., KIO 1717/16, z dnia 7.10.2016 r., KIO 1771/16, z dnia 2.01.2018 r., KIO 2651/17, z dnia 14.07.2015 r., KIO 1399/15). Jednocześnie, zgodnie z jednolitym orzecnictwem Izby, to na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego sporządzenia SIWZ, a wszelkie wynikające z niego wątpliwości nie mogą obciążać wykonawców i być interpretowane na ich niekorzyść (por. np. wyrok KIO z dnia 13.09.2017 r., KIO 1782/17, z dnia 7.07.2017 r., KIO 2239/17, 13.05.2015 r., KIO 896/15, z dnia 11.06.2015 r., KIO 1116/15). Nie budzi wątpliwości, że odrzucenie oferty Przystępującego wobec jej niezgodności z pkt 178 Załącznika nr 1a w części 4 stanowiłoby interpretację powołanego zapisu SIWZ na niekorzyść wykonawcy. Nie można zatem uznać, że Zamawiający, zaniechawszy odrzucenia oferty Aesculap Chifa Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dopuścił się naruszenia rzeczonego przepisu. W konsekwencji nie ma również podstaw dla przyjęcia naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że oferta powinna być zgodna z SIWZ.

Odwołujący pozostałe zarzuty odwołania tj. zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp uzasadniał założoną bezprawnością zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która nie została przez Izbę stwierdzona. W konsekwencji, z uwagi na posiłkowy charakter ww. zarzutów w stosunku do niepotwierdzonego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz brak odrębnych podstaw mających je uzasadnić, rzezone zarzuty należało uznać za bezpodstawne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonych biletów PKP (6 biletów, każdy z ceną 150 zł) oraz dowodów uiszczenia opłaty skarbowej od 3 pełnomocnictw (każda w wysokości 17 zł), zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: