

WYROK

z dnia 16 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez **PROMED Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Gemed Elias Spółka jawna w Chorzowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **4 Wojskowemu Szpitalowi Klinicznemu z Polikliniką Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu** – w ramach pakietu IV - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Gemed Elias Spółka jawna w Chorzowie** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PROMED Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **4 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu** na rzecz **PROMED Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego wg pakietów 1-9.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 września 2015 roku wykonawca Promed Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy.

Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:

- I. dokonaniu wyboru oferty GEMED Elias Sp. j., UL Stefana Batorego 19, 41-506 Chorzów (dalej: przystępujący), jako najkorzystniejszej w ramach Pakietu IV. (Kardiomonitor modułowy - 14 szt.);
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „s.i.w.z.”);
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego w pakiecie IV.

Odwołujący podniósł, że na skutek dokonania zarzucanych czynności (bądź zaniechań) w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania. W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący został narażony na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu IV. (Kardiomonitor modułowy - 14 szt.);

II. odrzucenia oferty złożonej w ramach Pakietu IV. (Kardiomonitor modułowy - 14 szt.), przez przystępującego;

III. powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu IV. (Kardiomonitor modułowy - 14 szt.).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa sprzętu medycznego z podziałem na dziewięć pakietów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2a do s.i.w.z. (Parametry bezwzględnie wymagane). Dokument zawiera parametry wymagane wszystkich elementów przedmiotu zamówienia (dziewięć pakietów). W ramach pakietu IV. (Kardiomonitor modułowy - 14 szt.) w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego oraz oferta przystępującego.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach Pakietu IV. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Po zapoznaniu się z treścią oferty złożonej przez przystępującego odwołujący stwierdził, że nie odpowiada ona treści s.i.w.z., wobec czego oferta podlega odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.).

I. Dot. Poz. 1 Pakietu IV [KARDIOMONITORY 5 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. i Poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z..

W poz. 1 Pakietu IV [KARDIOMONITORY 5 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do SIWZ i Poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R” oraz umożliwiać komunikację z systemem archiwizacji danych kardiologicznych: MUSE (dodanie urządzeń w systemie, ich odpowiednia konfiguracja oraz uruchomienie musi odbywać się w sposób nie naruszający warunków gwarancji systemu MUSE produkcji GE)”.

Odwołujący podniósł, że system archiwizacji danych kardiologicznych MUSE, wykorzystywany przez zamawiającego, o którym mowa w ww. fragmencie SIWZ, został dostarczony i zainstalowany przez odwołującego w ramach realizacji zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu medycznego na oddział kardiologii” Udzielona przez odwołującego gwarancja wygasa nie wcześniej niż w dniu 29 września 2016 r. Jej warunki przewidują, że przyczyna utraty świadczonej przez odwołującego gwarancji może być m.in.

nieautoryzowany dostęp do konfiguracji systemu oraz wprowadzanie jakichkolwiek nieautoryzowanych zmian w jego ustawieniach.

Odwołujący stwierdził, że oferta przystępującego nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, w zakresie w jakim, dodanie urządzeń w systemie MUSE, ich odpowiednia konfiguracja oraz uruchomienie musi odbywać się w sposób nie naruszający warunków gwarancji systemu MUSE produkcji GE. Oferta przystępującego nie zawiera powyższego świadczenia (podłączenia oferowanych kardiomonitorów do posiadanego przez zamawiającego systemu MUSE - dodanie urządzeń w systemie MUSE - w sposób nie naruszający warunków gwarancji systemu MUSE). Wynika to z faktu, że przystępujący nie zwrócił się do gwaranta (w tym przypadku odwołującego) z zapytaniem ofertowym na ww. prace, wiążące się z ingerencją w system MUSE.

W ocenie odwołującego, oferta przystępującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w cytowanym powyżej punkcie, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.

II. Dot. Poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 32 Załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 32 Załącznika nr 2a do SIWZ zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Możliwość rozbudowy o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji”.

Odwołujący podniósł, iż przystępujący w zakresie pozycji 2 Pakietu IV zaoferował kardiomonitor Carescape B650, wyposażony m.in. w moduł hemodynamiczny PDM. Odwołujący podkreślił, że zaoferowany przez przystępującego moduł PDM nie spełnia wymogu dotyczącego pomiaru saturacji i tętna opisanego w punkcie 32 tabeli w POZ. 2 Pakietu IV.

Rozwiązanie opisane w punkcie 32 w poz. 2 Pakietu IV, tj. „oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji w nomenklaturze producenta zaoferowanego kardiomonitora (firmy GE Healthcare) określane jest jako SPI (z ang. „Surgical Pleth Index”). Sama rozbudowa o tę funkcjonalność polega na aktualizacji oprogramowania w kardiomonitorze (bez konieczności zakupu jakichkolwiek dodatkowych elementów sprzętowych).

Funkcjonalność taka jest możliwa do rozbudowy w każdym urządzeniu z linii Carescape, pod warunkiem zastosowania w kardiomonitorze takiego modułu hemodynamicznego, który pozwalał będzie na monitorowanie saturacji krwi (SpO2) przy wykorzystaniu technologii pomiaru GE - Datex Ohmeda. Tymczasem, zaoferowany przez GEMED moduł PDM możliwości pomiaru w tej technologii nie posiada.

Odwołujący wskazał, że potwierdzenie rodzaju wymaganej dla SPI technologii pomiaru można znaleźć chociażby w materiałach załączonych do oferty przystępującego. Potwierdza go załączona do oferty ulotka „Szybki przewodnik - wskaźnik SPI” znajdująca się na stronach 103-104 oferty, gdzie na stronie 104, środkowa kolumna, akapit czwarty od góry znajduje się następująca informacja: „Licencja na oprogramowanie do pomiaru wskaźnika SPI jest opcjonalna i obarczona określonymi wymaganiami odnośnie stosowanego monitora. Pomiar wymaga również zastosowania technologii GE Ohmeda SpO2 i kompatybilnych czujników. W celu uzyskania pełnego wykazu elementów pozwalających na dokonywanie pomiarów SPI należy skontaktować się z lokalnym przedstawicielem GE Healthcare”.

Odwołujący powołał się na dowód: - Szybki przewodnik- wskaźnik SPI (str. 103-104 oferty przystępującego - w aktach postępowania).

Odwołujący stwierdził, że inne oficjalne materiały producenta również jednoznacznie potwierdzają, że moduł zaoferowany przez przystępującego nie posiada funkcjonalności opisanej w punkcie 32 w poz. 2 Pakietu IV (Załącznik nr 2a do SIWZ). Dowodem na to może być dokument pt. „Szybki przewodnik - Adekwatność znieczulenia”, w którym producent (strona 2, akapit środkowy) wymienia moduły, niezbędne do wykonania pomiaru SPI: „Urządzeniami dokonującymi pomiary SPI są moduły E-PSM(P), E-PRESTN i E-RESTN. Wskaźnik SPI należy mierzyć wyłącznie z wykorzystaniem określonych czujników zakładanych na zakończenia palców”, załączony przez odwołującego do odwołania.

W ocenie odwołującego, dla spełnienia wymogu opisanego w punkcie 32 w poz. 2 Pakietu IV, w zaoferowanym przez firmę GEMED kardiomonitorze B650 należało dostarczyć moduł E-PSM, E-PSMP, E-PRESTN lub E-RESTN. Tymczasem przystępujący zaoferował moduł PDM, co wynika z informacji zawartej na str. 15 jego oferty, gdzie wymienione zostały elementy zaoferowane w poz. 2 Pakietu IV: „(...) Kardiomonitor funkcji życiowych pacjenta model Carescape B650 z modułami dodatkowymi: PDM, E-sCAiO(v), E-sCO, E-PiCCO, E-COP ('.../'oraz z ulotek załączonych do oferty GEMED.

Odwołujący podniósł, iż zaoferowany przez przystępującego moduł PDM pozwala na pomiar SpO2 w technologii Masimo lub Nellcor (co potwierdzają załączone przez przystępującego materiały informacyjne - ulotka PDM „Moduł danych pacjenta” z ang.

Patient Data Module na str. 116 oferty przystępującego). Na stronie 116 oferty GEMED (lewa kolumna) znajdują się informacje jednoznacznie wskazujące, że moduł PDM umożliwia tylko pomiar SpO2 w technologii Masimo lub Nellcor (wynika to np. z określenia typów sond SpO2 lub ze wskazanych dokładności pomiarów jedynie dla tych dwóch technologii). Tymczasem, żadna z tych technologii nie jest wspierana przez producenta do wykonywania wymaganego przez SIWZ pomiaru SPI.

Aby kardiomonitor pozwalał na rozbudowę o oprogramowanie analizy odpowiedzi organizmu na bodźce bólowe, czyli SPI - konieczny jest pomiar saturacji w technologii GE Ohmeda SpO2. Ta technologia dostępna jest w module E-PSMP (nazywany często skrótowo „PSMP”), zaoferowanym przez odwołującego dla tej pozycji. Odwołujący zauważył, że przystępujący również zaoferował moduł E-PSMP, ale tylko z monitorem B450 w poz. 1 Pakietu IV. W związku z tym oferta przystępującego nie mogła być wybrana, lecz należało ją odrzucić na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

III. Dot. Poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R” (...)”

Dodatkowym warunkiem opisanym w treści s.i.w.z., którego kardiomonitor wraz z modułem PDM nie jest w stanie spełnić, jest wymóg pełnej kompatybilności z aktualnie posiadanym sprzętem na Oddziale Kardiologii „R”.

Aktualnie na oddziale Kardiologii „R” zamawiający posiada kardiomonytory produkcji GE Healthcare dostarczone w 2014 roku: Carescape B650 i Carescape B450 wraz z modułami hemodynamicznymi E-PSMP.

W ocenie odwołującego, dla zapewnienia pełnej sprzętowej kompatybilności kardiomonitorów i wszystkich oferowanych i opcjonalnych modułów pomiarowych, w ofercie na nowe monitory dla tego oddziału powinien znaleźć się moduł, który poza zwykłą możliwością użycia z innymi kardiomonitorami z tej lokalizacji będzie również mógł współpracować z akcesoriami na zasadzie wymienności. Tylko zapewnienie tych dwóch elementów pozwoli na pełną kompatybilność uwzględniającą dowolną możliwość wymiany sprzętu i akcesoriów między stanowiskami, w transporcie i w sytuacjach nagłych.

Kompatybilność zaoferowanego przez przystępującego modułu PDM z aktualnie posiadanym przez zamawiającego sprzętem na Oddziale Kardiologii „R” jest jedynie pozorna ze względu na to, że nie pozwala on na dowolną wymianę akcesoriów między stanowiskami. Powodem tego jest konieczność zastosowania różnych czujników saturacji (z racji zastosowanych różnych technologii pomiaru saturacji, o czym mowa w uzasadnieniu zarzutu II niniejszego odwołania). Dla użytkownika oznacza to, że nie będzie on miał możliwości wykorzystania dowolnego czujnika lub kabla SpO2 dostępnego na stanowisku, gdyż konieczne będzie zaopatrzenie każdego stanowiska w odrębny kabel SpO2 dla modułu PDM, odrębny czujnik SpO2 dla modułu PDM, niezależnie od posiadanego kabla SpO2 dla modułu E-PSMP oraz czujnika SpO2 dla modułu E-PSMP (z którymi moduł PDM nie jest kompatybilny). Oznacza to również konieczność zwracania wzmożonej uwagi i zachowywania szczególnej ostrożności przez personel medyczny, który będzie musiał kontrolować czy do właściwego monitora stosuje się właściwe akcesoria. Z tego powodu nie można tu mówić o zachowaniu pełnej kompatybilności, bowiem przy migrujących po oddziale modułach (co miało być w założeniu ich wielką zaletą) nie będzie wymienności elementów. W sytuacji, w której zaoferowane przez przystępującego produkty znalazłyby się na oddziale, na stanowisku monitorowania należałoby przechowywać więcej niż obecnie elementów koniecznych do pracy (minimum dwa). Równolegle musiałyby być nabywane i zabezpieczane dla potrzeb oddziału niezależne grupy akcesoriów (jedne akcesoria współpracujące z modułem E-PSMP, inne zaś współpracujące z modułem PPM). Jeżeli użytkownik chciałby aby przy stanowisku - poza czujnikiem dla dorosłych - był również czujnik pediatryczny i np. czujnik na ucho, wówczas liczba dodatkowych elementów wzrośnie do czterech, z których każdy ma swój kabel przyłączeniowy (element konstrukcyjnie wrażliwy na splątanie). Z punktu widzenia użytkownika, w takiej sytuacji nie wystarczy już jedynie wyjąć pożądanego rozmiar czujnika oraz kabel SpO2 i podłączyć go do modułu pomiarowego, gdyż w sytuacji zastosowania modułu PDM obok modułów PSMP - konieczna będzie dodatkowo weryfikacja kompatybilności czujnika i kabla z modułem, który aktualnie może znajdować się przy stanowisku. Wprowadza to znaczne utrudnienia w pracy oddziału, co w przypadkach nagłych może prowadzić nawet do sytuacji zagrażających życiu pacjenta, ze względu na komplikacje i stres wynikający z zastosowania nieodpowiedniego czujnika. Na marginesie należy wskazać, że od strony modułu E-PSMP i PDM zarówno czujniki w technologii Masimo, Nellcor, jak również GE Ohmeda SpO2 mają identyczne wtyki, co dodatkowo utrudnia ich weryfikację i zastosowanie odpowiedniego akcesorium. Poza uwarunkowaniami bezpieczeństwa pacjenta i komfortu pracy personelu medycznego istnieje również czynnik ekonomiczny przemawiający za zastosowaniem czujników pomiarowych. Zastosowanie modułu PDM obok modułu E-PSMP wymusi większe inwestycje w akcesoria SpO2 (konieczne będzie

zakupienie dodatkowych czujników Masimo lub Nellcor do poprzednich siedmiu stanowisk oraz czujników GE Ohmeda SpO2 do nowych 10 stanowisk).

Tym samym, w ocenie odwołującego, oferta przystępującego nie może być uznana za odpowiadającą treści s.i.w.z.

IV. Dot. Poz. 2 Pakietu IV [KARDOMONITOR 9 SZT.] pkt 43 Załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 43 Załącznika nr 2a do SIWZ Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Monitorowanie rzutu serca metodą termodylucji (C.O.), frakcji wyrzutowej prawej komory (REF), ciśnienia krwi metodą inwazyjną i saturacji mieszanej krwi żyłnej (SvO2)”

Przystępujący w zakresie poz. 2 Pakietu IV zaoferował kardiomonitor Carscape B650 z m.in. modulem hemodynamicznym E-COP. Zaoferowany modulem E-COP nie spełnia wymogu opisanego w punkcie 43 tabeli w poz. 2 Pakietu IV.

W zakresie poz. 2 Pakietu IV przystępujący zaoferował: „(...) Kardiomonitor funkcji życiowych pacjenta model Carescape B650 z modułami dodatkowymi: PDM, E-sCAiO(v), E-sCO, E-PiCCO, E-COP (...)” (str. 15 oferty przystępującego). Produkt zaoferowany przez przystępującego jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a to ze względu na brak możliwości dokonania pomiaru saturacji mieszanej krwi żyłnej (SvO2) za pomocą zaoferowanego modułu E-COP.

Przedłożona wraz z ofertą przystępującego ulotka informacyjna produktów E-COP oraz E-COPsv pozwala na jednoznaczne określenie, że aby spełnić wymogi s.i.w.z. zaoferowany powinien zostać również modulem E-COPsv. Według zapisów tej ulotki (str. 123 oferty GEMED, prawa kolumna), w module E-COP nie ma możliwości pomiaru parametru SvO2. Tylko zaoferowanie modułu E-COPsv (jak ma to miejsce w ofercie odwołującego) daje taką możliwość. Świadczy o tym chociażby ten zapis z przywoływanej ulotki: „Modulem pomiarowy rzutu serca - E-COP, Modulem pomiarowy rzutu serca i SvO2 - E-COPsv”. Opis modułu E-COP jednoznacznie świadczy, że firma GEMED oferuje wersję modułu pomiarowego, która nie jest w stanie zapewnić pomiaru parametru SvO2. Modulem o oznaczeniu E-COP jest w stanie zrealizować pomiar rzutu serca metodą termodylucji, jednakże nie zapewnia równocześnie pomiaru SvO2. W obudowie tego modułu brak jest odpowiedniego gniazda na kabel SvO2, a jakkolwiek rozbudowa go w celu pomiaru SvO2 nie jest możliwa (konieczny jest zakup kolejnego modułu).

W ocenie odwołującego, powyższe jednoznacznie przesądza o braku zgodności parametrów sprzętu zaoferowanego przez przystępującego z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w treści s.i.w.z. To z kolei przesądza o konieczności odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 16 września 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu oświadczył, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Odnosnie punktu II dotyczy Pozycji 2 Pakietu IV (Kardiomonitor 9 sztuk) punkt 32 Załącznika 2a do s.i.w.z. stwierdził, że zamawiający w ww. punkcie wskazał możliwość rozbudowy o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji przy części dotyczącej jednego z pomiarów zawartych w module (część tabeli technicznej dotycząca: „Pomiar saturacji i tętna”). Podniósł, że modułu pomiarowego nie można rozbudować o oprogramowanie, ponieważ moduł służy do przekazywania informacji -pomiaru z samego czujnika podłączonego do modułu pomiarowego też zaś jest podłączony do kardiomonitora i to kardiomonitor można rozbudować, uaktywnić dodatkową funkcję jaka jest pomiar SPI, czyli analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji."

Przystępujący wskazał, iż nie wymagał od oferentów wyceny i dostawy kardiomonitorów z tą funkcją, a jedynie możliwość rozbudowy, która nawet nie została określona w s.i.w.z. W przypadku, kiedy zamawiający zwróciłby się do wykonawcy o przedstawienie oferty na rozbudowę o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji, przystępując uwzględniłby nie tylko uaktywnienie oprogramowania w Kardiomonitorach ale i zastosowanie odpowiednich modułów kompatybilnych / wymaganych do pomiaru SPI.

Dodatkowo, przystępujący zauważył, w Tabeli Technicznej zamawiający, opisując pomiar saturacji, nie wskazał na technologię pomiaru czy ma to być technologia Massimo, Nellcor czy też technologia GE.

Przystępujący wskazał, że – zgodnie z punktem nr 32 „Możliwość rozbudowy o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji.” - na etapie przedstawiania oferty przetargowej zamawiający nie wymaga zaoferowania technologii pomiaru saturacji w technologii GE.

Po drugie na etapie przygotowywania oferty przetargowej jaki przy wypełnianiu tabeli technicznej i potwierdzaniu spełniania wymaganych parametrów technicznych przystępujący przedstawił i potwierdził prawdziwe parametry techniczne oferując odpowiedni moduł pomiarowy model: PDM:

Przystępujący podniósł, że zamawiający w punkcie nr 5 tabeli technicznej wymagał:

„Monitor wyposażony w moduł/element transportowy, który pozwala na ciągłe monitorowanie co najmniej EKG (x12), SpO2, NIBP, IBP (x2), Temp (x2) podczas transportu pacjenta. Masa modułu poniżej 2 kg, zasilanie bateryjne na minimum 3 godziny pracy”.

Przystępujący zaznaczył, że zaoferowany w jego ofercie przetargowej moduł / element transportowy model: PDM posiada własne zasilanie awaryjne na około 3,5 godziny zgodnie z ulotką techniczną i zapewnia użytkownikowi nieprzerwalne monitorowanie funkcji życiowych pacjenta podczas odłączenia od kardiomonitora bazowego i przełączenie go do opcjonalnego ekranu na czas transportu. W związku z powyższym, moduł o którym pisze odwołujący - model: E-PSMP - jest niewłaściwy i nie spełnia ww. wymogu, ponieważ nie posiada on własnego zasilania awaryjnego i po odłączeniu go od kardiomonitora bazowego do czasu wpięcia - podłączenia go do innego kardiomonitora, następuje przerwa w zapisie mierzonych funkcji życiowych pacjenta. W związku z powyższym to odwołujący zaoferował zamawiającemu niewłaściwy moduł do pomiarów funkcji życiowych pacjenta.

Przystępujący załączył ulotki techniczne dotyczące modułów: E-PSMP bez własnego awaryjnego zasilania na czas transportu oraz ulotkę techniczną modułu PDM.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty przystępującego z treścią punktu III dotyczącego Pozycji 2 Pakietu IV (Kardiomonitor 9 sztuk) punkt nr 1 Załącznika nr 2a s.i.w.z, przystępujący wskazał, że – zgodnie z wymogiem zamawiającego – kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R” (..)

Przystępujący zaznaczył, że Autoryzowany Dystrybutor Producenta firmy GE Healthcare potwierdza 100% kompatybilność monitorów jak i modułów pomiarowych -

zgodnie z wymogiem jaki stawiał wykonawcom zamawiający. Podkreślił, że zamawiający nie dodał, że kompatybilność dotyczy również czujników i sond czy kabli EKG, mankietów. Zamawiający w Tabeli Parametrów technicznych nie zawarł również informacji o technologii pomiarowej saturacji, o której pisze odwołujący, jednak zamawiający jasno określił jeden z parametrów technicznych, dotyczący zasilania awaryjnego modułu wskazując tym samym na model/ typ ~ moduł hemodynamiczny PDM posiadający wymagane min. 3 godziny zasilania awaryjnego, którego moduł E-PSMP nie posiada więc jest produktem niewłaściwie zaproponowanym nie spełniającym wymogu stawianego w SIWZ:

W zakresie punktu IV dotyczącego Pozycji 2 Pakietu IV (Kardiomonitor 9 sztuk) punkt nr 43 Załącznika nr 2a s.i.w.z.. przystępujący wskazał, że potwierdził spełnienie parametru z punktów tabeli technicznej nr 43 i 45 oraz zaznaczył jego potwierdzenie w ulotce technicznej zamieszczonej w swej ofercie przetargowej na stronie nr 121 do 124. Ulotka ta szczegółowo opisuje parametry techniczne modułu wraz z jego funkcjami i zakresami pomiarowymi wręcz z 100% dokładnością co do potwierdzenie wymogów stawianych przez zamawiającego w punktach 43 oraz 45. Poinformował, że w tabeli parametrów technicznych przy podawaniu nazwy modeli zaoferowanych monitorów oraz modułów nastąpiła oczywista omyłka pisarska. Zaproponowany moduł to E-COPsv, co jest zgodne z późniejszymi potwierdzeniami wymaganych parametrów technicznych w punkcie 43 oraz 45. Jednocześnie przystępujący stwierdził, że przedstawił ulotkę techniczną potwierdzającą te parametry, co oznacza, że zarzut odwołującego do tej części jest bezzasadny.

Odnosnie punktu nr I dotyczącego Pakietu nr IV (Kardiomonitor 5sztuk) punkt 1 Załącznika nr 2 a do s.i.w.z. i Pozycji nr 2 Pakietu nr IV (Kardiomonitor 9 sztuk) punkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. przystępujący stwierdził, że potwierdził wymóg stawiany w Tabeli Parametrów Technicznych dotyczący:

„Kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R” oraz umożliwiać komunikację z systemem archiwizacji danych kardiologicznych: MUSE (dodanie urządzeń w systemie, ich odpowiednia konfiguracja oraz uruchomienie musi odbywać się w sposób nie naruszający warunków gwarancji systemu MUSE produkcji GE.)”

Przystępujący podniósł, że jest Autoryzowanym Dystrybutorem Producenta firmy GE Healthcare. Oferując zamawiającemu przedmiot zamówienia oferował produkty zgodne z wymogiem s.i.w.z. oraz w pełni kompatybilne z posiadanym przez zamawiającego system do archiwizacji danych kardiologicznych MUSE.

Zgodnie z posiadaną wiedzą każdy Autoryzowany Dystrybutor firmy GE Healthcare posiada te same prawa gwarancyjne jak i pogwarancyjne do serwisowania, konfigurowania, obsługi urządzeń, systemów których producentem jest ww. firma.

Na rozprawie w dniu 16 września 2015 roku odwołujący cofnął zarzut dot. zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z. - Poz. 1 Pakietu IV [KARDIOMONITORY 5 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. i Poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z..

Izba ustaliła, co następuje:

W poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 32 Załącznika nr 2a do SIWZ zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Możliwość rozbudowy o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji”.

Wymogi te zostały ujęte w Tabeli Technicznej dotyczącej kardiomonitorów, w części dotyczącej „Pomiaru saturacji i tętna.

Przystępujący w zakresie pozycji 2 Pakietu IV zaoferował kardiomonitor Carescape B650, wyposażony m.in. w moduł hemodynamiczny PDM. Moduł PDM nie spełnia wymogu dotyczącego pomiaru saturacji i tętna opisanego w punkcie 32 tabeli w POZ. 2 Pakietu IV.

W poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R” (...)

Na oddziale Kardiologii „R” zamawiający posiada kardiomonitor produkcji GE Healthcare dostarczone w 2014 roku: Carescape B650 i Carescape B450 wraz z modułami hemodynamicznymi E-PSMP.

Przystępujący zaoferował:

Część I:

- Kardiomonitor Carescape B 450 (producent GE Healthcare)

- Moduły pomiarowe hemodynamiczne (funkcji życiowych pacjenta E-PSMP (producent GE Healthcare)

Część II:

- Kardiomonitor Carescape B 450 (producent GE Healthcare)
- Moduły pomiarowe Hemodynamiczne (funkcji życiowych pacjenta) PDM (producent GE Healthcare)
- Moduły dodatkowe do pomiarów specjalistycznych kompatybilne z monitorami serii Carecape B 650 i Carescape B 450 producenta GE Healthcare.

W poz. 2 Pakietu IV [KARDIOMONITOR 9 SZT.] pkt 43 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. zamawiający zawarł następujący wymóg:

„Monitorowanie rzutu serca metodą termodylucji (C.O.), frakcji wyrzutowej prawej komory (REF), ciśnienia krwi metodą inwazyjną i saturacji mieszanej krwi żyłnej (SvO2)”

Przystępujący w zakresie poz. 2 Pakietu IV zaoferował kardiomonitor Carscape B650 z m.in. modułem hemodynamicznym E-COP.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach Pakietu IV. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z - pkt 43 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. w brzmieniu:

„Monitorowanie rzutu serca metodą termodylucji (C.O.), frakcji wyrzutowej prawej komory (REF), ciśnienia krwi metodą inwazyjną i saturacji mieszanej krwi żyłnej (SvO2)”

Przystępujący w zakresie poz. 2 Pakietu IV zaoferował kardiomonitor Carscape B650 z m.in. modułem hemodynamicznym E-COP.

Niespornym dla stron i przystępującego było, iż zamawiający wymagał zaoferowania modułu hemodynamicznego E-COPsv. Niesporne było również, iż moduł E-COP nie spełnia wymogu opisanego w punkcie 43 tabeli w poz. 2 Pakietu IV.

W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego. Zaoferowanie innego modułu niż wymagany należy ocenić jako niezgodność treści oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że przystępujący dołączył do oferty kartę katalogową dla modułów E-COP i E-COPsv. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający winien zbadać treść oferty zgodnie z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę, a to wskazywało na moduł E-COP. Uznanie, iż wykonawca zaoferował moduł E-COPsv na podstawie karty katalogowej, która – co należy podkreślić – nie dotyczyła wyłącznie modułu E-COPsv, lecz również modułu E-COP, stanowiłoby nieuprawnioną zmianę treści oferty przystępującego.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok

ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podkreśla, że wymagany moduł, stanowił część przedmiotu zamówienia. Był on zatem elementem przedmiotowo istotnym oferty (jej *essentialia negotii*) i jego zaoferowanie wymagało złożenia oświadczenia woli przez odwołującego. Nieuprawnionym jest zatem uznanie przez zamawiającego, iż przystępujący zaoferował inny moduł niż wskazany w treści oferty.

Mimo że zamawiający nie poprawił oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p., przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu podniósł, iż wpisanie symbolu innego modułu było oczywistą omyłką pisarską.

W ocenie Izby z argumentacją przystępującego nie można się zgodzić.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 marca 2011 roku (sygn. akt KIO 404/11), który skład Izby wyznaczony do rozpoznania niniejszego postępowania w pełni popiera, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż zaoferowanie innego modułu niż wymagany przez zamawiającego stanowiło oczywistą omyłkę pisarską.

Izba nie uwzględniła zarzutów zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. - pkt 32 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. i pkt 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z.

W zakresie niezgodności treści oferty przystępującego z pkt. 32 załącznika nr 2a do s.i.w.z. odwołujący podniósł, iż zaoferowany przez przystępującego moduł PDM nie spełnia wymogu dotyczącego pomiaru saturacji i tętna i brak jest możliwości rozbudowy o oprogramowanie pozwalające na analizę odpowiedzi hemodynamicznej organizmu na bodźce bólowe, bazujące jedynie na pomiarze z czujnika saturacji.

Argumentacja odwołującego sprowadzała się do wykazania, iż wskazanego wymogu nie spełnia zaoferowany przez przystępującego moduł PDM, co zresztą nie było pomiędzy stronami sporne. Istotą sporu było natomiast rozstrzygnięcie, czy możliwość rozbudowy o wskazane oprogramowanie dotyczyła modułu czy też kardiomonitora.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż sporny wymóg dotyczył kardiomonitora. Wskazuje na to redakcja i forma tej części opisu przedmiotu zamówienia, w której zawarto wymagania w zakresie kardiomonitora. Wymogi te zostały co prawda ujęte w odrębną część redakcyjną dotyczącą „Pomiaru saturacji i tętna”, niemniej jednak zawarte były w części opisującej wymagania kardiomonitora. Taka interpretacja s.i.w.z. pozwala na wniosek, że zaoferowany przez przystępującego sprzęt spełnia wymóg wskazany w pkt 2 załącznika nr 2a do s.i.w.z.

W zakresie niezgodności treści oferty przystępującego z pkt. 1 Załącznika nr 2a do s.i.w.z. odwołujący podniósł, że kompatybilności kardiomonitorów i wszystkich oferowanych i opcjonalnych modułów pomiarowych z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego winna istnieć na poziomie akcesoriów. Jednocześnie nie zanegował braku kompatybilności kardiomonitorów i modułów zaoferowanych przez przystępującego z posiadanym sprzętem, lecz wskazywał na uciążliwości, jakie mogą wystąpić po stronie zamawiającego w przypadku konieczności wymiany akcesoriów umożliwiających podłączanie poszczególnych części asortymentu.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w sposób jasny wskazywała, że kardiomonitor i wszystkie oferowane i opcjonalne moduły pomiarowe muszą być kompatybilne z aktualnie posiadanymi na Oddziale Kardiologii „R”. Zamawiający nie postawił analogicznego warunku dotyczącego akcesoriów. Podkreślenia wymaga, iż odwołujący nie wykazał, że wskazany wyżej sprzęt nie jest kompatybilny. Argumentacja odwołującego, iż konieczność stosowania różnego rodzaju akcesoriów może spowodować utrudnienia w obsłudze i terapii pacjentów, nie może przesądzać o niezgodności treści oferty przystępującego w s.i.w.z. Zamawiający w tym zakresie nie ustanowił żadnych warunków i wymagań, zatem brak jest podstaw do uznania, iż bezpodstawnie zaniechał odrzucenia na tej podstawie oferty przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....