

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: **Mateusz Michalec**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **28 marca 2014 r.** przez wykonawcę: **Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba, ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie**,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od odwołującego: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, ul. Częstochowska 38/52,**

93-121 Łódź na rzecz zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

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 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę sprzętu medycznego jednorazowego” (Dz. Urz. UE 2013/S 189-325669 z 28.09.2013), w dniu 28 marca 2014 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Łodzi, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia faksem w dniu 19 marca 2014 r. o odrzuceniu złożonej oferty na część 18 zamówienia i o wyborze oferty wykonawcy: Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego:

- a) odrzucenia oferty odwołującego na część 18 zamówienia (oferta Nr 12),
- b) dokonania, w zakresie pakietu Nr 18 (części), wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Covidien Polska Sp. z o.o. (oferta Nr 1),
- c) nie dokonania, w zakresie pakietu Nr 18, wyboru oferty odwołującego (Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Chirurgii Urazowej im. Dr Janusza Daaba w Piekarach Śląskich, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 poz. 907 ze zm., dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
 - 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
- przez co naruszony został interes prawny Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna, gdyż ww. nieuprawnione, tak działanie jak i zaniechanie zamawiającego, pozbawiło tego wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, którego oferta złożona w postępowaniu, w zakresie pakietu Nr 18 - jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w SIWZ w postępowaniu zasadami oceny ofert i została ważnie złożona, a wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego, skarżący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty firmy Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo akcyjna (oferta Nr 12), w zakresie pakietu Nr 18,

b) dokonania, w zakresie pakietu Nr 18, unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Covidien Polska Sp. z o.o. (oferta Nr 1),

c) dokonania, w zakresie pakietu Nr 18 powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnie złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w piśmie datowanym na dzień 19 marca 2014 r. został poinformowany o rozstrzygnięciu ww. postępowania w zakresie pakietu Nr 18 o odrzuceniu złożonej oferty oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty firmy Covidien Polska Sp. z o.o.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego zarówno w kwestii odrzucenia jego oferty jak i wyboru oferty firmy Covidien Polska Sp. z o.o., gdyż zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyrażonym w treści SIWZ (vide zapis z formularza cenowego dla wyrobu medycznego z pozycji Nr 11 w pakiecie Nr 18 odwołujący zaoferował wyrób medyczny o nazwie własnej: Filtr Humid - Vent HEPA nr kat. 29001 produkcji firmy Teleflex Medical, w którym skuteczność nawilżania spełnia wymogi SIWZ.

Za nieuprawnione, w związku z treścią ww. opisu przedmiotu zamówienia, która to treść nie została „zmodyfikowana” (doprecyzowana) ani w związku ze składanymi przez wykonawców w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp pytaniami, ani też w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, uznał odwołujący twierdzenie, że zamawiający wymagał, aby wskazany w pozycji 11 pakietu Nr 18 parametr - posiadania określonej skuteczności nawilżania (32 mg) odnosił się do jednego litra.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie oznaczył, co jest konieczne dla określenia skuteczności nawilżania wartości konkretnej objętości oddechowej (Tidal Volume-Vt), przy której ma być osiągnięty wymagany poziom nawilżania.

Odwołujący argumentował, że oferowany przez firmę Skamex filtr o nr katalogowym 29001 Humid - Vent HEPA spełnia wymóg SIWZ dostarczenia 32 mg H₂O. Przy objętości oddechowej Vt 500 ml i częstości oddechów np.10/minutę, już po kilku oddechach filtr dostarczy pacjentowi wartości wymagane w SIWZ - 32 mg H₂O.

Odwołujący podnosił, że przepisy zawarte w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, niebudzący jakichkolwiek wątpliwości również w zakresie wymaganych parametrów. Skoro jednak zamawiający opisał parametr dotyczący skuteczności nawilżania w taki, a nie inny sposób, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w zgodnej opinii doktryny, ewentualne wątpliwości w tym zakresie winny być interpretowane na korzyść wykonawcy, gdyż nie może on ponosić negatywnych konsekwencji nawet niewielkiego zaniechania zamawiającego.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w świetle przedstawionych przez niego faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zarówno odrzucenie w zakresie pakietu Nr 18 oferty odwołującego jak i wyboru, jako najkorzystniejszej w ww. zakresie oferty firmy Covidien Polska Sp. z o. o. oraz nie wybranie, jako najkorzystniejszej w tym pakiecie oferty firmy Skamex, kwalifikują się do uznania za całkowicie nieuzasadnione, a tym samym naruszające interes prawny odwołującego.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 marca 2014 r. przesłane faksem, pisemne zgłoszenia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom), złożył w dniu 3 kwietnia 2014 r. wykonawca Covidien Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, który powoływał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru jego oferty na część 18 zamówienia, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w sprawie odwoławczej wykonawcy Covidien Polska Sp. z o. o., gdyż zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z uchybieniem terminu. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić w formie pisemnej lub elektronicznej przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Skoro kopię odwołania przesłaną faksem - zgłaszający przystąpienie otrzymał dnia 28 marca 2014 r. - to przystąpienie mogło być skutecznie wniesione najpóźniej dnia 31 marca 2014 r. Bez znaczenia pozostawało, że zgłaszający przystąpienie Covidien zapoznał się z odwołaniem 31 marca 2014 r., o czym świadczy jego prezentata na piśmie przewodnim zamawiającego (jako załącznik do zgłoszenia przystąpienia). Wykonawca Covidien przyznał, że odwołanie zostało odebrane przez jego faksowe urządzenie 28 marca 2014 r. w piątek o godz. 15.18 (nadruk na załączonym piśmie przewodnim), jednak było to już po godzinach pracy, bowiem organizacja czasu pracy w siedzibie spółki Covidien przewiduje pracę w piątki do godz. 15.15. Ponoszone okoliczności

organizacyjne wykonawcy – nie mają wpływu na dochowanie zawitego terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający na rozprawie zajął stanowisko, że w opisie przedmiotu zamówienia dla danej pozycji określił konkretnej wielkości parametr, który miał być spełniony jako 32 mg H₂O. Nie oznaczył, że ma być to na litr przepływu ani nie oznaczył objętości oddechowej. Jednostka wilgotności jest jednostką masy w tym przypadku cieczy zawartej w jednostce objętości gazu (oddechu). Może być ona różnie oznaczona, np. w kg na metr sześcienny (encyklopedia), ale w stosunku do oddechu człowieka podaje się w mg H₂O na litr. Zamawiający uznał za oczywiste, że jeśli podał 32 mg H₂O - to miało to dotyczyć przepływu jednego litra, a nie dla przykładu jednego metra sześciennego.

Zamawiający zwracał uwagę na pytanie zadane przez odwołującego z dnia 17 października 2013 r., które oznaczył numerem 51, gdzie wykonawca postulował: „*prosimy o dopuszczenie filtra o skuteczności nawilżania 31,1 mg H₂O przy Vt 500, spełniającego pozostałe parametry SIWZ.*” W odpowiedzi zamawiający nie dopuścił żadnych zmian w powyższym zakresie. Powinno więc być jasne dla odwołującego, że parametr 32 mg H₂O dotyczy jednego litra przepływu. Tego zagadnienia dotyczyło też pytanie 40, gdzie pytający domagał się dopuszczenia innego filtra, ale nie odnosił go w kryteriach do litra, ani do parametru objętości oddechowej, natomiast odwołujący w zadanym pytaniu jedynie domagał się aby to oznaczenie dotyczyło objętości oddechowej Vt 500, przy czym wówczas zaoferowałby filtr o skuteczności nawilżania 31,1mg. Zamawiający nie wyraził zgody na takie zmiany.

Z treści pytań zamawiający wywodził, że wykonawcy zdawali sobie sprawę, że skuteczność nawilżania 32 mg miała odnosić się do jednego litra. Jest powszechnie wiadome, że chodzi o ilość wody zawartej w litrze przepływającego powietrza oddechowego. Z tego wynika, że zapis był oczywisty i nie wymagał wyjaśnienia. Zamawiający zwracał uwagę, iż odwołujący potwierdził w swojej ofercie - załączając ulotkę producenta na wykazanie spełniania parametrów dla części 18 poz. 11, gdzie oznaczył poziom nawilżenia - ponad 31 mg/litr. Ponadto w ulotce załączonej na stronie 95 oferty odwołującego nie ma odniesienia do objętości oddechowej przy parametrze 31 mg/litr. Zdaniem zamawiającego skoro sam odwołujący załączył ulotkę, w której zamieścił poziom nawilżenia na ponad 31 mg/litr bez oznaczenia przy tym odnośnej objętości oddechowej - to oznacza, że z tym parametrem nie wiązał poziomu nawilżenia. Zamawiający nie oznaczył w SIWZ wymagań dla filtra w oznaczonych przedziałach Vt. Wyjaśniał, że z punktu widzenia potrzeb terapeutycznych oznaczył poziom nawilżenia 32 mg/litr przy przeciętnej objętości oddechowej 500 Vt - jako średni stosowany. Pacjent w trakcie zabiegu powinien oddychać powietrzem optymalnie nawilżonym. Nawilżenie jest parametrem bardzo istotnym z punktu

widzenia stanu dróg oddechowych w trakcie terapii i nawilżenie na poziomie 31 mg/litr okazało się za małe - powodowało niekorzystne skutki, co wynikało z meldunków zgłaszanych przez Oddział Opieki Intensywnej. Dlatego też w tym postępowaniu zamawiający zapotrzebował filtry o większym nawilżeniu. Zdaniem zamawiającego odpowiedź odwołującego na pytanie w piśmie o złożenie wyjaśnień, że oferowany filtr może osiągnąć wielkość nawilżania 32 mg H₂O oznacza, że istnieje jedynie taka hipotetyczna możliwość. Zamawiający nie czynił dodatkowych założeń jak podał odwołujący, że jest to możliwe, np. po 10 oddechu, ale wymagał stałego parametru.

Zamawiający stwierdził, że najważniejsze jest, że parametr z oferty to gwarantowane 31 mg H₂O/litr, a odwołujący nie potwierdził parametru 32 mg H₂O/litr mimo pytań i wymagań SIWZ. Ponadto wymagał stałego utrzymywania parametru 32 mg H₂O /litr, bo także podwyższone nawilżenie mogłoby mieć negatywne skutki dla pacjenta.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Izba dopuściła, jako dowody w sprawie, zgłaszane przez zamawiającego:

1. fragment publikacji podręcznika pod redakcją Zbigniewa Rybickiego pt. „Intensywna Terapia Dorosłych”, gdzie na stronie 340 definiuje się, iż objętość oddechowa *Tidal volume* wynosi 500 ml (6 ml/kg mc - 6 mililitrów na kilogram masy ciała);
 2. hasła z encyklopedii PWN 2000. Wilgotność jako wielkość określającą zawartość wody pary wodnej w substancji stałej bądź gazowej, materiałów stałych określa się zwykle stosunkiem masy cieczy z danego materiału do masy materiału. Wilgotność gazów (jak w tym przypadku) oznacza stosunek masy pary wodnej zawartej w danej objętości gazów do tej objętości (wilgotność bezwzględna wyrażana w kilogramach na metr sześcienny);
 3. fragment podręcznika pod redakcją Raula L. Marino, pt. „Intensywna Terapia”, strona 502-504, gdzie według zamawiającego istotne jest stwierdzenie, że duże objętości filtracyjne wykorzystywane w konwencjonalnej wentylacji mogą uszkadzać płuca, a nawet sprzyjać uszkodzeniom narządów odległych;
 4. karty katalogowe innych producentów oferujących filtry oddechowe bakteryjno-wirusowe, tzn. ALTERA i INTERSURGICAL, gdzie producenci określają skuteczność nawilżania oferowanych przez siebie filtrów odnosząc ją do przeciętnej objętości oddechowej 500 ml (Vt) oraz oznaczają w wielkościach mg H₂O /litr
- na okoliczność, iż są to parametry oczywiste, i optymalne z punktu widzenia stosowanych terapii.

Odwołujący zgłosił dowód z oświadczenia firmy Teleflex Medical GmbH (bez daty wystawienia, potwierdzającego, że produkty Humid Vent Hapa, numery katalogowe 29001 (...) przy objętości oddechowej 300 ml w czasie 24 godzin charakteryzują się średnią utratą wilgotności (...), co przekłada się na poziom nawilżenia w zakresie od 31,9 mg/litr do 32,2 mg/litr.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia stanowi „dostawa sprzętu medycznego jednorazowego”. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego i załącznikiem nr 2 do SIWZ przedmiot zamówienia podzielony jest na 31 pakietów.

Część 18 (pakiet) obejmuje dostawę: sprzęt do układu oddechowego 1. Pakiet zawiera 15 pozycji.

Pozycja 11 załącznika 2 do SIWZ obejmuje filtr oddechowy. Zamawiający w pakiecie nr 18 - Sprzęt do układu oddechowego 1, sprecyzował szczegółowe wymogi odnośnie pozycji nr 11: filtr oddechowy bakteryjno wirusowy, mechaniczny - hydrofobowy, z harmonijkową membraną filtrującą oraz elektrostatyczną warstwą filtrującą z wydzieloną warstwą wymiennika ciepła i wilgoci, skuteczność nawilżania 32 mg H₂O, sprawności filtrowania bakterii min. 99.99999%, z portem do kapnografu, Czas stosowania 24h.

Swoje stanowisko odnośnie powyższych wymogów, w tym skuteczności nawilżania, dodatkowo zamawiający podtrzymał, odpowiadając na zapytania wykonawców w piśmie z dnia 31 października 2013 r., gdzie podał:

Pytanie nr 40. Pakiet 18 poz. 11. Czy Zamawiający dopuści filtr z płaską membraną o skuteczności nawilżania 31,2 mg H₂O i sprawności na poziomie 99,999%? W razie negatywnej odpowiedzi prosimy o wydzielenie pozycji z pakietu. Odpowiedź: Nie. Zamawiający nie dopuszcza i nie wydzieli pozycji z pakietu.

Pytanie nr 51. Pakiet nr 18, poz. 11. Prosimy zamawiającego o dopuszczenie filtra o skuteczności nawilżania 31,1 mg H₂O przy Vt 500, spełniającego pozostałe parametry SIWZ. Pytanie zostało zadane przez odwołującego. Odpowiedź: Nie. Zamawiający nie dopuszcza.

Pytanie nr 28. Pakiet nr 18, poz. 11. prosimy o wydzielenie pozycji do odrębnego pakietu celem złożenia konkurencyjnej oferty. Odpowiedź: Nie. Zamawiający nie dopuszcza.

Pytanie 71. Czy zamawiający dopuszcza zaoferowanie filtra mechaniczno-elektrostatycznego. Odpowiedź odmowna.

SIWZ punkt 3.2. Wymagania dla produktów oferowanych:

- wymagane są oznaczenia, instrukcje obsługi w języku polskim,
- należy przedłożyć katalogi z opisem zaoferowanych wyrobów, z których wynika zgodność zaoferowanego towaru z opisem,
- katalogi/strony katalogów muszą być ułożone zgodnie z ofertą i opisane numerem pakietu oraz pozycji, której dotyczą.

Odwołujący - Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w pozycji Nr 11 w pakiecie Nr 18 zaoferował wyrób medyczny o nazwie własnej: Filtr GIBECK Humid - Vent HEPA nr kat. 29001 produkcji firmy Teleflex Medical GmbH.

W ulotce załączonej przez odwołującego do oferty (str. 95), stwierdza się, że poziom nawilżania filtra wynosi „ponad 31 mg H₂O/l”.

Odwołujący zamieścił w swojej ofercie jedną stronę informacji producenta, gdzie podano, że nawilżanie w oferowanym produkcie (nr katalogowy 29001) wynosi ponad 31 mg H₂O/l.

Ta sama ulotka na drugiej stronie podaje wartości 31,1 mg H₂O dla objętości oddechowej Vt 500 i Vt 750; 31,3 przy Vt 300.

Ulotka tego samego produktu (nr katalogowy 29001) złożona przez zamawiającego na rozprawie jako dowód - podaje poziom nawilżenia 30,3 mg H₂O dla Vt 500 i 31,8 dla Vt 1000.

W dniu 24 lutego 2014 r. zamawiający wzywał wykonawcę Skamex do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp odnośnie pakietu 18 poz. 11 – o podanie jaka jest skuteczność nawilżania? W odpowiedzi z dnia 26 lutego 2014 r. odwołujący potwierdził, że w pakiecie 18, poz. 11 wartości rzeczywiste skuteczności nawilżania oferowanego mogą osiągać poziom 32 mg H₂O.

Na część 18-tą zamówienia (pakiet) oferty złożyło 2 wykonawców.

Odwołujący – cena oferty 123 615,72 zł.

Przystępujący - cena oferty 173 606,76 zł.

W ustalonym kryterium wyboru - najniższej ceny (punkt 13 SIWZ) ofertę z najniższą ceną złożył odwołujący.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na pakiet 18 podając następujące uzasadnienie w piśmie z dnia 19 marca 2014 r.

„Zamawiający wymagał filtra o skuteczności nawilżania 32 mg/l, wykonawca niezgodnie z SIWZ zaoferował filtr o skuteczności nawilżania ponad 31 mg/l, czyli poniżej oraz powyżej wymaganej skuteczności 32 mg/l. Zatem oferta w zakresie pakietu 18 jest niezgodna z SIWZ i jako taka na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostaje odrzucona, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wykonawcy wybranego - została odrzucona. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, należało uwzględnić, że zamawiający dopuścił zaoferowanie wyłącznie filtra oddechowego bakteryjno wirusowego, mechanicznego - hydrofobowego, z harmonijkową membraną filtrującą oraz elektrostatyczną warstwą filtrującą z wydzieloną warstwą wymiennika ciepła i wilgoci, o skuteczności nawilżania 32 mg H₂O nie oznaczając parametru V_t (wartości konkretnej objętości oddechowej -Tidal Volume-V_t).

Parametr skuteczności nawilżania producenci filtrów oddechowych definiują, jako określoną wartość miligramów wody na litr gazu. Dodatkowo zamawiający potwierdził w odpowiedziach na zapytania do SIWZ, w tym na pytanie 51 zadane przez odwołującego, że podtrzymuje stawiane w SIWZ wymagania. Zarzut, że postanowienia SIWZ były niejasne i winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy, nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający wykazał, że opisach katalogowych producenci określają skuteczność nawilżania oferowanych przez siebie filtrów odnosząc ją do przeciętnej objętości oddechowej 500 ml (V_t) oraz oznaczają w wielkościach mg H₂O/litr. Są to zatem parametry stosowane, możliwe do jednoznacznego odczytania przez wyspecjalizowanych wykonawców. Powszechnie wiadomo, że chodzi o ilość wody zawartej w litrze przepływającego powietrza oddechowego. Z tego wynika, że zapis był zrozumiały i nie dawał podstaw do różnorodnych interpretacji. Sam odwołujący potwierdził to w swojej ofercie - załączając ulotkę producenta na wykazanie spełniania parametrów dla części 18 poz. 11, gdzie oznaczył poziom nawilżenia - ponad 31 mg H₂O/litr.

W tym zakresie uczestnicy przetargu nie prosili o wyjaśnienia do SIWZ oraz nie korzystali ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do SIWZ na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, uznając opis zapotrzebowanego produktu za wystarczająco sprecyzowany.

Przedstawione, jako dowody w sprawie przez zamawiającego - karty katalogowe producentów oferujących filtry oddechowe bakteryjno-wirusowe, np. ALTERA i INTERSURGICAL, oraz przedstawione przez samego odwołującego w odniesieniu do oferowanego filtra GIBECK Humid - Vent HEPA nr kat. 29001 produkcji firmy Teleflex Medical GmbH, potwierdzają, że producenci określają skuteczność nawilżania oferowanych przez siebie filtrów jako określoną wartość miligramów wody na litr gazu.

Zamawiający odnosił parametr nawilżania do przeciętnej objętości oddechowej 500 ml (V_t) i wymagał oznaczenia go w wielkości stałej 32 mg H_2O/l bez względu na inne możliwe wielkości parametru V_t , czy oznaczenia częstości oddechu. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że parametry, które wyznaczył są oczywiste i optymalne z punktu widzenia stosowanych terapii.

Tak, więc argument odwołującego, że oferowany filtr produkcji firmy Teleflex Medical nr katalogowy 29001 spełnia wymóg nawilżania 32 mg H_2O , ale jedynie przy objętości oddechowej V_t 500 ml i częstości oddechów np. 10/minutę – nie mógł zostać uwzględniony.

Przedstawione do akt sprawy dowody z kart katalogowych filtra Humid - Vent HEPA nr kat. 29001 produkcji firmy Teleflex Medical GmbH, jak również złożone przez odwołującego oświadczenie producenta (bez daty), w sposób rozbieżny podają poziom nawilżania, tj. od 31 mg/l (str. 95 oferty odwołującego), 31,3 mg/l, do zakresów mieszczących się w przedziałach 31,9 mg/l do 32,2 mg H_2O/l w zależności od spełnienia różnych innych uwarunkowań np. w odniesieniu do oznaczonej objętości oddechowej, czy częstości oddechów.

Mimo wymagań w SIWZ potwierdzenia informacją producenta parametrów oferowanych produktów, w wielkościach bezwzględnie wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia – przynależnych do istotnej treści oferty, odwołujący zamieścił w swojej ofercie stronę ulotki producenta, gdzie podano, że poziom nawilżania w oferowanym produkcie wynosi ponad 31 mg H_2O/l , co nie oznacza, że osiąga wartość 32 mg H_2O/l .

Jeżeli odwołujący uznawał, że zastosowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia dla pakietu 18 poz. 11 wbrew postanowieniom art. 29 ustawy Pzp - narusza zasady uczciwej konkurencji, ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia dla wykonawców, którzy zdolni byli dostarczyć właściwy produkt, bądź opis jest niepełny i niejednoznaczny - mógł wnieść odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane. Zamawiający oraz wykonawcy uczestniczący w przetargu są nimi bezwzględnie związani. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem

formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09).

Skoro zaofferowany przez odwołującego Skamex filtr, nie spełnia wymogu określonego w SIWZ odnośnie skuteczności nawilżania o wymaganym przez zamawiającego parametrze 32 mg H₂O/litr, co potwierdzają informacje z katalogu producenta złożone, jako dowód w sprawie, gdzie poziom nawilżania został podany - ponad 31 mg/l, ale nie w wymaganej wielkości 32 mg/litr, oznacza to, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem zamawiający zobligowany był ofertę odwołującego odrzucić.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 26 lutego 2014 r. użył wymijającej odpowiedzi - podał bowiem, że w pakiecie 18, poz. 11 wartości rzeczywiste skuteczności nawilżania oferowanego filtra mogą osiągać poziom 32 mg H₂O. Czyli mogłyby osiągać taki poziom, przy spełnianiu dodatkowych warunków np. w zakresie innej objętości oddechowej (niż średnia), czy przy znanej odwołującemu częstości oddechów.

Zamawiający wymagał spełnienia omawianego parametru w sposób bezwarunkowy dla wartości przeciętnych i żądał od odwołującego jednoznacznej odpowiedzi - jaka jest skuteczność nawilżania oferowanego filtra?

Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że parametr wydajności nawilżania jest bardzo istotnym parametrem, który warunkuje utrzymanie prawidłowej kondycji śluzówki tchawicy i drzewa oskrzelowego, gdy pacjent jest wentylowany mechanicznie. Zatem kwestionowany wymóg znajdował uzasadnienie w usprawiedliwionych potrzebach własnych zamawiającego, które determinują przede wszystkim wskazania medyczne oraz bezpieczeństwo i zdrowie pacjentów, za prawidłowe leczenie których odpowiada. Zamawiający wskazywał poziom nawilżania wynoszący 32 mg/l H₂O jako optymalny, gdyż ani zbyt małe nawilżanie, ani też zbyt duże nie jest obojętne dla zdrowia pacjenta.

Nie zachodzą więc wątpliwości co do tego, że oferta firmy Skamex zasadnie została odrzucona, skoro odwołujący nie wykazał w wymagany sposób, że oferowany produkt spełnia wymagania SIWZ, co jest równoznaczne z zaistnieniem podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zamawiający nie mógł przyjąć, że produkt oferowany przez firmę Skamex spełnia żądane parametry, jeżeli wykonawca ten sam potwierdził, że ich nie spełnia. W ulotce dołączonej do oferty podano: poziom nawilżania ponad 31 mg/l. Oznacza to, że poziom nawilżania dla zaofferowanego filtra może wynosić 31,1 mg/l, 31,4 mg/l, a może 31,9 mg/l. W każdym razie będzie on w

najlepszym wypadku zmierzał do liczby 32 mg/l. Określenie ponad 31 mg/l nie wskazuje jednoznacznie na spełnianie wymogu 32 mg/l. Także wyjaśnienia odwołującego udzielone dnia 26 lutego 2014 r. potwierdzają jedynie, że w pakiecie 18, poz. 11 wartości rzeczywiste skuteczności nawilżania oferowanego filtra mogą osiągać poziom 32 mg H₂O, tzn. w zależności od innych nieznanych zamawiającemu uwarunkowań stosowania wyrobu - a nie że go definitywnie zapewniają – jak było wymagane wprost w SIWZ i zostało podtrzymane w wyjaśnieniach. Nie można też mówić o jakichkolwiek niejasnościach w interpretacji postanowień SIWZ w tym zakresie.

Skarżone odwołaniem działania zamawiającego nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów, również w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie przyjmuje się, że: *„Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1567/09). Obowiązkowy parametr skuteczności nawilżania, jak najbardziej wpisuje się w istotną treść oferty.

Ugruntowany też jest pogląd, że nie wszyscy wykonawcy działający w danej branży (dostarczania wyrobów medycznych) muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło, że zamawiający naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, gdyż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o., która spełniała wymagania i była najkorzystniejszą w części 18 zamówienia.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia zasad postępowania wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzuty odwołania wobec przygotowania postępowania w postanowieniach SIWZ - w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia - nie są dopuszczalne w świetle art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – na etapie postępowania po wyborze oferty.

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. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 3 pkt 1 i pkt 2 b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....