

Sygn. akt: KIO 2321/15

WYROK
z dnia 3 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2015 r. przez wykonawcę GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży

przy udziale wykonawcy BIOTRONIK Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „*zakup, dostawę, montaż i uruchomienie stacjonarnego angiografu wraz z adaptacją pomieszczeń dla nowego urządzenia dla potrzeb pracowni hemodynamiki i radiologii zabiegowej oraz zakup i dostawę systemu do ablacji serca dla Szpitala Wojewódzkiego w Łomży*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 29 lipca 2015 r., poz. 2015/S 144-265788. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26 października 2015 r. GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- I. Dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Biotronik Polska Sp. z o.o., ul. Murawa 12-18, 61-655 Warszawa jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2 - System do Ablacji serca;
- II. Zaniechaniu odrzucenia oferty Biotronik;
- III. Zaniechaniu wezwania Biotronik do uzupełnienia opisów (np.: prospekty, foldery, karty katalogowe producenta produktów) potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, zatem niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego Zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- II. dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Biotronik, a w razie braku podstaw do nakazania odrzucenia ww. oferty - nakazanie wezwania Biotronik do uzupełnienia opisów (np.: prospekty, foldery, karty katalogowe producenta produktów) potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego w zakresie pkt 47 opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 2.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca BIOTRONIK Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie złożył odpowiedzi na odwołanie i nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę.

Zamawiający dzień przed wyznaczonym terminem rozprawy wnosił o jej odroczenie z powodu sezonu urlopowego. Pomijając nawet fakt, że pismo Zamawiającego nie było podpisane (zostało przesłane faksem i nie zawierało drugiej strony, na której powinny być podpisy), i fakt, że doręczono je składowi orzekającemu dopiero po godz. 15.30 w przeddzień rozprawy (co de facto uniemożliwiło zniesienie wyznaczonego na dzień następnego terminu), Izba nie dopatrzyła się podstaw do odroczenia posiedzenia i rozprawy. Zamawiający został zawiadomiony prawidłowo o terminie posiedzenia; niewątpliwie czas na przygotowanie się do rozprawy jest krótki, ale rozpocząć przygotowania można niezwłocznie po otrzymaniu kopii odwołania. Na rozprawie okazało się, że treść dokumentów będących podstawą rozstrzygnięcia nie była sporna, a jedynie Odwołujący i Przystępujący wysnuwali na ich podstawie inne wnioski, dlatego obecność Zamawiającego w ocenie Izby nie była konieczna dla rozstrzygnięcia odwołania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zakup, dostawa, montaż i uruchomienie stacjonarnego angiografu wraz z adaptacją pomieszczeń dla nowego urządzenia dla potrzeb pracowni hemodynamiki i radiologii zabiegowej oraz zakup i dostawę systemu do ablacji serca dla Szpitala Wojewódzkiego w Łomży; w ramach pakietu nr 2 przedmiotem zamówienia jest Zakup i dostawa systemu do ablacji. Zamawiający określił parametry oczekiwanych dostaw (hardware i software) w tabeli stanowiącej część SIWZ („Zestawienie minimalnych wymaganych parametrów technicznych i podlegających ocenie w pakiecie 2”), a równocześnie wzór, który po wypełnieniu wykonawcy załączali do oferty. I tak, dla pakietu 2, Zamawiający określił (w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania) następujące wymogi:

- w pkt 32 tabeli należało skonkretyzować (przez podanie Producenta, Modelu/Typu/Nr Katalogowego itd.) „Oprogramowanie systemu elektrofizjologicznego”,
- w pkt. 33 „Oprogramowanie do badań elektrofizjologicznych serca umożliwiające rejestrację min. 12 kanałowego zapisu EKG, min. 3 kanały ciśnień, min. 50 kanałów wewnątrzsercowych”,
- w pkt. 47 „Oprogramowanie hemodynamiczne”. Przy czym tabela miała szatę graficzną, która wskazywała na to, że oczekiwania w pkt 33 i 47 należą do pkt 32, tj. oprogramowania systemu elektrofizjologicznego.

Przystępujący wypełniając tabelę, oświadczył, że zaoferowany przez niego system posiada tego rodzaju oprogramowanie (hemodynamiczne) wskazując, że potwierdzenie tego faktu znajduje się na stronach 77-120 jego oferty, tj. w instrukcji obsługi systemu EP-Tracer. Pismem z dnia 1 października 2015 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wezwał Przystępującego m.in. do wskazania w dokumentach ofertowych potwierdzenia spełniania oferowanego parametru w odniesieniu do „oprogramowania hemodynamicznego”. Przystępujący pismem z dnia 9 października 2015 r. oświadczył, że „oprogramowanie hemodynamiczne jest wgrywane na indywidualne zamówienie szpitala i w tym wypadku, ze względu na taki wymóg system będzie dostarczony również z oprogramowaniem hemodynamicznym”. W załączeniu przedłożył aktualną instrukcję oprogramowania systemu elektrofizjologicznego EP Tracer dla pkt 32. W trakcie rozprawy nie było sporne, że instrukcja ta w kilku miejscach opisywała parametr ciśnienia krwi (a więc parametr hemodynamiczny). Zamawiający stwierdził, że oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ i uznał ją za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, a co najmniej Zamawiający powinien prowadzić dalsze wyjaśnienia tejsze

oferty. Oprogramowanie hemodynamiczne, jeżeli zostanie wgrane, będzie stanowiło zdaniem Odwołującego naruszenie przeznaczenia oferowanego systemu EP-Tracer, który jest dedykowanym elektrofizjologicznym urządzeniem pomiarowym wykorzystywanym do uzyskiwania, filtrowania, digitalizacji, wzmacniania, wyświetlania i nagrywania sygnałów uzyskiwanych podczas badania elektrofizjologicznego i związanego z procedurami elektrofizjologicznymi w szpitalach i laboratoriach EP. System EP-Tracer nie jest odpowiednim urządzeniem do monitorowania pacjenta. Dla monitorowania EKG należy stosować dedykowany monitor pacjenta, z możliwością pomiarów minimalnie, podstawowych, nieinwazyjnych parametrów hemodynamicznych. Wgranie niezależnego oprogramowania hemodynamicznego zdaniem Odwołującego spowoduje ingerencję w zasadniczy element systemu, komputer osobisty, który powinien być dedykowaną stacją nie powinien być wykorzystywany do innych celów. Ponadto, nie zapewnia wykonywania pomiarów hemodynamicznych, do przeprowadzenia których wymagany jest minimum dedykowany moduł hemodynamiczny zapewniający monitorowanie podstawowych parametrów hemodynamicznych pacjenta, takich jak: niezależne EKG, SpO2, nie-inwazyjny pomiar ciśnienia, temperatura. I wreszcie wgranie oprogramowania hemodynamicznego nie stanowiącego integralnej części oprogramowania elektrofizjologicznego uniemożliwia korzystanie jednoczesne z obu typów pomiarów elektrofizjologicznych i hemodynamicznych - jeden z programów będzie musiał być zawsze wyłączony. Przełączenie dedykowanej stacji komputerowej do zabiegów elektrofizjologii na program hemodynamiczny spowoduje wypaczenie przedmiotu zamówienia gdyż w ten sposób system elektrofizjologiczny staje się stacją hemodynamiczną bez kontroli parametrów elektrofizjologicznych w tym samym czasie. W takiej sytuacji ewentualne wgranie „na życzenie Zamawiającego” oprogramowania hemodynamicznego, stawia Zamawiającego w sytuacji dostarczenia rozwiązania nieużytecznego dla Operatora systemu i osób dokonujących diagnostyki elektrofizjologicznej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający otrzymując wyjaśnienia Biotronik nie tylko nie miał podstaw do uznania, że parametr 47 został potwierdzony w ofercie Biotronik, ale powinien zagłębić zagadnienie instalacji „na życzenie” oprogramowania hemodynamicznego, a wówczas nie miałby wątpliwości, że takie rozwiązanie pozostaje sprzeczne z treścią SIWZ. Powinno więc skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a nie jej wyborem.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w kontekście zarzutów odwołania, Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

Ze sformułowań tabeli opisującej oczekiwane przez Zamawiającego parametry wynikało, że Zamawiający przewidział, iż oprogramowanie hemodynamiczne może być częścią systemu elektrofizjologicznego. Nie przewidział sposobu implementacji tego oprogramowania, więc nie mogło to być przedmiotem oceny Izby. Ponieważ w ofercie Przystępującego Zamawiający nie znalazł dokumentu potwierdzającego zaoferowanie oprogramowania hemodynamicznego, zwrócił się do wykonawcy o ich wskazanie. Zamawiający powołał się w wezwaniu z dnia 1 października 2015 r. na art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, choć wydaje się, że w istocie bardziej właściwy byłby przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (wezwanie było raczej wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, skoro Zamawiający nie doszukał się w ich ofercie). W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył aktualną instrukcję oprogramowania systemu elektrofizjologicznego EP Tracer dla pkt 32 tabeli (pkt 47 – oprogramowanie hemodynamiczne – był przyporządkowany do pkt 32). Nie było sporne, że w tejże instrukcji przywoływano parametry odnoszące się do ciśnienia krwi, a więc parametry hemodynamiczne (strona 23 instrukcji - podmenu ciśnienie, str. 26 - zakładki AUX 1.2.3 kanały pomocnicze, np. dla rejestracji ciśnienia) oraz str. 37-39 - punkt 4.5 - kalibracja ciśnienia).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów przywoływanych w odwołaniu. Zamawiający wymagał oprogramowania hemodynamicznego i aktualna instrukcja oprogramowania systemu elektrofizjologicznego EP Tracer wskazywała, że w systemie tym zaimplementowane jest oprogramowanie hemodynamiczne, skoro opisano w niej przynajmniej jeden parametr hemodynamiczny. Wobec braku definicji „oprogramowania hemodynamicznego” za takie oprogramowanie należy uznać takie oprogramowanie, które służy do monitorowania parametru/parametrów hemodynamicznych. Zamawiający w pkt 47 ani w żadnym innym punkcie SIWZ nie określił, jakie parametry hemodynamiczne ma mierzyć oprogramowanie hemodynamiczne. Jedynie w pkt 33 podano parametr ciśnienia krwi. Skoro nie podano innych parametrów hemodynamicznych, które miałyby mierzyć oczekiwane oprogramowanie, to nawet jeżeli oprogramowanie zaoferowane przez Przystępującego hipotetycznie nie mierzy innych parametrów hemodynamicznych, oprócz jedyne wymienionego w SIWZ – nie można odrzucić oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Przyczyna odrzucenia oferty musi wynikać z treści SIWZ w sposób pozwalający na ustalenie, że oferta wykonawcy bądź jest sprzeczna z treścią SIWZ bądź treścią oferty nie objęto bezwzględnego wymogu SIWZ. Na gruncie rozpatrywanego stanu faktycznego nie można było dopatrzeć się takiej korelacji. Zamawiający wymagał oprogramowania hemodynamicznego i Przystępujący zaoferował takie oprogramowanie, mierzące co najmniej jeden parametr hemodynamiczny. Skoro Zamawiający nie wskazywał w SIWZ na inne oczekiwane do monitorowania parametry

- okoliczność, że być może oferta Przystępującego ich nie oferuje, nie może być przedmiotem dalszych dociekań Zamawiającego, ani tym bardziej odrzucenia oferty.

Na powyższą ocenę nie ma wpływu ani odpowiedź na pyt nr 9 (na którą Odwołujący powoływał się dopiero na rozprawie), ani fakt, że Zamawiający wymienił jedyny skonkretyzowany parametr hemodynamiczny (odnoszący się do ciśnienia krwi) w pkt 33 tabeli. Z tego rodzaju sformułowań nie można wywodzić, że oprogramowanie hemodynamiczne miało być przeznaczone do monitorowania innych, dodatkowych parametrów, jeżeli nie zostały one wyraźnie w SIWZ wskazane.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....